

Processo: 1144629

Natureza: DENÚNCIA

Denunciantes: Aegea Saneamento e Participações S.A, Yaroslav Memrava Neto, Radamés Andrade Casseb; MIP Investimentos e Participações Ltda.; Aquarum Saneamento Ltda., Júlia Leite Alencar de Oliveira; Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa; Dal Pozzo Advogados; Kappex Assessoria e Participações Eireli; Construtora Serrana Ltda.

Denunciada: Prefeitura Municipal de Extrema

Interessados: João Batista da Silva, André Yukihisa Koga, Carlos Alexandre Morbidelli; Kelvin Lucas Toledo Silva, Renata Alves de Almeida, Adailson de Moura Lopes, José Roberto de Freitas, Luciano José dos Santos, Marcos Cassiano Alves, Rafael Augusti Savajo dos Santos

Apensos: Denúncias n. 1141630, 1144658, 1144662, 1144663, 1144670, 1144671, 1156679; Embargos de Declaração n. 1153777

Procuradores: Ademir Antônio de Carvalho, OAB/MG 121.890; Adlei Duarte de Carvalho, OAB/MG 72.958; Adriane Maria Gonçalves, OAB/SP 437.211; Alexandre Aroeira Salles, OAB/DF 28.108; Ana Carolina Campos Godoy, OAB/MG 57.228E; Ana Carolina Sette da Silveira, OAB/SP 404.653; Ana Paula Gonçalves da Silva, OAB/MG 215.258; André Paulani Paschoa, OAB/SP 357.571; Anna Cristina Oliveira Cabral, OAB/MG 151.202; Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, OAB/SP 123.916; Antônio Nelson Gomes da Silva, OAB/SP 305.273; Arthur Magalhães de Andrade, OAB/MG 202.211; Augusto Neves Dal Pozzo, OAB/SP 174.392; Beatriz de Campos Mac Cracken, OAB/SP 400.867; Beatriz Lima Souza, OAB/MG 121.362; Beatriz Neves Dal Pozzo Cunha, OAB/SP 300.646; Blenda Rodrigues de Medeiros, OAB/MG 78.491, Bruna Silva Davi, OAB/MG 154.977; Bruno Moreira Ferreira, OAB/MG 135.375, Caio Mário Lana Cavalcanti, OAB/MG 174.031; Caio Riccioppo Azevedo, OAB/SP 510.399; Camila Andressa Lacerda Del Vigna, OAB/MG 158.956; Camila Pereira Mendonça, OAB/SP 444.407, Carina Barbosa da Costa e Silva, OAB/MG 139.726; Carolina Damião Lara Meirelles, OAB/MG 129.298; Cecília Lopes Guimarães Pereira, OAB/MG 197.200; Clara Sol da Costa, OAB/MG 115.937; Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, OAB/MG 65.573; Daniela Nicoli Mendes, OAB/MG 164.344; Denise Ferreira de Oliveira de Souza, OAB/MG 171.279; Denise Limas Nascimento, OAB/MG 79.162; Eleazar Araújo de Carvalho, OAB/MG 94.587; Evane Beiguelman Kramer, OAB/SP 109.651; Felipe Brandão de Oliveira, OAB/MG 57.262E; Felipe de Azevedo Marques Nottoli, OAB/SP 267.432; Fernando Guimarães Mandaji, OAB/SP 490.010; Fernando Ribeiro Lobato Bicalho, OAB/MG 77.569; Fernando Scharlack Marcato, OAB/SP 201.220, Flávia Chadid de Oliveira, OAB/MG 125.580; Flávia Gama Axer, OAB/MG 101.817; Flávio Barros Braga Juanes, OAB/SP 453.569; Francisco Freitas de Melo Franco Ferreira, OAB/MG 89.353; Francisco Galvão de Carvalho, OAB/MG 8.809; Frederico Foureaux Freitas, OAB/MG 95.316; Frederico Pinto

Bethonico, OAB/MG 116.035; Gabriel Machado Sampaio, OAB/MG 126.653; Gabriela Costa Cruz Cunha Peixoto, OAB/MG 113.047; Gabriela Oliveira Pires, OAB/MG 213.144; Gabriela Ramos Resende, OAB/MG 119.434; Giulliane Leonel Braga, OAB/SP 402.358; Greycielle de Fátima Peres Amaral, OAB/MG 67.310; Gustavo Basaglia Martins, OAB/SP 426.661; Helena Serafim de Alcântara, Igor Fellipe Araujo de Sousa, OAB/DF 41.605; Isabela Izzo de Souza Netto, OAB/SP 457.487; Isabela Zultanski Ribeiro Santos, OAB/SP 495.757; Isabella Azevedo Rabelo, OAB/MG 95.205; Izabela Di Rito, OAB/SP 434.708; Izabella Lima Diniz, OAB/MG 223.770; Jefferson Lourenço dos Santos, OAB/DF 60.644; Jéssica Cristine Andrade Gomes, OAB/MG 174.178; João Negrini Neto, OAB/SP 234.092; José Roberto de Mendonça Júnior, OAB/MG 72.060; Júlia Leite Alencar de Oliveira, OAB/SP 266.677; Juliana Froede Peixoto Meira, OAB/MG 57.263E; Laís Magalhães Martins Lima, OAB/MG 183.972; Larissa Rodrigues de Souza Reis, OAB/MG 197.393; Lelia Fernanda de Arruda Reis, OAB/MG 198.499; Leonardo Alvarenga Cunha, OAB/SP 315.608; Leonardo Spencer Oliveira Freitas, OAB/MG 97.653; Letícia Guadanhin, OAB/SP 391.650; Luan Alvarenga Balieiro, OAB/MG 211.426; Luccas Renato Silva de Souza, OAB/MG 188.240; Luciana Cristina de Jesus Silva, OAB/MG 126.357; Luciana Domingues Branco Tomazella, OAB/SP 213.835; Luciano de Araújo Ferraz, OAB/MG 64.572; Lúcio Carlos da Silva, OAB/MG 149.668; Luís André de Araújo Vasconcelos, OAB/MG 118.484; Luís Henrique Baeta Funghi, OAB/SP 403.832; Luísa Almeida Dubourcq Santana, OAB/SP 459.090; Luísa Vieira Rosado Pimenta, OAB/MG 212.714; Luiza Oliveira Sampaio, OAB/MG 177.549; Maira Fonseca Braga, OAB/MG 175.386, Marcela Fontenelle Grillo, OAB/MG 149.096; Marcela Gomes de Castro Luz Sarte, OAB/SP 319.459; Marcello Correa da Cunha Medeiros, OAB/MG 152.410; Márcia Antonieta Cruz Trigueiro, OAB/MG 72.859; Márcio José Firmino, OAB/MG 139.009; Marco Aurélio Martins da Costa Vasconcelos, OAB/MG 42.147; Maria Aparecida de Andrade, OAB/MG 22.269; Maria Cecília Batista Baeta Condessa, OAB/MG 95.347; Maria Fernanda Veloso Pires, OAB/MG 58.679; Maria Luiza Soares Fontes Ferracini, OAB/SP 491.918; Mariana Barbosa Miraglia, OAB/RJ 169.443; Marília da Silveira Engel, OAB/MG 130.959; Marina Hermeto Correa, OAB/MG 75.173; Michaele Jenifer Cunha Santos Oliveira, OAB/SP 408.071; Natália Ramos de Assis, OAB/SP 363.274; Natália Torquete Moura, OAB/MG 103.594; Nathalia Aparecida Gomes de Araújo, OAB/SP 382.285; Nayron Sousa Russo, OAB/SP 403.622; Nicole Ribeiro Santiago, OAB/SP, Patrícia Guercio Teixeira Delage, OAB/MG 90.459; Paulo Henrique Triandafelides Capelotto, OAB/SP 270.956; Paulo Ricardo Mendes Reis, OAB/MG 177.785; Pedro Henrique Rezende, OAB/MG 157.318; Pedro Reis Barbosa Neme, OAB/SP 363.227; Percival José Bariani Júnior, OAB/SP 252.566; Rafael Eugênio dos Santos Quirino, OAB/MG 119.835; Raphaelo Philippe Pinel e Moura, OAB/MG 89.659; Renan Marcondes Facchinatto, OAB/SP 285.794; Renata Batista Ribeiro, OAB/MG 116.354; Renata Martins Simão, OAB/MG 146.720; Renata Starling Jorge Dutra, OAB/MG 158.268; Richard Paul

