

Processos: 1119948 e 1120006
Natureza: DENÚNCIA
Denunciantes: SOCICAM Administração, Projetos e Representações Ltda.; SINART – Sociedade Nacional de Apoio Rodoviário e Turístico Ltda.
Denunciada: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade do Estado de Minas Gerais – SEINFRA
Responsável: Fernando Scharlack Marcato, Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade
Processo referente: 1114682, Denúncia
Apenso: 1114752, Denúncia
Procuradores: Henrique César Mourão, OAB/MG 32.340; Raul de Araújo Filho, OAB/MG 5.915; Joanna do Couto e Silva Mourão, OAB/MG 102.352; Renata Mangualde Felizardo, OAB/MG 83.898; Juliana Safar Teixeira Castanheira, OAB/MG 83.027; Daniel Pereira Artuzo, OAB/MG 104.608; Hélio Renato Marini Minoda, OAB/MG 83.094; Flávia Cristina Mendonça Faria, OAB/MG 81.133
MPTC: Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

TRIBUNAL PLENO – 22/6/2022

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. MOBILIDADE URBANA. IMPROPRIEDADES RELACIONADAS À DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO TÉCNICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA COM CENTRO DE CONTROLE OPERACIONAL E DA REALIZAÇÃO PRÉVIA DE INVESTIMENTOS NO MONTANTE EXIGIDO PELO EDITAL. INCONSISTÊNCIAS NO QUANTITATIVO DE USUÁRIOS INFORMADO NOS ATESTADOS APRESENTADOS PELO LICITANTE VENCEDOR. SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA. PRESENTES OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. DECISÃO REFERENDADA.

1. A concessão de medidas cautelares por este Tribunal constitui providência excepcional, a ser adotada em situações específicas, para prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, nos termos do *caput* do art. 95 da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar estadual n. 102/2008).
2. Em se tratando de decisão cautelar, ou seja, de cognição sumária, é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sob pena desta Corte de Contas interferir, de forma não razoável, em atos administrativos normativos, pois, no atendimento do interesse público primário e secundário da Administração Pública, a ingerência do controle externo deve-se pautar pela cautela e proporcionalidade de suas decisões (inclusive liminares).
3. As exigências de qualificação técnica buscam aferir se a licitante reúne as condições necessárias e suficientes para executar satisfatoriamente o objeto contratual, bem como minimizar os riscos de uma potencial descontinuidade do contrato mediante a seleção de um participante que não disponha da capacidade técnica necessária à sua fiel execução.
4. A lógica subjacente às concessões exige, para sua performance, uma complexa engenharia econômico-financeira que envolve planejamento, gestão, governança e sofisticação na captação dos recursos e na efetiva realização dos investimentos, o que torna imprescindível que os atestados para comprovação da realização de investimentos reflitam, efetivamente, a

capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, sob pena de descontinuidade da concessão.

5. A exigência de comprovação da realização de investimento em empreendimento de infraestrutura tem como objetivo a demonstração da capacidade da licitante de obter recursos para investimentos no projeto.
6. Os atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não representam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, uma vez que, nesses casos, o contratado recebe remuneração custeada pelo próprio Poder Público e repassada em razão de medição de atividades contratuais ou em razão do avanço do empreendimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade das Notas Taquigráficas, em referendar a decisão monocrática que:

- I) deferiu, com fundamento no art. 60, caput, da Lei Complementar Estadual 102/2008 e no art. 267 da Resolução 12/2008, o pedido de suspensão liminar da Concorrência Pública n. 001/2022 promovida pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais -Seinfra/MG;
- II) determinou a intimação, por *e-mail*, do Sr. Fernando Scharlack Marcato, Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade para que:
 - a) suspendesse, de imediato, o certame;
 - b) encaminhasse, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis a contar da ciência da decisão, cópia do comprovante de publicação da suspensão da licitação, em conformidade com o disposto no art. 61 da Lei Complementar nº 102/2008, sob pena de sanção, nos termos do art. 85, inciso III, do mesmo diploma legal e do § 2º do art. 264 do Regimento Interno do TCEMG, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por dia até o valor máximo constante no *caput* do artigo 85 da Lei Orgânica desse Tribunal;
- III) determinou que as denunciante e denunciada fossem cientificadas da decisão e, após, os autos retornassem conclusos ao Relator;

Votaram o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Gilberto Diniz. Vencido o Conselheiro Cláudio Terrão.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 22 de junho de 2022.

MAURI TORRES
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 22/6/2022

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

REFERENDUM**I – RELATÓRIO**

Trata-se de Denúncias protocolizadas sob os n. 1.119.948 e 1.120.006, respectivamente, por SOCICAM Administração, Projetos e Representações LTDA. e por SINART – Sociedade Nacional de Apoio Rodoviário e Turístico Ltda., ambas com pedido cautelar, em razão de supostas irregularidades apontadas no âmbito da Concorrência Pública nº 001/2022 promovida pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais - SEINFRA/MG, tendo por objeto a “concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos Terminais Metropolitanos e Estações de Transferência – MOVE da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG”.

A **denúncia n. 1.119.948**, protocolizada em 31/5/20222, foi recebida e autuada em conformidade com o despacho do Conselheiro-Presidente à peça 4 do SGAP, sendo inicialmente distribuída ao Conselheiro Gilberto Diniz. Posteriormente, em razão da conexão com a matéria tratada nos processos de n. 1.114.682 e 1.114.752, sob minha relatoria, os autos me foram redistribuídos. Na sequência, determinei seu encaminhamento à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações para elaboração de manifestação técnica preliminar.

A **denúncia n. 1.120.006**, protocolizada em 10/6/20222, foi recebida, autuada e distribuída à minha relatoria em conformidade com o despacho do Conselheiro-Presidente à peça 23 do SGAP. Tendo em vista sua conexão com processo de n. 1.114.682 (piloto), determinei à Secretaria do Pleno que realizasse o apensamento, e, em seguida, remetesse os autos à unidade técnica para análise conjunta com a denúncia n. 1.119.948.

