

Processo: 1058853

Natureza: DENÚNCIA

Apenso: Denúncia n. 1058854

Denunciantes: Auto Lotação Princesa do Norte Ltda.; Alexandre Costa Freitas; Solaris Transportes Ltda.

Denunciado: Município de Montes Claros

Responsáveis: Humberto Guimarães Souto, Priscila Batista Almeida

Interessado: Guilherme Lúcio Meira Cambuí

Procuradores: Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, OAB/MG 58679; Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, OAB/MG 65573; Beatriz Lima Souza, OAB/MG 121362; Bruna Silva Davi, OAB/MG 154977; Isadora Mendes Penna Amorim, OAB/MG 163214; Caio Mário Lana Cavalcanti, OAB/MG 174031; Juliana de Almeida Picinin, OAB/MG 78408; Greycielle de Fátima Peres Amaral, OAB/MG 67310; Bruno Ladeira Junqueira, OAB/MG 142208; Olíver Aquino de Oliva, OAB/MG 74343; Thiago Vinícius Lopes da Silva, OAB/MG 144838; Otávio Batista Rocha Machado, OAB/MG 89836; Antônio Cordeiro de Faria Júnior, OAB/MG 138496; André Felipe Guimarães Rocha, OAB/MG 145436; Diogo Montalvão Souza Lima, OAB/MG 140312; Thiago Fernandes Maia Meireles, OAB/MG 124918; e outros

MPTC: Elke Andrade Soares de Moura

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 12/8/2020

DENÚNCIA. CONCESSÃO. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. CERTIDÃO DE EXPERIÊNCIA. LIMITAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO. IRREGULARIDADE. LOTE ÚNICO. SERVIÇOS DÍSPARES. POSSIBILIDADE. EMPRESAS EM PROCESSO DE FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. VEDAÇÃO. REGULARIDADE. ÍNDICES CONTÁBEIS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. EXIGÊNCIA DE OUTORGA ONEROSA. INEXEQUIBILIDADE DO PREÇO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A exigência de atestado fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público é desarrazoada, uma vez que pode impedir a participação de empresa que, apesar de nunca ter celebrado contrato com o setor público, tenha vasta experiência na seara privada no que cinge ao objeto licitado e possua interesse em participar do certame. Contudo, considerando que a atividade de transporte coletivo urbano foi legada pelo constituinte com exclusividade ao setor público, a irregularidade, no caso, não caracterizou uma restrição excessiva para a competitividade da concessão.
2. Como a parte final do art. 16 da Lei nº 8.987/95 admite a concessão de serviço público em regime de exclusividade quando demonstrada a inviabilidade técnica ou econômica da delegação em regime de competição, a apresentação dessa fundamentação técnica afasta a irregularidade.

3. Não se pode falar em irregularidade na reunião de atividades díspares no caso sob análise, porque o art. 11 da Lei nº 8.987/95 autoriza a concepção de concessão com fontes de receita alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.
4. A regularidade da restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial deve ser analisada no caso concreto, visto que, conquanto relevante garantir oportunidades para a continuidade de empresas em processo de recuperação, a depender do objeto licitado, pode afigurar-se mais razoável resguardar sua continuidade.
5. A apresentação do estudo técnico fundamentando os índices contábeis adotados, ainda que não conste na fase interna da licitação, afasta a irregularidade de ausência de motivo.
6. Considerando que as atas juntadas comprovam a oportunidade de manifestação dos interessados e que os prazos e a publicidade dos avisos foram respeitados, não há irregularidade nos procedimentos das audiências públicas.
7. A cobrança de outorga onerosa em concessão de serviço público de transporte coletivo urbano é adequada quando comprovada a aplicação de seus valores em melhorias para o sistema de transporte.
8. A garantia constitucional das “condições efetivas da proposta”, prevista no art. 37, XXI, da CF/88, é compatível com a transferência do risco relativo à absorção dos custos com a renovação da frota ao particular, de modo que o “modelo de viabilidade econômica” apresentado pelo Município é lícito e factível. Entretanto, faz-se mister que a Administração Pública Municipal acompanhe a forma pela qual a concessionária absorve esse risco para garantir que isso não prejudique a atualidade do serviço público, promovendo as modificações necessárias na tarifa sempre que a dificuldade nessa atualização onerar excessivamente o núcleo remuneratório do contrato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente a denúncia apresentada e considerar regular a Concorrência Pública nº 01/17, deflagrada pelo Município de Montes Claros, determinando a extinção do feito com resolução do mérito e consequentemente o arquivamento dos autos, nos termos do art. 174, VI, do Regimento Interno;
- II) recomendar ao Controle Interno do Município de Montes Claros que monitore:
 - (a) a execução da concessão de serviço público de transporte coletivo urbano, oriunda da Concorrência Pública nº 01/17 e formalizada pelo Contrato nº P020/17-01, com especial atenção para o impacto que a obrigação de renovar a frota de veículos terá na prestação dos serviços;
 - (b) o plano de investimento na infraestrutura de transporte com os recursos oriundos da outorga onerosa, cuja execução será condição para razoabilidade da exigência;
- III) recomendar à atual gestão do Município de Montes Claros que se abstenha, em futuras concessões de serviço público, de prever restrições aos participantes não autorizadas em lei, já que são totalmente desnecessárias, mesmo quando ínfima a probabilidade de ofensa, como foi o caso do item 7.4.1 do edital da Concorrência Pública nº 01/17;

- IV) determinar a intimação das denunciadas, dos responsáveis e do controlador interno do Município de Montes Claros do inteiro teor desta decisão;
- V) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Sebastião Helvecio e, para completar o *quorum*, o Conselheiro Presidente Mauri Torres. Declaradas as suspeições do Conselheiro Wanderley Ávila e do Conselheiro Gilberto Diniz.

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

Plenário Governador Milton Campos, 12 de agosto de 2020.

MAURI TORRES
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 12/8/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncias apresentadas pelas empresas Auto Lotação Princesa do Norte Ltda. e Solaris Transporte Ltda., por meio das quais noticiam supostas irregularidades na Concorrência Pública nº 01/17, realizada pelo Município de Montes Claros, para concessão de serviço de transporte público urbano municipal, em lote único.