Martins Garrell, OAB/MG 127.318; Rodrigo Domingues Almeida Reis, OAB/RJ 228.618; Ronei Mendes Cardoso, OAB/MG 97.215; Rosilene Pereira Alves, OAB/MG 89.595; Rosimeire Santos de Oliveira, OAB/SP 445.957; Rubens Pinelli de Souza, Rusvel Beltrame Rocha, OAB/MG 65.805; Silvia Maria Machado, OAB/MG 84.364; Tathiane Vieira Viggiano Fernandes, OAB/DF 27.154; Tayssa Rosa Nogueira Terra, OAB/DF 64.866; Teresa Chaves Silva, OAB/MG 187.661, Thaís Azevedo Teixeira, OAB/MG 172.782; Thaís Luana Moreira Amaral, OAB/MG 224.269; Thiago Munaro Garcia, OAB/SP 248.371; Victor Silveira Martins, OAB/SP 385.297; Vivian Semer, OAB/SP 398.628; Viviane Formigosa Vitor, OAB/SP 417.248; Roberto dos Santos, OAB/SP 107.333; Marina Carvalho de Figueiredo Maia, OAB/RJ 221.659, Juliana Janine Trovão dos Santos, OAB/MG 93.698, Roberto Celso Dias de Carvalho, OAB/MG 71.123, Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, OAB/SP 123.916; Beatriz Campos Alves, OAB/SP 447.079; João Luiz Lopes, OAB/MG 92213; Walace Aquino Ferreira, OAB/MG 163.686; João Batista de Gouveia Costa, OAB/MG 81.063

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

VOTO VENCEDOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

TRIBUNAL PLENO – 4/12/2024

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PERICULUM IN MORA* REVERSO. DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO REFERENDADA.

1. A legalidade do critério de julgamento do tipo técnica e preço em concessões de esgotamento sanitário e fornecimento de água é um tema de grande relevância no âmbito do Direito Administrativo da gestão pública. Esse critério de julgamento previsto na legislação brasileira visa assegurar a escolha da proposta que melhor combine a eficiência técnica com a vantajosidade econômica, especialmente em serviços essenciais, como o saneamento básico.
2. O princípio da competitividade é um dos fundamentos essenciais que regem as licitações públicas no Brasil, assegurando que os procedimentos licitatórios ocorram de maneira justa, igualitária e eficiente. Esse princípio visa garantir que os processos licitatórios atraiam o maior número possível de concorrentes aptos a ofertar suas propostas, promovendo assim a melhor utilização dos recursos públicos e assegurando a igualdade de condições entre os participantes.
3. A segurança jurídica é um dos pilares fundamentais de um Estado Democrático de Direito, garantindo previsibilidade, estabilidade e confiança nas relações jurídicas. Essa estabilidade não é apenas um direito dos cidadãos, mas também um dever deste Tribunal de Contas, que deve pautar suas decisões de forma a preservar a coerência e o ordenamento jurídico.
4. Nas concessões de serviços públicos essenciais, a demora excessiva no certame licitatório pode gerar prejuízo a população, como a interrupção ou a precarização dos serviços, o que justifica, *in casu*, a aplicação do *periculum in mora* reverso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, da Nota de Transcrição e nos termos do voto do Conselheiro Durval Ângelo, em:

- I) aplicar o princípio do *periculum in mora* reverso e não referendar a decisão monocrática exarada pelo Relator, até ulterior decisão do mérito da causa, em que serão enfrentadas, de forma exauriente, as questões levantadas nas denúncias;
- II) determinar a intimação dos denunciantes e dos responsáveis acerca do teor desta decisão.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Agostinho Patrus, o Conselheiro em exercício Telmo Passareli, o Conselheiro em exercício Licurgo Mourão e o Conselheiro em exercício Hamilton Coelho. Não referendada a decisão monocrática exarada pelo Relator.

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

Plenário Governador Milton Campos, 04 de dezembro de 2024.



NOTA DE TRANSCRIÇÃO
TRIBUNAL PLENO – 4/12/2024

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

REFERENDUM

Trata-se de decisão monocrática proferida no processo de denúncia em epígrafe, nos seguintes termos:

Trata-se de denúncias formuladas em face do Edital de Licitação n. 18/2023, Processo Licitatório n. 21/2023, Concorrência Pública n. 1/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Extrema, cujo objeto consiste na concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável (SAA) e esgotamento sanitário (SES), com valor estimado na ordem de R\$ 274.352.759,00¹, correspondente ao valor dos investimentos a serem realizados pela concessionária ao longo do contrato.

Conforme expediente à peça n. 386, a Copasa, ora denunciante nos autos da Denúncia n. 1144662 e da Denúncia n. 1156679, por meio do documento acostado à peça n. 382, apresentou novo pedido cautelar de suspensão do certame, em razão dos seguintes apontamentos de irregularidade:

- a) subdimensionamento da estimativa do valor contratual, porquanto pautada unicamente no somatório nominal do investimento estimado a ser realizado, sendo incompatível com vulto, risco e montantes efetivamente envolvidos no negócio;
- b) limitação da responsabilidade solidária entre as empresas reunidas em consórcio, disposta no item 13.3.6 do edital, considerando que as pessoas jurídicas associadas são solidariamente responsáveis pelos atos praticados pelo consórcio, tanto durante o certame quanto na execução do contrato celebrado;
- c) violação dos direitos da pessoa com deficiência, reabilitados e aprendizes, em dissonância ao art. 63, IV, da Lei n. 14.133/2021;
- d) restrição indevida à participação de empresas em recuperação judicial, diante da exigência de certidão negativa como requisito para a comprovação de qualificação econômico-financeira;
- e) prejuízo à independência da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento de Minas Gerais - Arismig, uma vez que suas decisões poderão ser submetidas ao Comitê de Resolução de Disputas;
- f) retificação insuficiente do edital quanto à revisão ordinária das tarifas, uma vez que não há menção sobre a competência, regras mínimas quanto ao procedimento e prazos;
- g) ausência de normas de regulação sobre todas as matérias exigidas, bem como disciplina contrária àquelas editadas pela Agência Reguladora eleita, qual seja, a Arismig;
- h) irregularidade na repartição de riscos, uma vez que, no caso concreto, a matriz de risco anexa à minuta do contrato está em desacordo com a NR 05;

¹ Disponível em: <EDITAL-E-ANEXOS-PROC.-021-2023-27.09.2024-2.pdf>, pág. 10 > Acesso em 27/11/2024.