Após analisar a documentação apresentada pelas denunciantes, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações concluiu, no relatório à peça 31 do processo n. 1.114.682 (piloto), que as irregularidades apontadas implicavam risco de descontinuidade da própria concessão, justificando-se a suspensão do certame.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em **20/06/2022**, ao realizar um juízo de cognição sumária, proferi decisão monocrática no exercício da competência prevista no art. 95 da Lei Orgânica, e **deferi**, *inaudita altera parte*, a concessão de medida cautelar **para suspender, liminarmente, a Concorrência Pública nº 001/2022 promovida pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais - SEINFRA/MG**.

A título de elucidação, transcrevo o inteiro teor da decisão monocrática com a especificação dos fundamentos de fato e de direito que embasaram a concessão da medida cautelar:

I. PRELIMINAR – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO PARA JULGAMENTO DO FEITO

Em preliminar, manifesto-me pela competência do Tribunal Pleno para apreciar a matéria, uma vez que o valor total estimado da contratação, de R\$ 407.394.680,42 (quatrocentos e sete milhões, trezentos e noventa e quatro mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos) correspondente ao Valor Presente Líquido da receita bruta estimada durante o prazo da Concessão (item 2.3 do edital), ultrapassa o montante previsto no artigo 25, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal.

II. DA APRECIACÃO DO PEDIDO CAUTELAR

Nos termos do art. 3º, XVI da Resolução 12/2008 (Regimento Interno do TCEMG), compete a este Tribunal fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados.

Visando conferir celeridade à análise do pedido liminar, esclareço que a minha manifestação se restringirá a alguns dos apontamentos da petição inicial, o que não impede, num momento posterior, a ampliação do escopo das denúncias, com a identificação de outras irregularidades no procedimento licitatório, uma vez que a atuação deste Tribunal é norteadada pela proteção ao interesse público.

Nesse aspecto, cabe destacar minha convicção acerca da concessão de medidas cautelares, que deve constituir medida excepcional, a ser adotada em situações específicas, para se garantir a efetividade da ação de controle, bem como para se prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, em conformidade com o caput do art. 95 da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 102/2008), que assim dispõe, in verbis:

Art. 95. No início ou no curso de qualquer apuração, havendo **fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito**, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares. (Grifou-se.)

No artigo “A cautelaridade nos tribunais de contas”, Rachel Campos Pereira de Carvalho e Henrique de Paula Kleinsorge lecionam que “a particularidade que reside na análise do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no processo de controle é que ambos devem se referir aos interesses públicos, não sendo relevante, isoladamente, a consideração da ofensa ao direito e do prejuízo na esfera privada”¹.

Portanto, em se tratando de decisão liminar, ou seja, de cognição sumária, é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sob pena de esta Corte de Contas interferir, de forma não razoável, no mérito administrativo do procedimento licitatório. Consequentemente, ao se debruçar sobre questões que envolvam o atendimento ao interesse público, a ingerência do controle externo deve-se pautar pela cautela e proporcionalidade de suas decisões (inclusive cautelares).

Pois bem.

Após análise dos argumentos e documentos apresentados pelas denunciante, entendendo que a Unidade Técnica desse Tribunal abordou, em seu relatório, as principais irregularidades apontadas pelas denunciante.

Em relação ao **item 1, referente à impossibilidade de confirmar a existência de CCO e à inconsistência no número de usuários dos terminais constantes nos**

¹ Artigo disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>. Acesso em 02/10/2017.

atestados apresentados pelo Consórcio Terminais, a despeito de a CFCP ter concluído pela necessidade de realização de diligências para comprovar a capacidade técnica da licitante, verifiquei, em consulta ao *site* da Seinfra², que as dúvidas suscitadas pela Comissão de Licitação foram dirimidas por meio de consulta aos municípios emissores dos atestados.

Nesse sentido, transcrevo excerto da Decisão SEINFRA/CECP/NEP nº. 01 Secretário/2022, de 01 de junho de 2022, exarada pelo Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade em face de petição protocolada pela SINART:

Examinando os novos fundamentos carreados pela licitante SINART, verifico que não há elementos capazes de afastar a presunção de legitimidade e veracidade dos atestados emitidos pelos municípios, cujos conteúdos, inclusive, foram ratificados pelos respectivos signatários no âmbito desta Concorrência Pública nº 001-2022.

Cumprir registrar que os argumentos ora trazidos já foram enfrentados no julgamento dos recursos administrativos (47126292). Na ocasião, **foram realizadas diligências adicionais por esta Autoridade Competente, tendo sido notificados os municípios de Estância de Atibaia/SP (46410685), Ubá/MG (46413818) e Embu das Artes/SP (46414134)** para que esclarecessem os seguintes questionamentos: “1. *O número de passageiros embarcados no Terminal Rodoviário é compatível com o quantitativo declarado no atestado de capacidade técnica conferido à empresa RIÊRA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA?*”; e “2 - *O Terminal Rodoviário é local de embarque e desembarque de passageiros dos sistemas de transporte urbano, intermunicipal e interestadual?*”

Os três municípios responderam positivamente à solicitação, confirmando as informações constantes dos atestados de capacidade técnica apresentados pelo CONSÓRCIO TERMINAIS BH (47125329, 47125429, 47125549, 47125596, 47125746). (Grifei)

Da mesma forma, verifiquei que a alegada **ausência de comprovação de experiência com CCO (item 2)** foi abordada no julgamento de recurso administrativo interposto pela SOCICAM e pela SINART.

Conforme se infere da Decisão SEINFRA/CECP/NEP nº. Julgamento de Recurso/2022, de 25 de maio de 2022, como o Edital não continha a definição técnica de “Centro de Controle Operacional”, a Autoridade Competente solicitou que os municípios de Ubá/MG e Estância de Atibaia/SP esclarecessem “se os respectivos Terminais Rodoviários possuíam Centro de Controle Operacional do tipo integrado, com capacidade de gestão e monitoramento em tempo real, implantado e operado pela empresa RIERA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA., nos termos atestados no ‘Relatório do Centro de Controle Operacional’”.