Aduziram as denunciantes, em síntese: a) que a exigência de qualificação técnica foi excessiva; b) que a concentração do serviço em prestador único e de serviços díspares em um só lote restringiu o caráter competitivo do certame; c) que o preço proposto seria inexequível; d) que houve irregularidade nas consultas públicas, nas audiências públicas e em outros atos do processo (fls. 01/08 do Processo nº 1.058.853 e 01/09 do Processo nº 1.058.854).

A documentação foi protocolizada em 15/02/19 (fls. 01/632), tendo sido recebida como denúncia por despacho do conselheiro-presidente, que determinou sua autuação e distribuição (fl. 635).

Em 21/02/17, determinei o apensamento deste processo à Denúncia nº 1.058.854 com base no art. 156 do Regimento Interno (fl. 642).

Às fls. 673/675, foram apreciados os pedidos de suspensão do certame constantes das denúncias, ocasião em que, em juízo de cognição sumária, indeferi a liminar, por entender que não restara demonstrada a probabilidade do direito alegado. Os representantes legais das empresas denunciantes foram intimados da decisão em 08/03/19 (fls. 677/679).

Na sequência, apresentaram novos pedidos liminares de suspensão do certame, os quais foram indeferidos às fls. 680/681v e 807/808v.

Os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões (CFC), a qual, às fls. 948/961, manifestou-se pela improcedência das denúncias, sugerindo, entretanto, diante da existência de inconsistências nos estudos econômicos e de disposições do edital que poderiam comprometer a sustentabilidade do empreendimento, o acompanhamento da execução do contrato por esta Corte.

Em análise preliminar de fls. 964/968v, o Ministério Público de Contas aditou a denúncia por considerar irregular a presença de cláusula vedando a participação de empresas falidas ou em processo de recuperação judicial, bem como a ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos. Propôs, desse modo, a citação dos responsáveis para que apresentassem as justificativas que entendessem cabíveis.

Determinei, à fl. 969, a citação dos responsáveis a fim de que se pronunciassem sobre os novos fatos apontados como irregulares.

O Senhor Humberto Guimarães Souto, prefeito municipal, e a Senhora Priscila Batista Almeida, atual presidente da Comissão de Licitação, apresentaram manifestação conjunta e documentos de fls. 988/1025.

Novamente encaminhados à CFC para reexame, às fls. 1029/1042, essa manteve seu posicionamento e estendeu a improcedência aos pontos aditados pelo Órgão Ministerial.

Em manifestação de fls. 1044/1047v, o Ministério Público de Contas acompanhou, parcialmente, o posicionamento da Unidade Técnica quanto à improcedência dos fatos inicialmente denunciados, pois manteve o posicionamento sobre a aplicação de multa pela restrição da participação de empresas falidas ou em processo de recuperação judicial ou extrajudicial e pela ausência de justificativa para a cobrança de outorga onerosa e para os índices contábeis exigidos.

É o relatório, no essencial.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Concedo a palavra ao doutor Antônio Cordeiro para a sua manifestação, que terá quinze minutos regimentais.

ADVOGADO ANTÔNIO CORDEIRO DE FARIA JÚNIOR:

Primeiramente, eu gostaria de pedir desculpas pelo problema de comunicação e cumprimentar toda a Corte pelo esforço.

Como bem relatado pelo Conselheiro Relator acerca do cargo posto à disposição, os autos referem-se a uma denúncia, no procedimento licitatório, para concessão de serviço de transporte público urbano no Município de Montes Claros.

Para não delongarmos muito, muito bem ponderado pelo Relator, tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público manifestaram contrários aos termos da denúncia. No entanto, é importante ressaltar dois pontos questionados pelo Ministério Público, que ao seu ver, seriam os ensejadores de aplicação de multa pelos responsáveis. Esses dois pontos residem, basicamente, na ausência de justificativa de índices contábeis, para qualificação econômico-financeira das concorrentes, juntamente com a exigência de pagamentos de outorga, como, também, a vedação pertinente às empresas em processo de recuperação judicial e, também, em falência.

Bem, basicamente é bom lembrar que trata-se de uma licitação de um longo período de tempo, mais de vinte anos de contrato, onde é exigido pelas concorrentes um aporte financeiro de mais dez milhões, investimentos altos e, a unidade técnica do município, por meio de parecer jurídico da Procuradoria, como também acompanhado pelo Ministério Público entendeu prudente exigir essa vedação de empresas falidas e em recuperação judicial, como forma de se garantir uma maior qualidade do serviço público prestado no Município de Montes Claros.

É bom lembrar que este tipo de serviço é um serviço essencial, é um serviço sensível, qualquer dificuldade de licitação impacta diretamente na vida dos municípios locais.

Em relação às justificativas para os índices contábeis e também pela outorga, volto a dizer que todos esses índices foram pautados em pareceres jurídicos, como, também, pela empresa que foi contratada para elaboração do edital do certame. O Ministério Público acompanhou de perto todo esse procedimento, e o município em momento nenhum se recusou a adotar em critérios diferentes. Inclusive, o próprio certame foi colocado à apreciação em aspecto liminar, eventual suspensão do procedimento, porque foi negado a liminar por este colendo Tribunal. E, sempre se pautou pela legalidade e pela garantia do bom serviço aos cidadãos da cidade.

Portanto, Excelência, não vejo como razoável o parecer pela aplicação de multas ao prefeito do Município de Montes Claros e pela presidente da Comissão de Licitação, tendo em vista que todos os atos foram pautados pela boa-fé, inexistindo qualquer dolo, conluio.

E, é importante ressaltar que as denunciantes foram aquelas que sagraram-se vencedoras no certame. Ou seja, as próprias empresas, que denunciaram que esses pontos eram prejudiciais ao aspecto de concorrência, prejudicando as concorrências por outras empresas, elas mesmas venceram o procedimento, demonstrando que esses itens questionados se tratavam de no máximo vícios formais, que não impactaram diretamente na concorrência, na livre disputa de propostas pelos eventuais interessados em ganhar o serviço do Município de Montes Claros.