- i) afastamento da indenização prévia, tendo em vista que a prestação dos serviços objeto da concessão se iniciará sem que a atual concessionária, no caso a Copasa, seja devidamente indenizada em valor equivalente aos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou depreciados;
- j) irregularidades no critério de julgamento baseado na técnica, pois os serviços pretendidos não dependem de tecnologias sofisticadas nem exigem *expertise* detida por poucos agentes do mercado, não havendo quaisquer justificativas da Administração Pública para se vulnerar a modicidade tarifária;
- k) ausência de metas legais quantitativas de não intermitência do abastecimento;
- l) ausência de parâmetros objetivos para a declaração de inexecução das propostas comerciais;
- m) manutenção da subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos;
- n) ausência de previsão no edital de todas as modalidades de garantia previstas na Lei n. 14.133/2021, o que inclui a impossibilidade de apresentação de título de capitalização como garantia da proposta e do contrato;
- o) contradições sobre o procedimento de reajuste tarifário entre o anexo I, que trata da minuta do contrato, e o anexo II, que trata da estrutura tarifária;
- p) inobservância da norma de referência ANA n. 6 em relação à definição do parâmetro de reequilíbrio econômico-financeiro, considerando que a minuta do contrato adotou o plano de negócios da licitante como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem apresentar qualquer justificativa para tanto.

Diante disso, determinei a intimação dos Srs. João Batista da Silva, prefeito de Extrema, André Yukihisa Koga, secretário de Obras e Urbanismo, Kelvin Lucas Toledo Silva, secretário de Meio Ambiente, e Carlos Alexandre Morbidelli, membro da comissão especial de licitação, para que apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca do novo pedido cautelar.

Intimados, os referidos gestores apresentaram manifestação, à peça n. 393, refutando os apontamentos de irregularidade, e carreamos aos autos os documentos às peças n. 394 e 395.

Em seguida, no despacho à peça n. 398, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – Cfcop para a análise do novo pedido cautelar da Copasa.

A Unidade Técnica, no relatório à peça n. 399, concluiu pela necessidade de concessão de medida cautelar de paralisação do certame, considerando a procedência dos apontamentos citados nas alíneas “d”, “j”, “k” e “m”, referentes ao novo pedido cautelar; além do item 17.4.3.3 do edital retificado que restringiu indevidamente a competitividade do certame, pois exigiu índice de endividamento geral igual ou inferior a 0,5, limite mais restritivo do que o usual do mercado e sem justificativa técnica para embasar tal restrição, sendo um apontamento complementar da Unidade Técnica.

Ressalto que os autos retornaram ao meu gabinete em 26/11/2024, às 10h53, consoante informação disponível no SGAP.

Decisão

Inicialmente, em que pese a conclusão da Cfcop quanto à irregularidade do apontamento “j” do novo pedido cautelar da Copasa, relacionado ao critério de julgamento “técnica e preço”, ressalto que este apontamento restou superado em juízo cautelar inicial nestes

autos, em razão do julgamento do Agravo n. 1144840, pelo Tribunal Pleno, em sessão do dia 7/6/2023, que assim decidiu:

AGRAVO. DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MENOR TARIFA CONJUGADA COM A MELHOR TÉCNICA. DECISÃO MONOCRÁTICA. DEFERIMENTO DO PLEITO CAUTELAR. PROVIMENTO AO RECURSO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. CONTINUIDADE DO CERTAME.

1. A escolha do critério de julgamento, dentre os previstos no art. 15 da Lei n. 8.987/95 é essencialmente uma opção discricionária do gestor. Cabe a ele, sobretudo por presumidamente melhor conhecer as necessidades que se encontram no seu dinâmico âmbito de atuação, verificar as variáveis fáticas e econômicas que recaem sobre a prestação do serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do município.

2. Verificada a inexistência de *fumus boni iuris* a qualificar o binômio necessário à manutenção da liminar concedida, impõe-se sua revogação.

Registro que não houve interposição de recurso em face da referida decisão, consoante certidão de transcurso de prazo recursal, à peça n. 26 dos autos do Agravo n. 1144840. Portanto, entendo que não há espaço para reexame do referido apontamento em juízo perfunctório e urgente, sem prejuízo para que os novos argumentos técnicos trazidos pela Cfcop, relativos ao critério de julgamento baseado na técnica, sejam examinados no mérito da presente ação de controle, ao fim da instrução processual.

No que se refere aos demais apontamentos tidos como procedentes, com a devida vênia à manifestação apresentada pelo Município de Extrema à peça n. 393, entendo que o perigo de dano que oportuniza a tutela cautelar foi efetivamente demonstrado no estudo técnico elaborado pela Cfcop, à peça n. 399, que adoto como motivação *aliunde* ou *per relationem*², cabendo destacar os seguintes trechos da análise técnica:

3.1. DA EXIGÊNCIA DE ENDIVIDAMENTO MÁXIMO EM PATAMAR RESTRITIVO DA COMPETITIVIDADE

[...]

Ao analisar a previsão de qualificação econômico-financeira contida no item acima, constata-se que a **exigência de comprovação de endividamento igual ou menor que 0,5 representa limite bastante inferior ao usualmente praticado**, não sendo possível, contudo, identificar, seja no edital ou em seus anexos, as justificativas para tanto.

Ocorre que a exigência de EG de valor tido como não usual pelo mercado deve estar fundamentada em estudo específico que demonstre sua necessidade e adequação

² 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 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. (<http://junior-dpj.blogspot.com.br/2011/11/tecnica-da-motivacao-perrelationem.html>). Extraído da Denúncia n. 1031444, relator conselheiro José Alves Viana, sessão da Segunda Câmara de 21/6/2018.

com relação ao objeto da licitação, considerando sua compatibilidade com o mercado.

[...]

É que a escolha desses índices tem o **potencial de ampliar ou restringir consideravelmente o universo de participantes**, conforme adverte a doutrina especializada em concessões:

[...]

A imposição de um índice de endividamento igual ou inferior a 0,5 em licitações para concessão de serviços públicos é, por sua natureza, uma medida bastante restritiva.

Esse cenário se torna ainda mais crítico quando se examinam as especificidades do setor de saneamento básico. As características desse setor, como a necessidade de investimentos significativos, a infraestrutura deficiente e a estrutura financeira das próprias prestadoras de serviço de saneamento, que operam usualmente com níveis elevados de alavancagem, tornam essa exigência um obstáculo à entrada de empresas capacitadas e com experiência significativa no setor de saneamento, restringindo a concorrência, conforme se demonstrará a seguir.

[...]

Conforme destacado acima, 14 das 25 prestadoras listadas operam com grau de endividamento superior ao limite estabelecido no edital da concorrência pública do Município de Extrema.

Quando considerados apenas os indicadores financeiros do exercício de 2021, também a partir de informações do SNIS, os dados compilados no artigo apontam que 12 empresas apresentam grau de endividamento superior a 0,5, limite previsto no edital:

[...]

Mais uma vez, os dados retratam **elevado número de empresas atuantes no setor de saneamento com grau de alavancagem** consideravelmente superior ao limite previsto no edital de concessão publicado pelo Município de Extrema (0,5), a reforçar o caráter restritivo dos critérios de habilitação econômico-financeira.