Em resposta, “ambos os municípios confirmaram a existência de Centro de Controle Operacional nos Terminais Rodoviários atestados, bem como validaram as informações complementares apresentadas pela recorrida quando no cumprimento de diligências solicitadas pela Comissão (47125329, 47125429, 47125549)”.

Dessa forma, em relação a esses dois apontamentos, à vista da presunção de veracidade das informações prestadas e das respostas apresentadas pelos Municípios às diligências realizadas pela Seinfra, considero ausente o *fumus boni iuris*.

²<http://www.infraestrutura.mg.gov.br/component/gmg/page/2458-licitacao-para-concessao-do-tergip-e-terminais-metropolitanos>

Quanto ao **item 3, referente à não apresentação de atestado de investimentos**, adoto, desde já, a manifestação técnica apresentada pela Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações como o fundamento desta decisão, fazendo uso, in casu, da intitulada motivação *per relationem*.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que a doutrinadora Raquel Carvalho³, no artigo “A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LINDB”, teceu algumas considerações sobre a motivação *aliunde* ou *per relationem*, nos termos transcritos a seguir:

A doutrina vem proclamando a viabilidade de um ato administrativo fundar-se em ponderações fáticas e jurídicas de outro, como pareceres, informações técnicas ou mesmo decisões anteriores, o que se denomina “Motivação aliunde”:

“A motivação *aliunde* é permitida facultativa e subsidiariamente. Consiste na adesão ou concordância ao fundamento de pareceres, decisões, informações ou propostas, adotada no ato administrativo por referência expressa e considerada como seu integrante (...). Ela é prestigiada pela jurisprudência. A motivação explícita e suficiente é adimplido pela residência da justificativa decisória exteriorizada no ato anterior e a promoção da remissão expressa na decisão numa operação de contextualidade artificial.”⁴

A respeito da regularidade da “motivação aliunde”, o STF já elucidou que, se se identifica motivação suficiente no ato administrativo, mesmo com remissão aos fundamentos de um parecer elaborado por órgão colegiado técnico ou autoridade de menor hierarquia, inadmissível falar-se em vício, posto que eficiente a fundamentação indicada, viabilizando o controle posterior⁵. Também o STJ já assentou que, se a autoridade acolhe o relatório de uma comissão, devidamente fundamentado, encontra-se atendida a exigência de motivação. No entanto, adverte para a necessidade de aduzir fundamentação própria, se há discordância em relação às razões apresentadas anteriormente⁶.

No âmbito deste Tribunal, na Representação nº 1.058.8835, o Relator, Conselheiro José Alves Viana, ao se valer da motivação *per relationem* na fundamentação de seu voto, a conceituou como:

Motivação *per relationem* se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedente: MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 136-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009

O art. 50, § 1º, da Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, permite expressamente a motivação aliunde ou *per relationem* ao dispor: “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

³Disponível em <http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/>. Publicação em agosto de 2018. Acesso em 24/3/2020.

⁴Wallace Paiva Martins Júnior in Tratado de Direito Administrativo. v. I. coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 470.

⁵MS nº 25.518-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STF, DJU de 10.08.2006, p. 20

⁶MS nº 10.470-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 3ª Seção do STJ, DJU de 18.06.2007, p. 242

Acrescento que, embora não exista previsão expressa na Lei Estadual nº 14.184/2002, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual de Minas Gerais, da motivação aliunde ou per relationem, é possível a sua utilização nas decisões proferidas por este Tribunal, uma vez que constitui instituto admitido pela doutrina, pelo Poder Judiciário e pela própria jurisprudência deste Tribunal.

Diante do acima narrado, adotando como razões de decidir a fundamentação desenvolvida no relatório técnico à peça 31 do SGAP no processo n. 1.114.682 (piloto), reconheço que existem fortes indícios de que o Edital de Concorrência Pública n. 001/2022, promovido pela Seinfra/MG, está acoimado de irregularidades capazes de justificar, num juízo de cognição sumária, a concessão da medida cautelar requerida pelas denunciante.

As exigências de qualificação técnica buscam aferir se a licitante reúne as condições necessárias e suficientes para executar satisfatoriamente o objeto contratual, bem como minimizar os riscos de uma potencial descontinuidade do contrato mediante a seleção de um participante que não disponha da capacidade técnica necessária à sua fiel execução.

Com efeito, ao dispor sobre os requisitos necessários à qualificação técnica dos licitantes, o edital previu, em seu item 20.26, *in litteris*:

20.26. Também para fins de qualificação técnica na LICITAÇÃO, a LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO deverá apresentar atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$ 61.068.343,61 (sessenta e um milhões, sessenta e oito mil, trezentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros.

Na Decisão SEINFRA/CECP/NEP nº. Julgamento de Recurso/2022, de 25 de maio de 2022, prolatada em face de recurso administrativo interposto pela SOCICAM e pela SINART, o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade argumentou que:

Por fim, vale registrar que, ao contrário do alegado pela recorrente, não há contradição entre a aceitação de investimentos executados em contratos de empreitada e o entendimento exposto pela Comissão Especial de Licitação no julgamento da impugnação protocolada pela Agiliza - Comércio E Locação De Máquinas Eireli. Isso porque, também na decisão proferida à impugnante, **não há vedação aos investimentos realizados no regime de empreitada**, pelo que a interpretação da recorrente não encontra guarida nos documentos vinculativos do certame.

Entretanto, de acordo com a unidade técnica, o atestado apresentado pelo Consórcio Terminais BH **não demonstrava sua capacidade de captar recursos para realizar investimento por se referir a contrato de empreitada**:

Análise:

Registra-se que, dentre os requisitos de qualificação técnica, o edital, no item 20.26, exige a apresentação de atestado que comprove a *realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$ 61.068.343, 61, em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros*.