Então, por essas razões, peço a Vossas Excelências, para que acolham o parecer do Ministério Público quanto à ausência de irregularidade do certame, mas por outro lado, que refute a imposição de multa, sobretudo em razão da boa-fé dos agentes envolvidos, que sempre se pautaram em cumprir todas as orientações legais e técnicas tanto do Ministério Público Estadual, como do próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Agradeço a atenção e rogo pelo afastamento da multa requerida pelo Ministério Público.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Concedo a palavra ao Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, foram noticiadas irregularidades na Concorrência Pública nº 01/17, realizada pelo Município de Montes Claros, para concessão de serviço de transporte público urbano municipal, em lote único.

Após o aditamento da denúncia pelo *Parquet* de Contas (fls. 964/968v do Processo nº 1.058.853), os seguintes apontamentos passaram a compor esta denúncia: **a)** exigência de qualificação técnica excessiva; **b)** concentração do serviço em prestador único e de serviços díspares em um só lote; **c)** vedação à participação de empresas falidas ou em processo de recuperação judicial ou extrajudicial; **d)** ausência de justificativa para os índices contábeis adotados; **e)** erros em consultas públicas, audiências públicas e outros atos do processo; **f)** inexecutabilidade do preço proposto (fls. 01/08 do Processo nº 1.058.853 e 01/09 do Processo nº 1.058.854).

Passa-se, então, à análise dessas irregularidades:

a) Exigência de qualificação técnica restritiva do caráter competitivo

A denunciante, Solaris Transporte Ltda., questionou a exigência, constante no item 7.4.1 do edital (fl. 125 do Processo nº 1.058.854), de que a capacidade técnica fosse comprovada apenas por atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público. Tal exigência restringiria o caráter competitivo do certame, pois inviabilizaria a participação de empresas que não tenham sido contratadas pela Administração Pública (01/09 do Processo nº 1.058.854).

A Procuradoria do Município de Montes Claros manifestou-se às fls. 650/662 e sustentou que a exigência é compatível com a legislação vigente, já que se coaduna com o interesse público de manter o melhor serviço para a população.

A Unidade Técnica entendeu que, muito embora seja pouco provável que uma pessoa jurídica de direito privado pudesse atestar serviço da mesma proporção do concedido, seria razoável

permiti-lo. Ressaltou, porém, que isso não parece ter prejudicado a lisura do certame (fls. 949v/950v).

Com efeito, à Administração Pública não cabe fazer exigências que inadvertidamente frustrem o caráter competitivo da licitação, devendo agir com vistas a assegurar a participação do maior número possível de concorrentes no certame, desde que tenham qualificação técnica para garantir o cumprimento das obrigações, consoante se extrai do disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

A exigência de atestado fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público é desarrazoada, uma vez que pode impedir a participação de empresa que, apesar de nunca ter celebrado contrato com o setor público, tenha vasta experiência na seara privada no que cinge ao objeto licitado e possua interesse em participar do certame.

Ademais, o art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/93 é taxativo ao dispor que a comprovação de aptidão técnica será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, (...):

Percebe-se, assim, que o item 7.4.1 do edital da Concorrência Pública nº 01/17 contraria a previsão do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 por não permitir a comprovação de aptidão para o desempenho das atividades por atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado.

Apesar disso, é necessário lembrar que o serviço em questão, transporte coletivo urbano, foi atribuído de forma privativa pelo constituinte aos municípios, art. 30, V, da Constituição da República, situação que restringe consideravelmente o universo de empresas capazes de comprovar, apenas na livre iniciativa, a prestação de serviços de mesma natureza e

complexidade. Logo, será igualmente restrito o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado capaz de atestar a execução de serviço equivalente.

Nesse cenário, considerando que a atividade de transporte coletivo urbano foi legada ao setor público pelo próprio constituinte, entendo que a cláusula 7.4.1, conquanto formalmente incompatível com a Lei nº 8.666/93, não caracterizou restrição excessiva para a competitividade da concessão, no caso concreto.

Não obstante essa particularidade, que nos permite afastar a aplicação de multa, considero ser pertinente a emissão de recomendação à atual gestão do Município de Montes Claros para que se abstenha, em futuras concessões de serviço público, de prever restrições aos participantes não autorizadas em lei, já que são desnecessárias, mesmo quando de ínfima probabilidade de ofensa.

b) Licitação em lote único e atividades díspares reunidas em mesmo lote

Alegou a denunciante, Auto Lotação Princesa do Norte Ltda., que a licitação do serviço de transporte coletivo urbano em lote único restringiu o caráter competitivo da Concorrência Pública nº 01/17 ao infringir a regra do parcelamento, inscrita no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e ao concentrar nesse lote serviços de naturezas distintas (fls. 06/19). Questionou também se a aglutinação de serviços como construção de abrigos e a administração da publicidade veiculada não prejudicariam a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública.

Em manifestação de fls. 652/655, o município argumentou que a própria regra do parcelamento condiciona esse procedimento aos casos em que a opção for técnica e economicamente viável. Sustentou também que, além de os estudos prévios apontarem que o lote único permitirá uma tarifa mais barata, a atual concessão do serviço de transporte coletivo urbano, realizada em dois lotes, ocasionou sérias dificuldade para se efetuar reajustes na tarifa.

Defendeu, por fim, que a construção e manutenção de abrigos foi pertinente ao serviço concedido e que a exploração da publicidade contida neles foi autorizada pela lei de concessões como forma de reduzir o valor das tarifas cobradas.

O Órgão Técnico entendeu que, considerando que o serviço de transporte coletivo urbano pode ser classificado como um monopólio natural, em que há grande economia de escala e em que a divisão da produção implica aumentos exponenciais de custo, é razoável a alegação de que o lote único seja economicamente mais viável (fls. 950v/953). Sobre a reunião de atividades díspares, reconheceu que os arts. 11 e 18 da Lei nº 8.987/95 autorizam a concessionária a explorar atividade de publicidade como fonte de receita alternativa, na medida em que contribua para a modicidade da tarifa.

Importa lembrar que o art. 16 da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabeleceu a concessão em lotes como regra, sendo a exclusividade autorizada apenas nos casos de inviabilidade técnica ou econômica, devidamente motivada:

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

Marçal Justen Filho, em comentário ao art. 16, explica que “a imposição de exclusividade dependerá, então, de impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição”, o que se dará por motivos técnicos ou econômicos¹.