[...]

Por tudo isso, o índice de endividamento menor ou igual a 0,5, adotado pelo edital em análise não apenas deixa de guardar justificativas amparadas no mercado de saneamento, como **vai justamente de encontro ao que esse setor – mercado pela necessidade de investimentos significativos, infraestrutura deficiente e a maior parte dos prestadores operando com alavancagem – exige.** Com isso, essa exigência constitui obstáculo à entrada de empresas qualificadas e experientes no processo licitatório, configurando restrição indevida e apta a desincentivar a participação do maior número possível de licitantes e reduzir a competição.

Essa percepção pode ser reforçada pela ausência de grandes empresas do ramo na licitação em análise, conforme demonstra a ata de abertura da sessão disponibilizada no sítio eletrônico do município.

[...]

Diante de todo o exposto, na visão desta Unidade Técnica, a adoção do índice de endividamento menor ou igual a 0,5 como requisito de habilitação econômico-financeira em uma concessão de serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário compromete a regularidade do certame, **justificando a concessão de uma nova medida cautelar.**

[...]

3.3. DA SUBJETIVIDADE E AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

[...]

É que, apesar das indicações no relatório anterior³, o edital manteve integralmente os quesitos pontuados como irregulares, sem trazer quaisquer justificativas que afastem a subjetividade identificada.

Essa manutenção dos quesitos pontuados como irregulares, marcados por um excessivo grau de subjetividade por parte do Poder Concedente, não contribuindo para a seleção da proposta com a melhor técnica, mas potencializando de forma substancial a restrição da competitividade no certame, sendo isso motivo suficiente para concessão de medida liminar.

[...]

Dessa maneira, **faz-se relevante reiterar o subitem 3.6.4 do relatório técnico constante à peça n. 340 do SGAP, que, em análise de mérito, compõe as razões da subjetividade dos quesitos que deveriam ser excluídos, mas não foram.**

Por fim, quanto a alegação de que o Poder Judiciário, no bojo de mandados de segurança, já afastou a irregularidade dos quesitos, cabe destacar também aqui que foram interpostos recursos de apelação ainda não apreciados, de modo que, embora não haja suspensão judicial do certame vigente, não há ainda decisão judicial definitiva sobre a regularidade do certame e dos quesitos.

E, ainda que houvesse, isso não obstaría a apreciação da matéria por esta Corte, diante do consagrado Princípio da Independência das Instâncias.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que a manutenção dos quesitos marcados por excessiva subjetividade pode comprometer a regularidade do certame, **justificando a concessão de uma medida cautelar.**

[...]

3.4. DA AUSÊNCIA DE METAS LEGAIS – OFENSA AO ART. 11-B, DA LEI FEDERAL N. 11.445/2007

[...]

Pois bem, isso posto, é possível verificar, na resposta ao apontamento trazido pela Copasa-MG, que **o Município de Extrema/MG tão somente tergiversa sobre o assunto não indicando objetivamente quais seriam as metas de não intermitência do abastecimento de água e onde estariam registradas.** Utilizando-se de meios evasivos, menciona metas de universalização dos serviços e conclui, equivocadamente, pela improcedência da alegação.

Cumpre ressaltar que a relevâncias dessas metas e seus atributos básicos já foi tema de análise aprofundada nos relatórios anteriores, em apontamento tratando especificamente da meta de reuso.

Nessa ocasião, indicou-se que existem atributos que caracterizam uma meta, sendo clássica a definição criada por Peter Drucker para a gestão por objetivos. Segundo o mencionado autor, uma meta deve ser SMART (específica, mensurável, alcançável,

³ Subitem 3.6.4 da peça n. 340 do SGAP.

realista e ter um prazo). O próprio autor adverte: as instituições confundem boas intenções com metas.

Ocorre que, de fato, não é possível identificar, nos documentos que integram o Processo Licitatório n. 021/2023, quaisquer referências a metas de não intermitência do abastecimento de água a serem observadas pela concessionária. Não havendo quaisquer registros de metas, por óbvio, não como avaliá-las como específicas, mensuráveis, alcançáveis, realistas e temporais.

Da mesma forma que todos os demais documentos, o Edital n. 18/2023 é silente quanto ao tema e não deixa claro qual a obrigação da concessionária. Também não traz qualquer especificação que permita à concessionária sequer compreender e estimar qual é seu real encargo ou em quanto tempo deverá cumpri-lo, tampouco precificá-lo em sua proposta.

Como já enfatizado, a ausência de cláusula expressa, com meta explícita e quantificável, acerca da não intermitência do abastecimento de água, vai de encontro às exigências expressamente previstas no art. 11-B da Lei Federal n. 11.455/2007.

Como consequência dessa ausência de metas, fica completamente prejudicado o exercício do ente regulador estabelecido no §§ 5º a 7º do referido artigo. Isso porque, além de não haver a sua previsão, também não resta claro como e quando essas metas seriam mensuradas e fiscalizadas.

[...]

Como consequências imediatas e negativas da intermitência, pode-se listar:

- a) Distribuição desigual dentro de uma rede, o que gera distribuição desigual, como desvantagens óbvias para consumidores localizados em regiões com altitude mais elevada ou em regiões mais distantes dos pontos de abastecimento, como as periferias;
- b) Contaminação da água e perigo para a saúde, uma vez que cria riscos substanciais de contaminação através de tubos ou juntas quebradas, baixas pressões ou vácuos na rede e reservatórios domésticos;
- c) Elevação de custos para os usuários, decorrentes do enfrentamento do problema, como instalações adicionais de tanques de armazenamento, bombas, fontes alternativas de água e instalações de tratamento domiciliar;
- d) Desperdício de água em situação de abundância como decorrência do medo de escassez futura, seja por meio de maiores estoques ou uso irracional do bem;
- e) Elevação de custos para os prestadores de serviços, a exemplo de necessidade de mais mão de obra, trocas frequentes de válvulas, manutenções, substituições e reparos de redes, deterioração acelerada de tubulações e maior uso de produtos de limpeza e cloração.
- f) Inconveniência aos usuários, seja pela necessidade de se deslocar para ter acesso à água ou por recorrer a fornecimento público e caminhões-pipa, às vezes em horário noturno ou de trabalho.
- g) Mau funcionamento dos medidores, pois as variações de pressão podem acarretar imprecisão nos hidrômetros devido ao vácuo na rede, como aceleração dos registros, inconsistências nas faturas e dificuldade de mensurar adequadamente o consumo.

[...]

Por todo o exposto, **não se verificando a previsão de metas quantitativas de não intermitência no abastecimento de água**, conforme art. 11-B, *caput*, da Lei 11.445/2007, conclui-se pela procedência do presente apontamento.

Esse cenário, aliado às irregularidades identificadas no edital com potencial de comprometer a lisura e a competitividade do certame e que, portanto, justificam a concessão da medida liminar pleiteada, reforça a necessidade de retificação do Edital n. 018/2024, a fim de que seja promovida a inclusão do seguinte aspecto:

- **Estabelecer metas objetivas**, mensuráveis, quantificáveis e com marcos temporais para verificação, abrangendo indicadores **de não intermitência no abastecimento de água, em observância ao disposto no art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007.**

3.5. DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

[...]