Nesse cenário, deve-se considerar que a exigência de comprovação da realização de investimento em empreendimento de infraestrutura tem como objetivo a demonstração de capacidade da licitante de obter recursos para investimentos no projeto.

Com efeito, como bem salientou a própria Comissão de Licitações no Julgamento de Impugnação apresentada pela AGILIZA - SEINFRA/CECP/NEP (doc 12 da denúncia), por se tratar de uma concessão de serviços, com elevada necessidade capital para realização dos investimentos, que deverá ser levantado por conta e risco da Concessionária (sem que haja aporte ou contraprestação pública por parte do Poder Concedente), *é imprescindível a demonstração de capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, conferindo maior segurança ao certame.*

É, portanto, nessa ordem de ideias, que deve ser analisado se o *atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada nº SC 160/12 referentes à elaboração de projetos e execução de serviço de implantação da estação de integração BRT Pampulha em diversas áreas de Secretarias de Administração Regional Municipal* (Doc. 10 apresentado na denúncia), apresentado pela licitante e aceito pela Comissão para tal finalidade, se presta a comprovar, efetivamente, a capacidade de investimentos do licitante.

Há que se ponderar, contudo, que os contratos para compra de materiais e/ou realização de obras em regime de empreitada ou equivalente, uma vez que a remuneração do contratado ocorre em razão de medição de atividades contratuais ou em razão de avanço do empreendimento, **não são aptos para demonstrar a capacidade de a licitante captar recursos para realizar investimento.**

É que os atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não representam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, uma vez que, **nesses casos, o contratado recebe remuneração custeada pelo próprio poder público e repassada em razão de medição de atividades contratuais ou em razão do avanço do empreendimento.** Portanto, ainda que o edital não contemple vedação expressa à apresentação de atestados relacionados a contratos de empreitadas ou equivalentes para fins de comprovar capacidade de investimentos, estes não podem ser aceitos para tanto.

É certo que a existência de previsão expressa sobre a não aceitação, para comprovação da capacidade de investimentos, de atestado proveniente da execução de contrato em regime de empreitada ou equivalente é considerada uma boa prática em concessões e PPP's, que, inclusive, já tem sido incorporada em algumas licitações (por exemplo, editais de PPP dos Municípios de Teresina³, Porto Alegre⁴ e Vila Velha, elaborados com apoio do BNDES).

Contudo, **ainda que não haja essa previsão expressa no edital, atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não podem ser aceitos para fins de demonstrar a capacidade de investimentos dos licitantes, porquanto não refletem quaisquer investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros.**

Ressalta-se que a lógica subjacente às concessões exige para sua performance, uma complexa engenharia econômico-financeira que envolve planejamento, gestão, governança e sofisticação na captação dos recursos e na efetiva realização dos investimentos, **o que torna imprescindível que os atestados para comprovação da realização de investimentos reflitam, efetivamente, a capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, sob pena de descontinuidade da concessão.**

Como traz o jurista Maurício Portugal⁵ em seu livro Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos “o foco no julgamento da proposta *per si* – e não na efetiva capacidade de executar o contrato – cria a possibilidade de agentes que desenvolvem “o talento” de apresentar propostas tecnicamente perfeitas, sem terem, todavia, a menor condição de executá-las”. Ou seja, **é importante que não somente a licitante apresente a melhor proposta, mas tenha condição de executá-la.**

Diante desse cenário, entende-se que o atestado admitido pela Comissão para fins de habilitação do licitante vencedor **não comprova, de fato, a realização prévia de investimentos** de, no mínimo, R\$ 61.068.343, 61, em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, **com recursos próprios ou de terceiros, na medida em que não reflete quaisquer investimentos custeados pelo contratado.**

De fato, atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada nº SC 160/12 apresentado pela licitante vencedora para atendimento do item 20.26 do edital não se presta a comprovar a capacidade de investimentos da licitante vencedora e, **portanto, não demonstra sua efetiva capacidade de executar o contrato**, o que pode comprometer a execução do contrato e a continuidade da prestação dos serviços.

Conclui-se, portanto, pela **procedência** no apontamento em análise, entendendo-se, ainda, que, no presente caso, diante do risco de descontinuidade da própria concessão, **existem elementos que inviabilizam o prosseguimento do certame.**

Sabemos que a Administração exerce atividade voltada para o interesse público. Para alcançar tal fim, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão pela qual é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras públicas. A licitação é o procedimento que garante lisura e imparcialidade nas contratações efetuadas pela Administração Pública para que sejam evitadas contratações inescrupulosas ou ineficientes.

No caso, não restam dúvidas da alta relevância dos serviços objeto da concessão e do seu alto impacto na mobilidade urbana do Estado, em especial da capital e região metropolitana.

Ademais, observa-se que, nos termos do item 2.2 do edital, a concessão terá prazo de 30 (trinta) anos, o que torna imprescindível que o licitante demonstre sua capacidade de prestar um serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, considerando o longo prazo de duração do contrato.

Neste sentido, destaco a lição de Egon Bockmann Moreira:

Mas quais seriam os contratos aptos a implementar obras de infraestrutura? Em termos simplistas, são de duas ordens: os de desembolso e os de investimento. Os primeiros dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Estado define minuciosamente o que será feito, para depois licitar e contratar o particular para a execução. Exemplo marcante é o tradicional contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, também pelo Regime Diferenciado de Contratações — o RDC. Estes dependem da disponibilidade de receita pública (quem os paga é só o contribuinte). São contratos que envolvem obras de interesse público — o que, por si só, demonstra a necessidade de terem preservada a respectiva segurança jurídica. Já os contratos de investimento são aqueles que não dependem prioritariamente de verba pública, mas de aportes privados. O empreendedor angaria recursos (empréstimos com instituições financeiras ou acionistas) e banca o investimento. Depois, será remunerado pelo usuário, com ou sem a participação do Estado na contraprestação (ou em alguns dos investimentos iniciais). Estes são regidos pelas Leis 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões, que regula as concessões comuns); 11.079/2004 (PPPs, que regula as concessões administrativas e as patrocinadas); 12.815/2013 (Lei Geral dos Portos, que regula as concessões, os arrendamentos e as

autorizações portuárias) — entre outras. Aqui, a racionalidade jurídico-econômica é significativamente diversa daquela dos contratos de desembolso”⁷.