Na sequência, comenta:

Os motivos econômicos pressupõem viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma atividade. O problema, porém, reside na impossibilidade de obter resultados econômicos para manter o desempenho da atividade, especialmente quando estabelecidos parâmetros mínimos de qualidade. Com pluralidade de sujeitos desempenhando atividades similares, os resultados econômicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucro mais reduzidas e períodos mais longos para retorno dos investimentos. Eventualmente, será impossível obter lucros para os investimentos. Essa hipótese é denominada, no âmbito do pensamento econômico, de *monopólio natural*.²

Uma vez que a exclusividade é a exceção, a parte final do art. 16 exige que a inviabilidade técnica ou econômica da delegação do serviço em regime de competição seja motivada no ato em que se justifica a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Compulsando os autos, verifica-se que a nota de fls. 663/665, apresentada pelo município em sede de defesa, trouxe as razões técnicas e econômicas para a concessão por lote único.

Segundo essa análise, a concessão com exclusividade viabilizaria a política de tarifa única: ao permitir que a concessionária compensasse os gastos das rotas não movimentadas com os ganhos das rotas mais lucrativas; ao diluir os gastos operacionais; ao facilitar modificações na rede transporte sem interferir no equilíbrio econômico de algum dos lotes; ao garantir uma maior capacidade de investimento à concessionária.

A justificativa apresentada enquadra-se na exceção referente à inviabilidade econômica de se conceder o serviço em lotes.

Conquanto essa nota técnica tenha sido expedida posteriormente ao início da licitação e não haja estudo semelhante entre os documentos da fase interna da Concorrência Pública nº 01/17, ainda assim, ela explicitou que existiam razões de fato e de direito para a escolha de concessão em regime de exclusividade, de forma que essa ausência caracteriza irregularidade formal.

No que se refere à reunião de atividades díspares, lembra-se, como salientado pelo denunciado, que o art. 11 da Lei nº 8.987/95 autoriza a concepção de concessão com fontes de receita alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

No caso em análise, percebe-se que a construção e a manutenção de abrigos, bem como a consequente exploração da publicidade neles exposta, podem ser compreendidas como um projeto associado que contribuirá para a aquisição de receita alternativa e para a atualidade do serviço público em questão.

Portanto, considerando que restaram demonstradas as razões de fato e direito que justificaram a concessão em regime de exclusividade e que os serviços atinentes à construção, manutenção e exploração dos abrigos é compatível com o art. 11 da Lei nº 8.987/95, considero improcedente a denúncia nesse ponto.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

² *Op. Cit.*

c) Vedação à participação de empresas falidas ou em processo de recuperação judicial ou extrajudicial

O *Parquet* de Contas, em aditamento da denúncia, considerou irregular o subitem 4.2.3 do edital em que se vedou a participação de sociedades empresárias que se encontrem em processo de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial (fls. 965v/967).

O município argumentou que a Lei de Licitações autoriza a Administração Pública a exigir certidão negativa de falência como requisito da qualificação econômico-financeira dos licitantes (fls. 997/998). Ressaltou, ainda, que o fato de se tratar de vultosa concessão de serviço público exige maior cautela na seleção das participantes, sob pena de prejudicar sua continuidade e qualidade.

A Unidade Técnica ponderou que o certame em foco tem por objeto um serviço público que demandará grande investimento, o que torna mais relevante a situação econômica das licitantes, muito embora compreenda que a vedação não seja o meio mais adequado para garantir a qualificação econômico-financeira das empresas. Todavia, concluiu que materialmente não houve prejuízo para a concessão (fls. 1036/1038v).

Para melhor compreender o tema, importa lembrar que o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 resguarda a exigência de certidão negativa de falência ou concordata como documento relativo à qualificação econômico-financeira e que, com o advento da Lei nº 11.101/05, a recuperação judicial passou a substituir a concordata em nosso ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante mencionado no aditamento ministerial, assentou entendimento segundo o qual não é possível exigir certidão negativa de recuperação judicial entre os documentos da qualificação econômico-financeira dos licitantes, pois não seria possível interpretar extensivamente o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, que continua a mencionar apenas a concordata. Além disso, entendeu que permitir a participação de empresa em recuperação judicial se coaduna com a finalidade da Lei nº 11.101/05 de promover a função social da empresa e da atividade econômica.³

Note-se que o raciocínio desenvolvido pelo STJ condena apenas as restrições do edital à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, pois não autorizadas expressamente no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. Por esse entendimento, não há irregularidade na vedação à participação de empresas em processo de falência.

Cumpra considerar, ainda assim, que o caso julgado STJ, conforme ressaltado pela Unidade Técnica, remete a contratações comuns da Administração Pública, reguladas apenas pela Lei Geral das Licitações, e não à concessão de serviço público como na presente denúncia.

A distinção é importante na medida em que o interesse público na função social da empresa tem de se confrontar com o interesse na adequação do serviço público, que impõe deveres adicionais às concessionárias: satisfação das condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6, § 1º, da Lei nº 8.987/95). Essas garantias impostas aos prestadores dos serviços públicos representam um ônus para o desenvolvimento da atividade pelo particular, que precisará, para cumpri-las, apresentar um desempenho especialmente eficiente.

³ STJ – Primeira Turma. AREsp. 309867 ES 2013/0064947-3. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/07/2018. DJe. 08/08/2018.

Logo, conquanto seja relevante garantir oportunidades para a continuidade de empresas em processo de recuperação, afigura-se, no caso, mais razoável resguardar a continuidade dos serviços públicos essenciais, como o de transporte coletivo urbano, cujo mal funcionamento prejudicaria todas as atividades econômicas na municipalidade que dele dependem.

Ressalte-se, ainda, que a concessão em questão é de grande vulto e envolve o pagamento de outorga onerosa, além da construção de abrigos, exigências que demandam grande investimento inicial, o que será ainda mais custoso para uma empresa em processo de recuperação judicial ou extrajudicial.

Em vista dessas peculiaridades, em particular a exigência de continuidade do serviço público, entendo que um maior zelo com a qualificação econômico-financeira da possível concessionária é razoável e até mesmo recomendável, no caso concreto.