Contudo, observa-se que a Lei aludida pelo Município e que rege o Processo Licitatório n. 021/2023 não prevê a possibilidade de exigência de nada consta em Certidão civil de recuperação judicial. O art. 69 é **taxativo** quanto aos documentos necessários para a habilitação econômico-financeira das licitantes, prevendo **tão somente a possibilidade de se exigir, dos licitantes, balanço patrimonial e certidão negativa de falência.**

A impossibilidade dessa exigência estaria também amparada pela Lei Federal n. 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência das sociedades empresárias. Essa Lei é mencionada pela Copasa-MG em sua Denúncia, mais especificamente o seu art. 52. O referido dispositivo assim estabelece:

[...]

Tem-se, portanto, que o Município inova no ordenamento jurídico trazendo maior restrição à competitividade do certame em análise de forma injustificável e ilegal.

A possibilidade de participação e habilitação, em licitações, de empresas em situação de recuperação judicial é assunto pacífico para o Tribunal de Contas da União (TCU), que possui firme e vasto entendimento acerca do tema. O Acórdão de Relação n. 8.271/2011-TCU-2ª Câmara ilustra esse entendimento de forma muito clara, quando o colegiado assim entendeu:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesses termos, de forma unânime, o STJ reafirmou o entendimento de que a exigibilidade de apresentação da Certidão Negativa de Recuperação Judicial deve ser relativizada, a fim de possibilitar a participação das empresas recuperandas em processos licitatórios, sendo necessário apenas que a empresa demonstre a sua capacidade econômica para a execução do contrato e cumprimento das obrigações.

Ora, como muito bem pontuado na Ementa do voto, a superação da crise econômico-financeira de uma companhia em situação de recuperação judicial está assentada justamente na possibilidade de operar, gerando receita e resultados, atendendo ao interesse da coletividade. Restringir a participação de empresas nessa situação, ainda que demonstrem capacidade econômica não se revela plausível e reputa-se ilegal, representando injustificável restrição à competitividade do certame.

Isso posto, tem-se que o Edital n. 018/2023 atenta contra a Lei Federal n. 11.105/2005 e a Lei Federal n. 14.133/2021. Conclui-se, assim, pela procedência do presente apontamento.

Esse cenário, aliado às irregularidades identificadas no edital com potencial de comprometer a lisura e a competitividade do certame e que, portanto, justificam a concessão da medida liminar pleiteada, reforça a necessidade de **retificação do Edital n. 018/2024**, a fim de que:

- Excluem a exigência de seja excluída a exigência de apresentação de Nada consta em Certidão civil de Recuperação Judicial e Extrajudicial ou indiquem que as empresas nessa situação não serão desabilitadas tão somente por essa condição, **desde que comprovada a capacidade econômico-financeira de execução do contrato, em observância ao disposto na Lei n. 14.133/2021 e na Lei n. 11.101/2005.**

4. DO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

[...]

Assim, diante de irregularidades aptas a restringir a participação de possíveis interessados no certame e inviabilizar a qualidade, economicidade e efetividade do serviço a ser contratado, emerge o *fumus boni iuris*. O risco de dano ao erário, gerado pela significativa restrição de competitividade, configura o *periculum in mora*, agravado pela iminência da contratação, tendo em vista que a sessão de abertura da licitação ocorreu dia 18 de novembro de 2024. (Destques do original)

Especificamente quanto ao apontamento “m”, referente à manutenção da subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos, verifica-se que a Unidade Técnica reiterou a fundamentação do subitem 3.6.4 do relatório técnico constante à peça n. 340, pois, com a manutenção do critério de julgamento “técnica e preço”, o edital deveria ter sido alterado de modo a excluir:

- a) todo e qualquer quesito que seja excessivamente subjetivo (a exemplo dos quesitos constantes dos itens 1.6, 1.9, 1.12, 1.15, 1.19, 2.3 e 2.6);
- b) os quesitos que se limitam a exigir um diagnóstico do atual sistema de saneamento (quesitos constantes das Partes 1 e 2 e dos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.28, 3.29 e 3.30), em especial aqueles que constam dos itens 1.16, 1.17 e 1.18, que têm o potencial de restringir a competitividade do certame por onerar de forma desarrazoada os licitantes, além de privilegiar a atual prestadora de serviços e a empresa que elaborou o PMI, o que configura afronta ao princípio da isonomia; e
- c) os quesitos que exigem a proposição de investimento não justificado ou não embasado no Plano Municipal de Saneamento Básico ou nos estudos realizados no âmbito do PMI (itens 3.5 a 3.15 e 3.32 a 3.36).

Contudo, de acordo com a Unidade Técnica, as modificações outrora sugeridas não foram efetuadas, permanecendo as irregularidades que, em tese, impõem aos licitantes ônus desarrazoado e sem pertinência com a qualidade técnica da proposta, sendo de se destacar os seguintes excertos da fundamentação do estudo técnico à peça n. 340, págs. 101 a 115:

[...]

Como se vê, para alcançar a nota máxima no quesito constante do item 1.16, a licitante **deverá arcar com a análise de pelo menos 100 amostras da água na rede de distribuição do sistema em laboratório certificado pelo INMETRO, o que, além de onerar a apresentação de propostas, não guarda nenhuma relação com a melhoria técnica da prestação de serviços.**

No referido item, o Poder Concedente registra que o conhecimento exigido no quesito tem por objetivo permitir que as proposições referentes ao sistema de água primem pela eficiência, “(...) assegurando melhor atendimento à população, resultando em investimentos mais racionais”. O que está sendo avaliado, no entanto,

não é isso. A avaliação é pela simples entrega da análise de pelo menos 100 amostras de água e não pela apresentação de proposição relacionada a uma solução específica para o tratamento da água. Vale dizer, se o proponente entregar 100 amostras da água, a sua nota nesse quesito será a máxima prevista, ainda que ele não as leve em consideração em sua proposta.

Quanto ao quesito constante do item 1.17, o problema se repete, sendo que, para obter a nota máxima, o licitante deverá analisar pelo menos 140 amostras da pressão em ligações do sistema de abastecimento público. **Também nesse item, o Município de extrema insiste em registrar que o conhecimento do sistema permitirá a apresentação de proposições mais adequadas e que contribuirão para a utilização racional dos recursos naturais, reduzindo as perdas, sendo que a avaliação do quesito reside no simples preenchimento de um quadro com os dados coletados, o que não necessariamente reverterá em benefício da proposta.**

Trata-se, assim, de cláusulas restritivas, que impõem aos licitantes interessados um ônus desarrazoado e sem pertinência com a qualidade técnica da proposta.

Nesse ponto, vale ainda o registro de que a utilização racional dos recursos naturais com a redução de perdas já é uma obrigação da concessionária, independentemente da proposta técnica apresentada, já que constitui uma das metas que deverão ser observadas pela contratada, conforme metas estabelecidas no Termo de Referência da contratação.

Já no item 1.18, para a obtenção da nota máxima do quesito correspondente, o licitante deverá preencher um relatório com os dados de pelo menos 700 hidrômetros, com a indicação do endereço do equipamento, da vazão, do ano de fabricação e do número de registro, exigências que **não só beneficiam a atual prestadora de serviços e a empresa responsável pelo PMI, que já devem ter os referidos dados, mas que, novamente, não necessariamente reverterão para a seleção de uma proposta tecnicamente melhor.**

[...]