Assim, considerando que o objeto da contratação foi adjudicado ao Consórcio Terminais BH, cuja documentação não comprova a exigência contida no item 20.26, e à vista da iminência de celebração do contrato, entendo presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* necessários à concessão de medida cautelar.

Diante do exposto, com fundamento no art. 60, caput, da Lei Complementar Estadual 102/2008 e no art. 267 da Resolução 12/2008, **defiro** o pedido de suspensão liminar do certame até o exame de mérito das denúncias por esse Tribunal.

Determino a intimação, por *e-mail*, do Sr. **Fernando Scharlack Marcato**, Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade para que:

1) **SUSPENDA**, de imediato, a Concorrência Pública n. 001/2022 promovida pela Seinfra/MG;

2) no prazo de até 5 (cinco) dias úteis a contar da ciência desta decisão, encaminhe cópia do comprovante de publicação da suspensão da licitação, em conformidade com o disposto no art. 61 da Lei Complementar nº 102/2008, sob pena de sanção, nos termos do art. 85, inciso III, do mesmo diploma legal e do § 2º do art. 264 do Regimento Interno do TCEMG, no **valor de 5.000,00 (cinco mil reais) por dia** até o valor máximo constante no caput do artigo 85 da Lei Orgânica desse Tribunal.

As denunciantes deverão cientificadas desta decisão.

Em atendimento aos ditames do parágrafo único do art. 60 da Lei Complementar 102/2008, esta decisão deverá ser submetida à ratificação colegiada deste Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, com fundamento no art. 95, § 2º, da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 102/2008), submeto à ratificação do Colegiado a decisão monocrática que proferi em 20/06/2022, na qual **deferir** pedido cautelar para determinar que o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade **suspenda**, de imediato, a Concorrência Pública n. 001/2022 promovida pela Seinfra/MG.

Após intimação dos denunciantes e do denunciado, retornem os autos conclusos a esse Relator.

Eu já fiz distribuir a íntegra do meu voto aos pares, e vou somente abordar uma questão geral inicial e depois vou me ater à conclusão do voto.

Foi a respeito de uma decisão cautelar que eu assinei na última segunda feira.

Apesar de considerar que a decisão cautelar por mim exarada nos autos dos processos de nº 1.119.948 e 1.120.006 está suficientemente fundamentada no sentido de demonstrar, com clareza, as razões pelas quais deferir o pedido de suspensão do certame, achei por bem tecer alguns esclarecimentos.

⁷ BOCKMANN MOREIRA, Egon. PPPMAIS — seis pontos-chave para dar início ao debate. Disponível em: www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-dar-in%C3%ADcio-ao-debate.

Inicialmente, cumpre ressaltar que se trata da concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos Terminais Metropolitanos e Estações de Transferência – MOVE da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG, cujo prazo de duração está previsto para os próximos 30 anos.

Conforme salientei na decisão monocrática que ora trago ao referendo desse colegiado, trata-se de um serviço de alta relevância e de grande impacto na mobilidade urbana do Estado e, em especial da capital e região metropolitana.

No caso, foram apresentadas 4 denúncias sobre esse mesmo edital – no decorrer de três meses em que o processo está, aqui, tramitando dentro do Tribunal –, todas com pedido de suspensão liminar, sendo que as duas primeiras denúncias foram apresentadas em abril desse ano e, somente nesses dois últimos processos, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – que, diga-se de passagem, com a equipe que desenvolve nessa Coordenadoria um louvável e inestimável trabalho para esse Tribunal, que eu quero aqui destacar –, entendeu que as irregularidades apontadas justificavam a concessão da cautelar o que foi acatado por mim na decisão suspensiva da concorrência.

Isso porque, senhores Conselheiros, obviamente foram consideradas todas as nuances e especificidades tanto da licitação quanto da própria concessão, bem como a possibilidade de a decisão do Tribunal de suspender o certame vir a causar prejuízo ainda maior ao interesse público.

Ocorre que, baseando-me nos critérios eminentemente técnicos da análise e nos documentos até então anexados aos autos, entendi, num juízo sumário de cognição, que o licitante vencedor não havia comprovado todas as exigências previstas no edital, o que me parece grave, à vista da iminência de ele assumir um serviço complexo e de longa duração, sem que haja certeza quanto à sua real capacidade de executá-lo.

Nesse sentido, destaco que o ponto central da minha convicção foi o fato de o licitante vencedor não ter comprovado a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$ 61.068.343,61 (sessenta e um milhões, sessenta e oito mil, trezentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), conforme exigido pelo edital.

Ao analisar o atestado por ele apresentado na fase de habilitação, a unidade técnica verificou que ele se referia a um contrato de empreitada, que não demonstrava sua capacidade de captar recursos para realizar investimento.

Nesse aspecto, é extremamente importante considerarmos que a lógica subjacente às concessões exige, para sua performance, uma complexa engenharia econômico-financeira que envolve planejamento, gestão, governança e sofisticação na captação dos recursos e na efetiva realização dos investimentos, o que torna imprescindível que os atestados para comprovação da realização de investimentos reflitam, efetivamente, a capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, sob pena de descontinuidade da concessão.

Somente para exemplificar, nos últimos anos várias concessões foram “devolvidas” por incapacidade econômica pelas empresas concessionárias para serem submetidas a um demorado e complexo processo de relicitação. Destaco: Aeroporto do Galeão; Via-040 (BR-040); MS Via (BR-163/MS); Concebra (BR-060/153/262); Autopista Fluminense (BR-101/RJ); Rota do Oeste (BR-163/MT); Rodovia do Aço (BR-393); Aeroporto de Viracopos e São Gonçalo do Amarante (RN). Só à guisa de informação, esses são alguns dos exemplos que nós trazemos.