Portanto, julgo improcedente o apontamento.

d) Ausência de justificativa para os índices contábeis adotados

O *Parquet* de Contas também considerou irregular o item 7.5.2.1 do edital em que se exigiu dos participantes documentos contábeis demonstrando índices mínimos de liquidez corrente, liquidez geral e endividamento sem a motivação técnica dos valores adotados (fls. 967/968v).

O município argumentou que existe fundamentação técnica para a qualificação econômica exigida. Segundo informou, as empresas do setor de transporte de passageiros costumam apresentar índices de liquidez menores que 1,0 (um), pois a necessária renovação da frota pesa o seu passivo e a receita estimada para a concessão não pode ser toda contabilizada como ativo (fls. 998/1000).

A Unidade Técnica entendeu que, apesar de as justificativas não terem sido apresentadas no momento adequado, os índices adotados na Concorrência Pública nº 01/17 são coerentes com a natureza da atividade do transporte coletivo, em que a grande necessidade de alavancagem e a variabilidade insignificante dos custos condizem com índices de liquidez inferiores a 1,0 (um) sem que isso indique problemas gerenciais das empresas (fls. 1038v/1042).

Inicialmente, cumpre reproduzir a redação dada ao item 7.5.2.1 do edital, *in verbis* (fl. 38):

7.5.2.1 Para a qualificação econômico-financeira da licitante, os índices contábeis LC [liquidez corrente] e LG [liquidez geral] que deverão apresentar resultados iguais ou superiores a 0,8 (zero vírgula oito): (...)

Acerca do tema, destaco o art. 31, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, a saber:

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

[...]

§ 1º **A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato**, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 5º. **A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação** que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Grifou-se)

No presente caso, apesar de o item 7.5.2.1 do edital da Concorrência Pública nº 01/17 especificar quais os índices contábeis seriam considerados, não constou nenhum parecer técnico para embasar a opção pelos índices de liquidez corrente e geral em valor igual ou superior a 0,8 (oito décimos).

Importante lembrar que a escolha desses valores, ainda que não usuais, é uma discricionariedade do administrador, mas que está sujeita à necessária motivação, devendo a escolha ser, portanto, fundamentada. Nesse sentido, foi proferido recente julgado nos autos do Edital de Licitação nº 932.719, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, publicado em 29/05/17, a saber:

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já firmou entendimento de que cabe à Administração determinar os índices financeiros que comprovem a real situação do licitante, em seu ramo de atividade, devendo sua escolha ser devidamente justificada no processo licitatório, considerando os compromissos que o licitante terá que assumir para a execução do contrato, conforme se verifica deste trecho do Acórdão nº 2495-35/10-P, Sessão de 22/9/2010, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro:

...o TCU tem reiterados entendimentos no sentido de que a exigência de índices contábeis diversos dos usuais deve ser justificada por estudos aprofundados, além de que tal exigência deve ser pertinente ao cumprimento das obrigações resultantes da licitação.

(...)

Ressalto, ainda, que a fixação dos índices financeiros não obedece a padrão uniforme e pré-definido. Nesse sentido, basta verificar que a Lei nº 8.666, de 1993, não estabelece esses indicadores, **deixando margem para que o administrador público os defina – de forma discricionária, mas devidamente motivada, caso adote índice fora do padrão normalmente aceito pela doutrina, sobretudo da área contábil** – mediante a utilização dos parâmetros mais adequados em face das características do objeto licitado. (Grifou-se)

Junto à sua defesa, o município apresentou nota técnica fundamentando os índices de liquidez inferiores a 1,0 (um) em estudo realizado pelo Tribunal de Contas de São Paulo (fl. 1022/1025).

Conforme já mencionado, o Órgão Técnico entendeu que as razões apresentadas, conquanto posteriores ao certame, são razoáveis e suficientes para se motivar o item 7.5.2.1 do edital da Concorrência Pública nº 01/17.

Nesse cenário, acolho o posicionamento exarado pela Unidade Técnica e considero improcedente a denúncia neste ponto.

e) Erros sobre consultas, audiências públicas e outros atos

A denunciante, Auto Lotação Princesa do Norte Ltda., questionou o fato de não constar no processo da Concorrência Pública nº 01/17 qualquer ato ou manifestação técnica sobre as sugestões colhidas nas audiências públicas que antecederam o certame (fls. 20/21). Nesse item, questionou, ainda, a ausência de especificações técnicas sobre a construção e manutenção dos abrigos, bem como de assinatura dos responsáveis técnicos nos croquis disponibilizados.

A Procuradoria do Município de Montes Claros manifestou-se às fls. 655/656 e sustentou que as audiências públicas foram realizadas em conformidade às exigências do art. 39 da Lei nº 8.666/93, o que teria sido comprovado pela documentação apresentada junto à defesa.

A Unidade Técnica considerou improcedente a denúncia, porquanto comprovada a realização das audiências públicas, por inexistir, na Lei nº 8.987/95, obrigação legal de apontar o

responsável técnico pelo projeto básico e por serem suficientes as especificações técnicas contidas nos croquis de fls. 131/133v (fls. 949v/950v).

O art. 39 da Lei nº 8.666/93, que estabeleceu a obrigação de realização de audiências públicas, restringe a formalidade para licitações ou conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas com valores superiores a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c". Estipula também que deve ser realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação.

Em vista desse dispositivo, percebe-se que os requisitos da obrigação se restringem a realização da audiência pública com um mínimo de antecedência e publicidade, além de garantir aos interessados direito de manifestação e acesso a todas as informações pertinentes, de modo que não há uma exigência legal de explicitar a forma como as sugestões foram incluídas nas etapas da futura licitação nem há obrigação de que elas prevaleçam sobre as opções do administrador.

No caso em análise, observa-se que entre 02/03/17 e 30/03/17 foram realizadas nove audiências públicas para discutir o modelo do serviço de transporte coletivo urbano (fls. 252/304), com cronograma publicado em 24/02/17 nos Diários Oficiais da União e do Município (fls. 250/251v). Posteriormente, em 21/07/18 (fl. 305v), foi realizada outra audiência pública para discutir “as tratativas do edital”, sendo o próprio edital publicado em 21/12/18 (fl. 462).