Em todos os referidos itens, portanto, o que se observa é que o que está sendo avaliado não é a apresentação de uma solução técnica inovadora capaz de beneficiar o usuário do serviço, mas, sim, a mera apresentação de dados que dizem respeito ao diagnóstico do atual sistema, sem qualquer vinculação com os serviços que serão executados pela nova concessionária, com o agravante de que a extensão das amostras solicitadas pode afastar licitantes, onerar as propostas a serem apresentadas e favorecer a atual prestadora de serviços e a empresa responsável pelos estudos realizados no âmbito do PMI.

[...]

Quanto à Parte 3 do Anexo III do edital, também podem ser observados itens que estabelecem quesitos que se limitam a exigir conhecimento da situação atual da prestação de serviços, a exemplo dos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.28, 3.29 e 3.30, os quais, vale mais uma vez repisar, podem favorecer a concessionária atual e a responsável pelo PMI, além de não contribuir para a seleção da melhor proposta técnica.

Além disso, especificamente quanto aos itens 3.5 a 3.15 do Anexo III, questionados pela denunciante por exigirem proposições de investimentos considerando dados que conflitam com os constantes do Plano Municipal de Saneamento Básico do município e que, segundo o Poder Concedente, estariam de acordo com os estudos elaborados no âmbito do PMI, não é possível afirmar que as proposições exigidas encontram amparo nos documentos que regem o certame.

[...]

Não é demais lembrar, ainda, **que, ao exigir das licitantes a realização de investimentos que estão além do previsto no PMSB, o Poder Concedente atrai para si a decisão de investimento e, com isso, os riscos que dela resultarem, caso, ao final, seja constatada a sua desnecessidade.**

A distorção nos acréscimos exigidos no Anexo III do edital revela, ainda, **grande potencial de prejuízo à modicidade tarifária do projeto**, visto que o contrato que se pretende firmar é de concessão, cujos investimentos são remunerados, na sua grande maioria, apenas via tarifa. Desse modo, se o volume de reservação extra, estipulado pelo Poder Concedente, não se mostrar necessário, haverá um acréscimo na tarifa do usuário que se revelará desnecessário, o que importará clara violação à modicidade tarifária.

Em relação aos demais itens que integram o Anexo III do edital, o que se observa é que os quesitos apresentados não têm por objetivo avaliar a solução técnica a ser empregada pela concessionária para a melhoria dos serviços que serão prestados. Os pontos são, na verdade, distribuídos conforme os resultados que estão sendo buscados pelo poder concedente, como um alto índice de economias atendidas com a rede de abastecimento de água e a coletora de esgoto (itens 3.16 a 3.20, 3.37 a 3.41 e 4.1 a 4.10) e uma redução no índice de perdas no sistema de abastecimento de água, inferior ao previsto no Termo de Referência (itens 3.21 a 3.25 e 3.42 a 3.46).

Há, ainda, itens que têm por objetivo avaliar a velocidade com que o licitante pretende realizar os investimentos necessários para implantar os serviços exigidos, a exemplo dos itens 3.26, 3.27 e 3.31, o que, em alguma medida, tem aptidão para gerar algum benefício para a prestação de serviços. Pondera-se, contudo, que mesmo esses itens não tratam especificamente do que deveria ser uma proposta técnica, que deveria se ocupar exclusivamente das soluções específicas e alternativas que, na visão do Município de Extrema, existem no setor de saneamento e são capazes de gerar repercussões significativas na forma de prestação dos serviços. [...]

[...]

Como ressaltado no subitem 3.4.4 do presente relatório técnico, a forma mais efetiva de exigir o atingimento dos resultados almejados pela Administração Pública é por meio da previsão de **metas e indicadores de desempenho** no contrato a ser assinado, **vinculando a remuneração da concessionária à qualidade do serviço prestado**, ferramenta que hoje é considerada a principal forma de controle do desempenho do parceiro privado em contratos de concessão.

Por todo exposto, em consonância com o entendimento da Unidade Técnica especializada, **defiro** a medida cautelar de suspensão do certame, sem prejuízo da análise, oportunamente, dos outros apontamentos de irregularidade que fundamentaram o novo pleito cautelar da Copasa, peça n. 382.

Ante o exposto, determino, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica desta Corte c/c o art. 347 do Regimento Interno, a suspensão cautelar do Processo Licitatório n. 21/2023, referente ao Edital de Licitação n. 18/2023 e à Concorrência Pública n. 1/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Extrema, *ad referendum* do Tribunal Pleno, na fase em que se encontra, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), consoante art. 90 da Lei Orgânica c/c art. 384, III, do Regimento Interno, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis.

Fixo o prazo de 5 (cinco) dias para que os Srs. João Batista da Silva, prefeito, André Yukihiisa Koga, secretário de Obras e Urbanismo, Kelvin Lucas Toledo Silva, secretário de Meio Ambiente, e Carlos Alexandre Morbidelli, membro da comissão especial de licitação, comprovem, nos autos, a adoção da medida ordenada, mediante publicação do ato de suspensão do procedimento licitatório.

Em caso de revogação ou anulação do certame, determino que se faça comunicação a este Tribunal de Contas a respeito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, comprovando-se a publicidade do respectivo ato.

Intimem-se os denunciantes e os responsáveis, em **caráter de urgência**, do teor desta decisão, pelo DOC e por meio eletrônico, nos termos do art. 245, § 2º, I e IV, do Regimento Interno.

Em seguida, efetivem-se os trâmites necessários à submissão desta decisão para referendo.

Após, os autos devem retornar ao meu gabinete.

Em face do exposto, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei Orgânica deste Tribunal, e do art. 347, § 2º, do Regimento Interno, ratifico e submeto a referida decisão ao referendo deste Colegiado.

Em seguida, dê-se seguimento à tramitação, com o retorno dos autos ao meu gabinete.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Eu convido o advogado Luciano de Araújo Ferraz para ascender à Tribuna, ele que, no ato, representará o Município de Extrema.

Também como o relatório do processado já foi a ele já disponibilizado, concedo-lhe a palavra por até 15 minutos.

ADVOGADO LUCIANO DE ARAÚJO FERRAZ:

Excelentíssimo senhor Presidente, Excelentíssimo senhor Relator, demais Conselheiros que compõe este egrégio Tribunal Pleno, ilustre Representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, servidores deste Tribunal, senhoras e senhores.

Trata-se, no caso, de um processo para ratificação de uma medida cautelar sob a relatoria do Conselheiro Adonias Monteiro, e que envolve uma discussão em torno da Licitação do contrato de concessão de saneamento básico do Município de Extrema.

Esse é um caso que já está no âmbito do Tribunal de Contas do Estado a ser discutido há mais de um ano, por conta exatamente de um litígio, ou da litigiosidade, que os processos de licitação de saneamento básico têm trazido no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Aqui no caso é interessante porque a atual concessionária de serviços públicos estadual, a COPASA, era a detentora do contrato de concessão do Município de Extrema. E eu digo era porque o contrato foi declarado caduco, houve a declaração de caducidade do contrato pelo Município de Extrema, no ano de 2020, e a COPASA continua a prestar o serviço precariamente, por um ato administrativo que lhe autoriza a prestação do serviço até que haja o término dessa licitação e, aí sim, possa haver a substituição em razão do princípio da continuidade do serviço público, serviço essencial que é o saneamento.