Então, consagrando e elogiando o trabalho da equipe técnica desse Tribunal, da Coordenadoria de Concessões e Privatização, considerando a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamento no art. 95, § 2º, da Lei Orgânica deste Tribunal, Lei Complementar

Estadual 102/2008, submeto à ratificação do Colegiado a decisão monocrática que proferi em 20/06/2022, na qual deferi pedido cautelar para determinar que o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade suspenda, de imediato, a Concorrência Pública nº 001/2022 promovida pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade Minas Gerais - SEINFRA/MG.

Após intimação dos denunciante e da denunciada, retornem os autos conclusos a este Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Referendo.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Referendo.

CONSELHEIRO CLAUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, como já relatado, trata-se de apreciação, para fins de referendo, para paralisar o procedimento de concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos terminais metropolitanos e estações de transferência – MOVE, da região metropolitana de Belo Horizonte.

Foram apresentadas supostas irregularidades atinentes aos documentos de habilitação da licitante vencedora, conforme denúncias aviadas em face da Concorrência Pública 01/22, deflagrada – conforme, também, já dito –, pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais - SEINFRA/MG, a saber: (1) ausência de comprovação de experiência com Centro de Controle Operacional – CCO; (2) a não apresentação de atestado de investimentos; (3) inconsistências nos números de usuários dos terminais apresentados nos atestados do Consórcio Terminais; e (4) não comprovação de regularidade fiscal e trabalhista.

Após análises sumárias – conforme, também, já relatado –, restou como suposta irregularidade a não apresentação, pelo consórcio vencedor, de atestado que comprovasse a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$61.068.343,61 (sessenta e um milhões sessenta e oito mil trezentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros, consoante exigência para qualificação técnica contida no item 20.26 do edital. Eu chamo a atenção para essa questão, “qualificação técnica”.

A Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – CFCOP, referindo-se à mencionada exigência e partindo do pressuposto de que ela objetivava a demonstração de capacidade da licitante de obter recursos para investimentos no projeto, concluiu que o atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada nº SC 160/12, referentes à elaboração de projetos e execução de serviço de implantação da estação de integração BRT Pampulha em diversas áreas de Secretarias de Administração Regional Municipal, que foram apresentados pela licitante, não eram aptos para demonstrar – aqui eu chamo a atenção – sua capacidade de captar recursos para realizar investimentos.

No entender da Unidade Técnica, os atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não representam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, uma vez que, nesses casos, o contratado receberia remuneração custeada pelo próprio

poder público e repassada em razão de medição de atividades contratuais ou em razão do avanço do empreendimento.

O relator – conforme, também, já dito –, acatando na íntegra esse entendimento e diante da iminência de celebração do contrato, entendeu presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* necessários à concessão de medida cautelar, uma vez que a documentação apresentada pelo Consórcio Terminais BH não atenderia, a seu juízo e, até então, pelos demais conselheiros que o acompanharam, à exigência contida no item 20.26.

Com a devida vênia ao relator e também aos demais conselheiros que me precederam, compreendo que o item 20.26 do edital destina-se a estabelecer exigência para comprovar a aptidão da licitante a fim de suportar o empreendimento, segundo sua capacidade técnico-operacional, ou seja, de sua *expertise* para execução de objetos da dimensão do estabelecido nos autos, e não para demonstrar capacidade de captar recursos para realizar investimentos.

Neste ponto, salutar recordar a distinção entre a qualificação técnica, seja técnico-operacional, seja técnico-profissional, e a qualificação econômico financeira além, obviamente, da garantia contratual, de acordo com a própria Lei de Licitação.

A qualificação técnica abrange as condições técnicas operacionais que se pretende que os licitantes detenham, refletindo, por exemplo, sua experiência anterior com a realização de objetos de complexidade técnica ou de porte assemelhados ao a ser contratado; isto é, condições que comprovem a sua capacidade histórica ou retrospectiva para cumprir o objeto licitado. Ponto, aliás, que também pode ser aferido pela qualificação técnico-profissional, que visa à análise sobre os requisitos relacionados à formação e à condição dos profissionais que atuam ou atuarão pela empresa na execução do objeto contratual, segundo os contornos definidos pelo instrumento convocatório.

Nos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, e aqui vale a pena ler:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Dá para reparar, aqui, que em nenhum momento se exigem na qualificação técnica operacional questões relacionadas a aporte financeiro, capacidade econômico-financeira da empresa.

Com efeito, o propósito da habilitação técnica, notadamente no aspecto operacional, consiste em avaliar a capacidade da licitante de realizar o objeto com aquele porte e aquela complexidade técnica, por meio de atestados de experiência anterior. É o currículo da empresa, numa linguagem bastante simples.

Não se presta, ao revés, a apurar aspectos econômico-financeiros da empresa, como é o caso da capacidade de investimento estrito senso. A solidez da licitante em seus vieses patrimoniais e financeiros deve ser aferida por meio dos documentos listados no art. 31 da Lei nº 8.666/93, *in verbis* – e aqui é relevante destacar que esse dispositivo é *numerus clausus*, não é exemplificativo:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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;

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.

[...]

Nem tampouco se aproxima – esta garantia referida – a tal garantia contratual, disposta no art. 56 da Lei nº 8.666/93, consistente na garantia exigida pela Administração ao vencedor da licitação, aí sim, para assegurar o cumprimento do objeto licitatório.

A exigência em tela (item 20.26 do edital) retrata claramente requisito técnico-operacional, destinado a avaliar a condição da licitante, enquanto experiência para executar o objeto da concessão. Em outras palavras, refere-se à comprovação de experiência prévia na execução de objeto semelhante ao ora licitado, visando-se à demonstração retrospectiva e concreta das habilidades e conhecimentos técnicos necessários à futura execução contratual, nos moldes do – já foi dito aqui – art. 30, II, da Lei nº 8.666/93.