De modo semelhante, quanto à ausência de responsável técnico para os croquis dos abrigos, nota-se, assim como entendeu a Unidade Técnica, que não há exigência legal de o edital apresentar o responsável técnico pela elaboração do projeto básico e que as especificações técnicas presentes no Anexo 1.08 (fl. 131/133v), de fato, foram suficientes para os fins de confecção das propostas.

Dessa forma, considerando que atas juntadas comprovam a oportunidade de manifestação dos interessados, que os prazos e a publicidade dos avisos foram respeitados e que os croquis dos abrigos atendem as exigências legais, julgo improcedente a denúncia nesses pontos.

f) Inexequibilidade do preço proposto

A denunciante, Auto Lotação Princesa do Norte Ltda., noticia, ainda, que, considerando a exigência de produtos, modos de prestação, renovação de frota, seguros de responsabilidade civil, garantias contratuais, fórmulas paramétricas de reajuste e períodos de revisão tarifária, as propostas apresentadas tornar-se-ão inexequíveis durante a execução da concessão (fls. 22/25).

Em resposta, a Procuradoria do Município de Montes Claros apresentou estudo técnico em favor da viabilidade da execução do serviço nos moldes propostos pelo edital (fls. 665/666).

A Unidade Técnica, abordando alguns aspectos do estudo de viabilidade econômica da concessão, considerou que, embora não seja possível concluir, previamente, pela sua inexequibilidade, há necessidade de acompanhar a execução desse contrato em função de uma série de inconsistências (fls. 954/961).

Conforme analisou, a viabilidade da concessão parece depender, em parte, da realização de revisões periódicas do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que, devido à natureza extraordinária do instituto da revisão, é inadequado e aumenta o risco com o qual a concedente terá de arcar. Entendeu como inadequada também a opção por exigir outorga onerosa para um serviço de transporte coletivo sem o detalhamento da aplicação desse montante na infraestrutura local, exigência que pode tornar a concessão menos atraente e prejudicar a modicidade da tarifa.

Essa conclusão foi sustentada pelo estudo técnico juntado pela denunciante em que, ao se desconsiderar as revisões previstas, os resultados líquidos acumulados com a execução do serviço não alcançarão, nos 20 (vinte) anos previstos para a concessão, o total do valor investido (fls. 632).

Questionou-se, ainda, a imprecisão metodológica do plano de renovação da frota, a falta de detalhamento do item “investimentos em equipamentos, instalações e abrigos” e as lacunas no item “despesas com pessoal”, que interferem na taxa interna de retorno prevista para o empreendimento.

Em nova manifestação (fls. 1018/1025), o município apresentou estudo analisando os pontos questionados pelo Órgão Técnico. Como sustentado, optou-se por incorporar os investimentos da renovação da frota por meio de revisões periódicas, razão pela qual foram antecipadas no estudo de viabilidade do edital, sem prejuízo de revisões baseadas em outros fatores supervenientes e imprevisíveis. Quanto ao plano de renovação da frota, informou que o critério adotado, embora não preciso, foi escolhido por ser um modelo matemático imparcial e por ser impossível prever a forma como a concessionária manterá a idade média exigida para os veículos.

No que se refere às estimativas com investimentos em garagens, equipamentos e instalações, informou que se basearam na multiplicação do Custo Unitário Básico por metro quadrado disponível no site do Sinduscon-MG pela porcentagem estimada de um terreno de 70m², somado a 100% (cem por cento) desse mesmo valor a título de custo de instalação. Com relação à estimativa de investimentos com abrigos, alegou que os valores foram orçados a partir de projetos semelhantes confeccionados para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), acrescidos de 10% (dez por cento) referente ao custo de manutenção.

Sobre os gastos com pessoal, informou que existe acordo coletivo diverso, firmado com o Sindicato dos Trabalhadores das Empresas de Transportes Coletivos Urbanos do Município de Montes Claros/MG e do Norte de Minas, cujos valores foram utilizados na confecção do estudo de viabilidade da concessão.

Por fim, quanto à opção pela outorga, o município anexou planilha com plano de investimentos (fl. 1001).

Em sede de reexame (fls. 1033v/1036), a Unidade Técnica, concluindo pela improcedência da denúncia, considerou: que o modelo de revisões periódicas para compensar os investimentos é lícito e factível; que o “critério matemático imparcial” para a renovação da frota é impraticável e prejudicou a análise do estudo de viabilidade; que permanecem sem justificativa os critérios para o orçamento dos abrigos e dos custos de instalação; que, embora alegada a existência de outro acordo coletivo, uma vez que não foi apresentado, esse não pôde ser averiguado; que, diante do plano de investimentos, a outorga é razoável, mas deve ser acompanhada pelo Tribunal.

O Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, discordou do Órgão Técnico por considerar que a documentação apresentada foi insuficiente para justificar a cobrança da outorga onerosa. Concluiu, contudo, ratificando a recomendação de acompanhar a execução da concessão.

Do resumo das discussões desenvolvidas até o momento, infere-se que, apesar de se falar em inxequibilidade do preço proposto, o que a denunciante questiona, em realidade, é a viabilidade econômica do serviço público de transporte coletivo urbano nos moldes propostos pela Concorrência Pública nº 01/17.

Sob esse aspecto, a relevância das inconsistências levantadas está no fato de comprometerem as estimativas do fluxo de caixa da concessão com base nas quais os licitantes calcularam suas propostas (fl. 160/162v, Anexo 5 do edital).

Em vista disso, embora as inconsistências na estimativa das despesas com pessoal e no detalhamento do item “investimentos em equipamentos, instalações e abrigos” desatendam ao disposto no art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual o projeto básico deve englobar “elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação”, uma vez que não comprometeram a exequibilidade da atividade, não caracterizam irregularidades relevantes para o apontamento em análise.

O plano de renovação da frota, por outro lado, é o aspecto mais sensível do estudo de viabilidade, em função do montante a ser investido pela concessionária, de forma que suas inconsistências podem, de fato, tornar a prestação inexecutável no longo prazo. A mesma lógica aplica-se à questão da outorga onerosa, já que, diante de uma inviabilidade econômica do serviço, a opção pela sua exigência poderia ser considerada desproporcional.