Então, a COPASA, que foi a empresa que ingressou com a medida cautelar nesses autos, não está a discutir o contrato de concessão. Ela está a discutir o ato administrativo precário que a mantém como prestadora do serviço, até que a licitação tenha curso.

No caso específico houve uma discussão, antes aqui nesse Tribunal sobre o critério de julgamento da licitação, que era o critério de tarifa combinado com técnica e, a despeito da medida cautelar dada a época também pelo ilustre Relator, o Tribunal Pleno, a unanimidade, não ratificou aquela decisão e o processo seguiu.

O órgão técnico do Tribunal se manifestou seis vezes nesse processo e o Município de Extrema acatou todas as observações que foram feitas pelo órgão técnico do Tribunal, durante a tramitação do processo. Todas!

Republicado o edital no dia 19/09/2024, recebidas as propostas no dia 18/11/2024, a Companhia ingressa com outro pedido de medida cautelar, alegando uma série de problemas no edital.

Aliás é da letra “ a” a “p”, os problemas que vislumbravam no edital, a despeito de ela, a Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais ter acudido ao edital e apresentado proposta. Apresentou a proposta no dia 18 para participar da licitação e não foi sozinha. Foi a Companhia, três consórcios e mais uma empresa privada. Cinco licitantes, portanto, comparecendo com oferta de propostas ao certame.

Recebida as propostas, evidentemente na intenção de que não fossem abertas, a medida cautelar deu entrada nesse Tribunal.

Mais do que isso! A Copasa impetrou um mandado de segurança, que teve todos os pedidos indeferidos no primeiro grau. A decisão saiu ontem e está disponível no Processo Judicial eletrônico - PJe, se Vossas Excelências quiserem a confirmação.

Não é o primeiro, nem o segundo, nem o terceiro. É o sexto mandado de segurança impetrado nesse caso e a sexta vez que não se consegue êxito em suspender o Edital da Licitação de Extrema.

O ilustre Relator, entre todas as listagens feitas pela COPASA, deu a medida cautelar fundada em quatro argumentos. O primeiro deles foi a subjetividade dos critérios descritos no edital, ao fundamento de que a questão ainda não estava pacífica, no âmbito do judiciário, sendo discutida. E na verdade, já há dois mandados de segurança com esse assunto transitado em julgado, enfrentado. Já há três outros com medida liminar indeferida, uma apelação pendente de julgamento no Tribunal, com parecer do Ministério Público pela validade do certame.

E o Tribunal se ateu então a esse ponto acerca da subjetividade dos critérios previstos, subjetividade esta que não impediu, diga-se de passagem, que a própria representante pudesse ir ao certame e apresentar sua proposta. Se a proposta era subjetiva, não tinha jeito fazer. Os dados objetivos ela deve ter colocado na sua proposta.

O segundo argumento utilizado pela decisão, data vênia, é de que houve um índice de endividamento que foi pouco expressivo, porque houve um estudo feito pelo órgão técnico do Tribunal, no segmento de saneamento, e as empresas, 14 entre 25, apresentaram índices de endividamento superior aquele que o edital estava a admitir.

Há um detalhe, nesse caso, um detalhe muito relevante: todas as empresas que participam de licitação na área de saneamento dependem de financiamento posterior, e é claro que, quando começam a executar o contrato e fazem os financiamentos – sejam eles de um banco de fomento, do mercado capitais ou de banco privado –, elas têm que tomar dinheiro para se endividar e, então, o índice muda mesmo, porque senão não conseguem executar os investimentos que a concessão exige.

O próprio órgão técnico do Tribunal, quando apreciou essa questão, diz que, no âmbito das concessões, as empresas que operam, geralmente, utilizam alavancagem financeira para viabilizar suas operações e projetos. É verdade. E ainda se juntou recentemente o edital de Angra dos Reis/2022, com índice idêntico ao de Extrema.

O terceiro argumento é de que não havia no edital metas de intermitência, que são previstas no marco regulatório do saneamento básico. Acontece que a Resolução da ANA, que tratou sobre

metas de intermitência, foi publicada no dia 27/09 e entrou em vigor no dia 1/10, desse ano, quase que concomitantemente com o edital.

Ciente disso a ANA, nesta Resolução, previu uma regra de transição – para dizer que é a Resolução ANA 211/2024 – em que os contratos que já tivessem sido efetivados antes do estabelecimento das metas ou, no nosso caso, a licitação estivesse em andamento, que os contratos de que trata esta Resolução poderiam incluir dispositivos desta norma, mediante acordo entre o titular e o prestador de serviço, ouvida a entidade reguladora infranacional e assegurado o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Ou seja, o problema não existe, porque a resolução da ANA já resolveu. Se não tem a meta prevista na licitação que aconteceu – ou no edital, como no caso –, resolver-se-á o problema quando da formulação do contrato com o concessionário. Então, a ANA já resolveu o problema que o Tribunal está utilizando para suspender essa licitação.

Em último lugar, uma certidão de recuperação judicial que foi exigida, ao fundamento de que a Lei 14133 não mais exige a ausência de recuperação judicial para poder se contratar com a administração pública. E, aqui, precisamos dizer o seguinte: o fato de a lei ter dito que não é mais possível desclassificar alguém com base na certidão de recuperação judicial não significa dizer duas coisas: primeiro, que posso contratar uma empresa em dificuldade financeira que não vai executar o contrato. Segundo, não diz que não posso exigir a certidão de recuperação para saber da efetiva condição que essa empresa tem. Aliás, se formos ao art. 69, § 3º, da Lei 14133, ele estabelece explicitamente que a administração pode exigir uma relação de compromissos do licitante com outros contratos para dizer se ele tem condições ou não de assumir o contrato. A propósito do tema, a Advocacia-Geral da União emitiu um parecer citado no relatório técnico, em que diz o seguinte: a lei admite a exigência da certidão tão somente para que a administração tome conhecimento da situação da empresa e diligencie para saber se está com o processo de recuperação em andamento e se ela tem condições, evidentemente, de sair desse processo para poder assumir o ônus decorrente da contratação.

Conclui a AGU: portanto, em linha com as conclusões do parecer, é cabível a exigência da certidão negativa de recuperação judicial para que a administração tome conhecimento da situação da empresa licitante e, por conseguinte, possa avaliar a situação de eventual processo de recuperação judicial, por meio de diligências cabíveis, não havendo se falar em inabilitação imediata da empresa que se encontra em recuperação judicial.

É dizer: a certidão é exigida para saber se a empresa terá condições ou não de assumir o compromisso. Se ela for positiva, a comissão de licitação baixa em diligência para poder deixá-la comprovar se tem condições ou não de executar o contrato. Isso ainda não aconteceu, porque a cautelar dada impediu que os documentos fossem abertos. Os documentos sendo abertos, evidentemente saberemos nós se os cinco licitantes que participam do processo estão ou não em recuperação judicial. Parece-me que não, ilustre Presidente. Parece-me que, por exemplo, a Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais não está em recuperação judicial.