Vale ressaltar que tal requisito não está inserido entre os documentos de habilitação econômico-financeira que podem constar do edital e tampouco poderia sê-lo, na medida em que não encontra amparo no rol – como já disse – exaustivo do disposto no art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Disso se depreende que a cláusula não deve ser avaliada sob a perspectiva da capacidade de investimento do licitante, ou seja, inversão de capital, disponibilidade financeira para fins de mobilização ou, ainda, de manutenção de determinado fluxo financeiro ou de caixa. Não é disso que se trata. Trata-se, mais uma vez se destaca, da demonstração por meio de comprovação de experiência anterior, de que o licitante detém capacidade operacional para assumir o negócio a ser contratado.

A própria Comissão Especial de Licitação, ao se manifestar sobre a impugnação feita pela licitante Agiliza Comércio e Locação de Máquinas Eireli e após discorrer sobre as qualificações técnicas exigidas no Edital de Concorrência Pública nº 01/22, notadamente sobre os itens 20.21 e 20.26, asseverou que a exigência inserta no edital, conforme escolha discricionária da Administração, amolda-se perfeitamente ao âmbito da qualificação técnico-operacional, pois se refere à comprovação de atuação pretérita do “operador”.

Segundo a Comissão Especial, optou-se pela exigência de qualificação técnico-operacional, e não qualificação técnico-profissional, exatamente porque a *expertise* na operação concomitante de equipamentos de apoio ao embarque e desembarque de passageiros é própria de pessoa jurídica, que deverá convergir recursos humanos, financeiros e tecnológicos, de forma coordenada e eficiente, para viabilizar a execução do objeto contratual.

Vê-se, portanto, que a análise do item 20.26 do edital deve ser feita de maneira coerente com os demais itens referentes à qualificação técnica operacional, sob pena de se cometerem equívocos interpretativos a gerar a disfunção do certame.

Assim, em juízo de cognição sumária, considero que a Administração, ao aceitar o atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada nº SC 160/12, referentes à elaboração de pro-

jetos e execução de serviço de implantação da estação de integração BRT Pampulha em diversas áreas de Secretarias de Administração Regional Municipal, agiu de maneira aderente às cláusulas insertas no edital, notadamente as que situavam a documentação no capítulo que fazia alusão, volto a frisar, à qualificação técnica operacional, orientada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Compreendo ademais que, ao considerar que os atestados relacionados aos contratos de empreitada ou equivalentes não representavam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, a Unidade Técnica realizou – embora como já dito aqui, e eu quero também destacar, seja uma unidade extremamente qualificada –, neste caso concreto, equivocada interpretação das cláusulas relativas à qualificação técnico-operacional, tratando-as como se fossem parâmetros de qualificação econômico-financeiros; ou seja, como se tais cláusulas viessem a demonstrar aquilo que própria Unidade Técnica denominou de capacidade de investimento, e à qual aludiu o Conselheiro Relator, inclusive fazendo a menção a diversos e devoluções de contratos relevantes que não foram por essa razão, mas por outras razões, inclusive a de falta de uma qualificação econômico-financeira adequada ou relacionadas, aí sim, a tarifa, a preço do contrato e outras questões complexas que envolvem essas parcerias público-privadas, sobretudo as de infraestrutura. Ou seja, se tais cláusulas viessem demonstrar aquilo que a própria unidade técnica denominou de capacidade de investimento. Resumindo, está claro que a interpretação dada, no meu sentir, transbordou a finalidade da norma editalícia, uma vez que o esperado pela Administração, detentora do mérito administrativo e competente para o desenho da modelagem contratual, consistia em medir as condições técnicas e operacionais dos licitantes para a execução do empreendimento e não a sua capacidade de inversão de recursos públicos.

Por essas razões, entendo ausente o *fumus boni iuris* que autorizaria a concessão da medida cautelar.

Soma-se a isso o fato de que a licitação em tela, concessão de serviço público de operação de Terminal Rodoviário, Terminais Metropolitanos e Estações de Transferência, representa a garantia de articulação entre redes de transporte a fim de prover serviços de apoio aos usuários e tripulação dos serviços de transporte público, garantindo assim a eficácia vertical do direito de ir e vir (art. 5º, XV, da Constituição da República de 1988 – CR/88).

De outro lado, tem-se que a Administração Pública deve primar pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme art. 37 da Constituição de 1988, sendo o procedimento licitatório apenas um instrumento de sua concretização.

A concessão de medida cautelar, nesse caso concreto e nesse momento do procedimento licitatório, quando já homologado o resultado, traz prejuízos à coletividade que, a meu sentir, não podem ser tolerados, sobretudo diante da fragilidade dos fundamentos jurídicos que pretendem suportá-la. E aqui posso compreender que há um *periculum in mora* inverso quanto ao direito público primário. É a sociedade que está sofrendo esse ônus.

Não custa lembrar que a Concorrência Pública nº 01/22 trata de concessão de serviço público essencial – como dito também pelo Conselheiro Relator – à população, que há muito necessita das melhorias que o empreendimento irá promover, sendo, a meu ver, injustificável a paralisação do certame pelas razões aventadas no processo.

Penso que este Tribunal, dada a sua missão constitucional e levando em conta o propósito descrito em seu planejamento estratégico, de fato, deve fazer a diferença na vida dos cidadãos e atuar em busca da concretização do interesse público primário. São esses que sofrem os ônus das paralizações.

No contexto social e político que se apresenta, é necessário que o Tribunal, mais do que nunca, aja com cautela e tenha como norte os princípios constitucionais que orientam uma atuação mais compatível com o que a sociedade espera, evitando equívocos que possam vir a favorecer interesses que não sejam os republicanos e prejudicar a coletividade. Porque há aqui, obviamente, interesse dos concorrentes. Vale ressaltar que me parece muito estranho que se preocupe com um aporte de sessenta milhões de reais numa outorga que a empresa se predispôs a pagar de vinte milhões de reais.