Sobre o tema, na Denúncia nº 761.690 de relatoria do conselheiro Sebastião Helvecio, julgada em sessão do dia 01/11/13, o Tribunal de Contas de Minas Gerais já teve a oportunidade de se manifestar, em análise de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano no Município de Caeté, sobre a viabilidade econômica da proposta aceita pela concessionária e sobre a legalidade da outorga onerosa.

Decidiu-se, naquela oportunidade, que a legalidade da cobrança de outorga onerosa em concessão desse gênero depende da comprovação “de que o valor oriundo de sua cobrança foi empregado em melhorias para o sistema de transporte”, sob pena de ofensa ao princípio da modicidade da tarifa.

Neste ponto, adiante-se que o Município de Montes Claros apresentou planilha de investimentos de fl. 1001, onde constou, entre outros investimentos, que de outubro de 2019 a julho de 2020 seriam realizadas obras de recapeamento de vias públicas pertinentes ao transporte coletivo no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Dessa forma, embora assista razão ao Ministério Público de Contas quando afirma que a simples apresentação de planilha não é suficiente para comprovar a razoabilidade da exigência de outorga onerosa, aderindo ao entendimento expresso na Denúncia nº 761.690, entendo que o documento é suficiente na atual fase da concessão, pois servirá de orientação para o acompanhamento da execução desses investimentos.

Retomando a explanação do precedente, nota-se que, na análise da viabilidade do modelo proposto no Município de Caeté, a equipe técnica constatou, em inspeção local, que a concessionária, enquanto requeria a imediata revisão da tarifa, reduziu sua estrutura operacional, deixando o serviço em desacordo com as condições do contrato, para evitar o prejuízo com o preço aceito.

Com base nisso e em outros indícios, concluiu-se que a empresa restringira dolosamente a competitividade da concorrência pública ao aderir à tarifa inexecutável para vencê-la. O Pleno decidiu, então, por recomendar aos atuais gestores que procedessem à anulação da concessão.

Dessas análises realizadas na Denúncia nº 761.690, observa-se que a inexecutabilidade do modelo de prestação do serviço de transporte coletivo urbano, além de levar a concessionária a reduzir indevidamente sua estrutura operacional, sucateando o serviço, pode ser utilizada pelos particulares que detenham conhecimento da inviabilidade para restringir o caráter competitivo do certame.

No caso em análise, afere-se que o Município de Montes Claros argumentou que o plano de renovação da frota não comprometeria a exequibilidade do serviço, já que as revisões contratuais previstas no demonstrativo de fluxo de caixa teriam por finalidade, justamente, compensar paulatinamente o capital investido.

De fato, o estudo apresentado pela denunciante, em que se atestou que o retorno do investimento não será possível dentro do prazo da concessão, expressamente desconsidera as revisões programadas pela concedente (fls. 620/632).

Foi com base nisso, inclusive, que a Unidade Técnica, em sede reexame, retificou seu posicionamento para considerar como lícito e viável o modelo de concessão apresentado pelo município. No seu entendimento, a opção por revisões programadas e a transferência de risco que isso implicou estariam dentro do âmbito de discricionariedade da Administração Pública Municipal.

Importa ressaltar, desde já, que a revisão contratual é um mecanismo que foi concebido para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos em face das chamadas áleas administrativas e extraordinárias:

A revisão do contrato tem lugar quando a administração procede à alteração unilateral de suas cláusulas de execução, afetando a equação econômica original, ou quando algum evento, mesmo que externo ao contrato, **modifica extraordinariamente os custos de sua execução**. Nessas hipóteses, o contratado tem direito à chamada revisão do contrato, para estabelecimento de seu equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

A revisão não é algo que ocorra periodicamente, nenhuma relação tem com inflação ordinária ou perda ordinária de poder aquisitivo da moeda, descabendo, por isso, cogitar de “índices preestabelecidos”, como ocorre na hipótese de reajuste. (Grifo nosso) (...) ⁴

Como se observa, esse mecanismo está intrinsecamente ligado ao equilíbrio econômico original do acordo, formado pela proporção entre os bens ou serviços fornecidos e a remuneração devida ao particular, equilíbrio esse que se consolida no momento da assinatura do contrato. ⁵

O respeito a essa proporção, que é verdadeira garantia para o particular, foi imposto pelo art. 37, XXI, da CF/88:

Art. 37. (...)

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 623

⁵ (...)

Essa relação entre os encargos do contratado e a remuneração devida pela Administração Pública começa a ser projetada com a elaboração do instrumento convocatório, em que se estabelece o objeto da licitação, os direitos e obrigações das partes e as condições de execução do contrato.

A concretização da equação econômico-financeira do contrato administrativo ocorre (...) no momento em que a proposta do licitante é aceita pela Administração contratante, configurando, assim, a mais vantajosa para o Poder Público.

A partir de então, a própria Constituição da República passa a proteger o equilíbrio da relação contratual formalizada, como se verifica na norma contida no inciso XXI do seu artigo 37, *in verbis*: (...) (Consulta nº 811.939 de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, respondida em sessão do dia 26/05/10)

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

Resguarda-se o equilíbrio original do acordo, porque o interesse do Poder Público em pagar menos por suas contratações é meramente patrimonial e nem sempre expressa o interesse da coletividade. O adequado, conforme o nosso regime jurídico-administrativo, é preservar a remuneração do contratado, que será obrigado a suportar as prerrogativas da Administração Pública.

Saliente-se que, em vista dessa garantia, é essencial para o particular que todos os custos necessários ao serviço sejam incorporados na fase de planejamento da contratação, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro original servirá de referência para a preservação do núcleo remuneratório do contrato, constituído pelas cláusulas que tratam de sua contraprestação e que não pode ter sua proporção alterada unilateralmente pelo Poder Público.

A questão do equilíbrio econômico é ainda mais relevante para as concessões de serviços públicos, pois o particular fica sujeito a restrições mais rigorosas do que às impostas aos contratantes em geral:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, **atualidade**, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**. (Grifo nosso)

Dito isso, cabe reconhecer que não há norma em nosso ordenamento que obrigue o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão a retratar estritamente o fluxo de caixa apresentado no projeto básico nem norma que defina, de forma taxativa, as situações nas quais a administração pode promover alterações nas tarifas para preservação do núcleo remuneratório.

Se por um lado há entendimento doutrinário pacífico sobre a conceituação e classificação das áleas (administrativas, extraordinárias e ordinárias), esse consenso nem sempre se mantém na sua aplicação aos casos concretos. Esses conceitos abertos, associados à distribuição dos riscos nos contratos administrativos em geral, vêm sendo utilizados para identificar os eventos cujo impacto nas bases econômicas do contrato deve ser suportado ou pela Administração ou pelo particular, de forma a respeitar uma “remuneração normal” ao contratante. Por sua vez, o que se compreenderá por “remuneração normal” só pode ser precisado pela delimitação técnica do bem ou do serviço licitado, porquanto cotejado a partir dos encargos ordinários da execução desse contrato.

No caso em análise, é possível defender que os encargos com a renovação da frota não se restringem a um custo ordinário do serviço, pois visam a substituir o modelo dos ônibus em circulação para modernizar a frota. Nessa linha, podemos intuir que esse gasto extrapola os encargos relativos à execução do contrato (álea ordinária) e, logo, representa um investimento extraordinário na melhoria do serviço prestado.

Por essa interpretação, não haveria óbice à revisão contratual quando a Administração Pública Municipal exigisse do particular o custo pela melhoria qualitativa extraordinária no padrão do serviço de transporte coletivo, como é caso da troca gradual da frota por modelos mais espaçosos, confortáveis e modernos.

Outrossim, nada impede que o administrador se proponha, ao idealizar o modelo de concessão, a colaborar voluntariamente com a concessionária quando a modificação na forma de execução represente um investimento extraordinário, especialmente no caso de investimento em melhoria na estrutura da prestação do serviço. Essa iniciativa, inclusive, poderia ser enquadrada, não como revisão contratual, mas como hipótese de alteração voluntária, prevista no art. 65, II, *b*, da Lei nº 8.666/93.

Nesse contexto, considero que é possível compatibilizar a garantia constitucional das “condições efetivas da proposta” com a transferência do risco relativo à absorção dos custos com a renovação da frota ao particular, e que, conforme defendido pela Unidade Técnica em seu relatório final, esse “modelo de viabilidade econômica” apresentado pelo Município de Montes Claros é lícito e factível.

Cumprе salientar, no entanto, que, mesmo alegando fragilidades no modelo de concessão, as denunciantes consorciaram-se e formularam proposta que saiu vencedora: em 16/07/19, a concessão de cuja licitação esta denúncia trata fora assinada pelo Consórcio MOCBUS, constituído pelas empresas Auto Lotação Princesa do Norte Ltda. e Solaris Transporte Ltda. (fls. 1005/1016). Sublinhe-se, inclusive, que a tarifa vencedora consistiu no valor de R\$2,75 (dois reais e setenta e cinco centavos), embora o valor utilizado de parâmetro para o demonstrativo de fluxo de caixa fosse de R\$3,30 (três reais e trinta centavos).

Tais informações parecem contradizer a conduta inicial das licitantes, que denunciaram a inexequibilidade do modelo de concessão, pois a oferta se deu em valor bem inferior ao utilizado no estudo de viabilidade.

Diante disso e do caso descrito na Denúncia nº 761.690, surge a preocupação de que também neste certame o particular possa ter utilizado um valor baixo na proposta para garantir sua vitória, o que restringiria a competitividade e poderia até subverter o modelo proposto.

Ressalte-se, porém, que não foram identificados indícios de que os licitantes vencedores agiram de má-fé ou de que o valor proposto em consórcio fora utilizado para direcionar a contratação, de forma que, nesse ponto, as circunstâncias aqui consideradas distinguem-se do precedente, não havendo elementos que apontem para uma fraude na Concorrência Pública nº 01/17.

Ainda assim, em função dessa preocupação de que o baixo valor da proposta possa subverter o “modelo de viabilidade econômica” proposto e tendo em vista que a transferência de parcela do risco do serviço ao particular demanda um dever adicional de fiscalização para o gestor, faz-se mister que a Administração Pública Municipal acompanhe a forma pelo qual a concessionária absorverá esse risco para garantir que isso não prejudique a qualidade do serviço público, promovendo as modificações necessárias na tarifa sempre que a dificuldade nessa atualização onerar excessivamente o núcleo remuneratório do contrato.

Entendo ser necessária, assim, a emissão de recomendação ao Controle Interno do Município de Montes Claros para que monitore a execução da concessão de serviço público de transporte coletivo urbano, oriunda da Concorrência Pública nº 01/17 e formalizada pelo Contrato nº P020/17-01, com especial atenção para o impacto que a obrigação de renovar a frota de veículos terá na prestação dos serviços. O Controle Interno deverá acompanhar, ainda, o plano de investimento na infraestrutura de transporte com os recursos oriundos da outorga onerosa, cuja execução será condição para razoabilidade da exigência.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo improcedente a denúncia apresentada e considero regular a Concorrência Pública nº 01/17, deflagrada pelo Município de Montes Claros, motivo pelo qual

determino a extinção do feito com resolução do mérito e consequentemente o arquivamento dos autos, nos termos do art. 174, VI, do Regimento Interno.

Recomendo ao Controle Interno do Município de Montes Claros que monitore: (a) a execução da concessão de serviço público de transporte coletivo urbano, oriunda da Concorrência Pública nº 01/17 e formalizada pelo Contrato nº P020/17-01, com especial atenção para o impacto que a obrigação de renovar a frota de veículos terá na prestação dos serviços; (b) o plano de investimento na infraestrutura de transporte com os recursos oriundos da outorga onerosa, cuja execução será condição para razoabilidade da exigência.

Recomendo, ainda, à atual gestão do Município de Montes Claros que se abstenha, em futuras concessões de serviço público, de prever restrições aos participantes não autorizadas em lei, já que são desnecessárias, mesmo quando ínfima a probabilidade de ofensa, como foi o caso do item 7.4.1 do edital da Concorrência Pública nº 01/17.

Intimem-se as denunciantes, os responsáveis e o controlador interno do Município de Montes Claros do inteiro teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Eu vou votar para compor o *quorum*. Acompanho o Relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR. DECLARADAS AS SUSPEIÇÕES DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E DO CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

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

* * * * *