Diante dessas razões, peço vênua ao Relator para não referendar a medida cautelar deferida, pois, nesse momento, em juízo, perfunctório, entendo que a exigência técnico-operacional do item 20.26 do edital restou comprovada pela licitante vencedora, não havendo, volto a dizer, mais uma vez, que se interpretasse a cláusula como se fora uma cláusula de obtenção de recursos.

É como voto, Excelência.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Referendo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também, senhor Presidente.

Nesse momento, referendo a decisão monocrática exarada pelo Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA REFERENDADA A DECISÃO DO CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO, VENCIDO O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Pela ordem, senhor Presidente.

Uma questão de esclarecimento.

Eu, até pelo fato de ter acompanhado desde o início junto com a Coordenadoria de Concessões e Privatização deste Tribunal, tive acesso a muitas informações, como, também, a própria Comissão.

E, aqui, nós temos o julgamento de impugnação da própria Comissão Especial, exatamente no item 20 e 26, que fala da exigência de, no mínimo, essa comprovação.

E o que está expressamente escrito, por se tratar de uma concessão de serviços, cuja a demanda de capital intensivo de investimentos será suprida por conta e risco da concessionária, sem que haja aporte ou contraprestação pública por parte do poder concedente, é imprescindível a demonstração de capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, conferindo maior segurança ao certame.

E, aí, o meu comentário: esse trecho da fundamentação da própria Comissão Especial de Licitação, em que se baseou a nossa Coordenadoria aqui do Tribunal, deixa claro que a capacidade de alocação de capital por parte da concessionária é um requisito de qualificação técnica e, não, meramente, de qualificação econômica e financeira.

Deste modo, não houve interpretação equivocada nem por parte da unidade técnica, nem deste Relator, uma vez que, frise-se, o contrato de empreitada não traduz a capacidade da licitante alocar recursos. Inclusive a fundamentação dos recursos é que outras empresas comprovaram esse item 20.26 e recorreram, exatamente, por isso: a vitoriosa não comprovou.

Então, esse é o julgamento de impugnação da própria comissão especial.

Então, não existe uma apartação daquilo que nós podemos chamar de qualificação técnica apartada da qualificação econômico-financeira, porque como diz a própria, não vai ser um documento de empreitada, que vai esclarecer. E eu considero que é uma decisão cautelar, que as partes vão ser ouvidas e estão sendo instadas para se manifestarem. Então, nesse sentido, deixar bem claro que é concessão de serviço. O investimento demanda de capital intensivo de investimento às custas e riscos de quem ganhar o processo licitatório.

Só isso, porque eu acho que foi nesse aspecto que a unidade técnica não fez dicotomia entre a qualificação econômico-financeira da qualificação técnica. E é interessante que, numa ata primária da comissão anterior, a comissão de licitação levanta muitos questionamentos que eu trouxe, aqui, inclusive esclarecendo esses questionamentos de outros itens que nós abordamos no edital, porque as quatro denúncias traziam muitas denúncias a respeito do edital.

Só isso que eu queria esclarecer, que não há uma apartação entre o econômico-financeiro da questão técnica, muito pelo contrário. O financeiro é parte integrante da qualificação técnica. Então, a gente tem que ver que é algo que se funde no processo dialético.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Pela ordem, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Pois não.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

O processo já está decidido, já está referendado, mas vou pedir vênias ao Conselheiro Durval para, mais uma vez, esclarecer que são coisas absolutamente distintas.

O contrato de empreitada, numa ordem de 60 milhões, 20 milhões, configura uma obrigação a gerar recursos futuros, fluxo de caixa.

O que interessa... Eu li essa parte que Vossa Excelência acabou de ler. Ela precisa ser lida num contexto sistêmico. Ela está inserida numa impugnação de cláusulas relacionadas à capacidade técnico-operacional.

Isso significa dizer o seguinte: a empresa já prestou serviços dessa dimensão? Isso foi aferido pela Administração Pública, que entendeu que sim, e a resposta está dita aí, exatamente nesse processo e, com a devida vênias, fica muito claro para mim, que houve, sim, um equívoco da unidade técnica – que é muito preparada, muito qualificada – quando ela fala em capacidade ou aporte financeiro.

Veja, nós não estamos falando em inversão de capital, nós não estamos falando em imobilização de capital, até porque a empresa não vai precisar de 60 milhões de reais de uma hora para outra. A rodoviária está lá, ela opera. O que a empresa vai fazer, durante um prazo expressivo de tempo, é melhorar a qualidade de serviço. E exatamente para isso é que ela precisa, o Estado

precisa, aferir se ela já teve experiências parecidas. Por quê? Rodoviárias há muitas. A do Tietê, em São Paulo – existe uma dimensão –, a daqui – existe uma dimensão –, mas há uma rodoviariazinha lá em Manga, também, com todo respeito ao município de Manga, e aquela rodoviariazinha, obviamente, não tem essa dimensão.

Então, o fato de se operacionalizar serviços de rodoviárias não é suficiente, mas é suficiente que é a operacionalização desses serviços e se dê em dimensões dessa grandeza.

Isso não significa, com a devida vênia, Relator, que o licitante vencedor, para quem está para ser adjudicado isso, tenha que dispor recursos de 60 milhões de reais ou, muito menos, que não sirva, com a devida vênia, um contrato sólido com a Administração Pública.

Não há contratos mais sólidos do que com a Administração Pública. Se o contrato não for cumprido, é precatório. Contratos sólidos com a Administração Pública. Se o Estado não é sólido, quem é?

Então, esses contratos são obviamente garantidores de fluxo de caixa futuros. Então, com a devida vênia, são, sim, coisas, no meu modo de ver, diferentes e, mais uma vez, compreendo que, neste caso específico, e apenas neste caso específico, houve um equívoco de interpretação por parte da unidade técnica.

Apenas estes esclarecimentos.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

* * * * *