Além disso tudo, que diz respeito ao aspecto do *fumus boni juris* do processo, fico me perguntando qual é o *periculum in mora* desse processo. Só há um, mas não é jurídico, é político, porque o *periculum in mora* jurídico não existe, até porque todos esses aspectos, aqui, foram colocados desde o primeiro edital e não foram apontados, em nenhum momento, pelo órgão técnico deste Tribunal. Agora, o *periculum in mora* político existe, senhor Presidente, porque no dia 31/12 acaba o mandato do prefeito. E, aí, as coisas podem se resolver de outro jeito, não fazendo a licitação com concorrência e com transparência, como foi realizada essa. De modo que, ausentes os requisitos para ratificação da medida cautelar, *concessa venia*, é que se pede dessa Tribuna, em nome do Município de Extrema, que este Tribunal Pleno não ratifique a medida cautelar dada.

Muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Passo a palavra ao Relator, Conselheiro Adonias Monteiro.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

Boa tarde a todos. Agradeço a sustentação oral proferida pelo doutor Luciano Ferraz.

Registro que recebi, na data de ontem, memoriais do doutor Luciano Ferraz e da denunciante Aegea, aos quais dei a devida atenção.

Conforme já contextualizado da Tribuna, trata-se de referendo de medida cautelar, por mim proferida, no processo de Denúncia n. 1144629 e apensos em que foram formulados apontamentos de irregularidades no edital, para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do Município de Extrema, com valor estimado na ordem de R\$ 274.352.759,00 (duzentos e setenta e quatro milhões trezentos e cinquenta e dois mil e setecentos e cinquenta e nove reais), correspondente ao valor dos investimentos a serem realizados pela concessionária ao longo do contrato.

Inicialmente, registro, a título de sugestão, que este Tribunal poderia adotar o procedimento de análise prévia de editais de concessão de serviços públicos, semelhante ao que é praticado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, em um relacionamento dialógico com o gestor, o que poderia mitigar a ocorrência de diversas denúncias com vários apontamentos de irregularidade, como é o caso destes autos. Assim, poderia haver a mitigação de apontamentos de irregularidade no edital do certame, proporcionando maior segurança jurídica e agilidade na contratação, garantindo, assim, a eficácia na implantação do novo marco legal do saneamento no Estado de Minas Gerais.

Feito este registro inicial, reforço o meu posicionamento sobre a adequação, notadamente sobre o prisma econômico da contratação, do critério de julgamento “menor tarifa” para o certame em referência, conforme já me manifestei nestes autos, mediante fundamentação consubstanciada no relatório técnico da Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – Cfcop, a qual parabeno toda a equipe, em nome de sua coordenadora, a Analista de Controle Externo Mayara Carolina de Oliveira, pela qualidade técnica do trabalho desenvolvido e que sustenta as decisões exaradas por este Tribunal sobre a matéria. Mas justamente para privilegiar a boa-fé e a proteção da confiança, eu não acolhi a manifestação da Unidade Técnica neste ponto, quando do exame desta nova cautelar, em razão de o Pleno desta Corte de Contas ter revogado a medida cautelar deferida anteriormente, sob o fundamento de que a escolha do critério de julgamento é uma opção discricionária do gestor.

Na oportunidade, registro, também, que a questão do critério de julgamento “técnica e preço” ainda não é pacífica nesta Corte de Contas, tanto que, na semana passada, sessão do dia 27/11/2024, o Pleno, por unanimidade, paralisou uma licitação deflagrada pela Prefeitura de Barão de Cocais, Denúncia n. 1148581, de relatoria do Conselheiro em exercício Telmo Passareli, com o mesmo apontamento, conforme se segue:

(Aqui eu leio o dispositivo da ementa.)

É inadequada a utilização do critério de melhor técnica ou técnica e preço, cujo julgamento se reveste de inegável subjetividade, em licitações que visem à concessão de serviços públicos sedimentadas no mercado, devendo o foco ser

depositado sobre a menor tarifa e, somente a título excepcional e razoavelmente justificado, privilegiar-se-á a técnica.

Dessa forma, entendo que esta questão é uma das mais relevantes neste tipo de certame. Destaco uma matéria disponibilizada no *E-Clipping* do dia 6/11/2024, divulgado pela Coordenadoria de Comunicação deste Tribunal, que trata de uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, a qual revela que os tribunais de contas estaduais rejeitam o critério de julgamento “técnica e preço” em licitações de concessões de saneamento básico, conforme matéria publicada no *site* “O Fator” do dia 5/11/2024:

Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) revela que os Tribunais de Contas Estaduais têm se posicionado contra o uso do critério "técnica e preço" em licitações de concessões de saneamento básico.

O estudo, que analisou 42 processos entre 2010 e 2023, identificou que 43% das decisões foram contrárias à adoção desse critério.

Dois casos recentes em Minas Gerais exemplificam os problemas apontados pela pesquisa. Em Nanuque, município do Vale do Mucuri, uma empresa que já havia operado sistemas de saneamento em municípios de maior porte apresentou o maior desconto tarifário na licitação, mas foi desclassificada por não ter obtido a melhor pontuação técnica, prejudicando diretamente os usuários que pagariam tarifas mais baixas.

Situação semelhante ocorre em Extrema, no sul de Minas Gerais, onde o edital estabelece mais de 90 critérios de análise técnica, diminuindo a importância do desconto tarifário. O processo está sendo questionado pelo Ministério Público Estadual através de ação civil pública, assinada pelos promotores Wagner Dionízio e Eduardo Machado, este último Coordenador Regional do Patrimônio Público do Sul de Minas Gerais.

[E, aqui eu continuo.]

[...]

A pesquisa da FGV identificou 25 decisões que discutem a subjetividade dos parâmetros de avaliação da proposta técnica. Os Tribunais de Contas apontam que critérios não objetivos prejudicam a competitividade e podem abrir espaço para favorecimentos indevidos de licitantes com menor capacidade técnica e financeira, mas com maior influência política.

Desde a implementação do Novo Marco Legal do Saneamento em 2020, foram investidos R\$ 68 bilhões em 18 projetos, beneficiando cerca de 31 milhões de pessoas. Instituições como BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco Mundial têm optado pelo critério de "menor preço" em suas licitações, como ocorreu nos casos do Amapá e Rio de Janeiro, independentemente do tamanho da população atendida ou volume de investimentos.

O estudo analisou processos em seis estados: São Paulo (31 processos), Minas Gerais (4), Rio de Janeiro (4), Espírito Santo (1), Rio Grande do Sul (1) e Santa Catarina (1). A análise revelou que até 2018 o critério "técnica e preço" era aceito pelos Tribunais de Contas, mas a partir de 2019 passou a ser considerado inadequado por prejudicar a transparência dos processos e a modicidade tarifária.

Inclusive, esta pesquisa realizada pela FGV foi citada no documento da empresa Aegea protocolizado nesta Corte de Contas no dia 29/11/2024, sob o n. 9001383000/2024, no qual requereu a apreciação do referido documento pelo Tribunal.

Nesse cenário, entendo que é relevante que este Tribunal possa definir as boas práticas nas licitações de concessão de serviços públicos de saneamento, a exemplo da adoção do critério de julgamento de menor tarifa, e difundi-las para os municípios.

Em relação à exigência do endividamento máximo, conforme estudo da Unidade Técnica especializada, o critério inserido no edital restringe a competitividade, pois a maioria dos *players* do setor não cumprem este requisito. Para reforçar meu entendimento, destaco os seguintes trechos do estudo técnico:

[...]

Conforme destacado acima, 14 das 25 prestadoras listadas operam com grau de endividamento superior ao limite estabelecido no edital da concorrência pública do Município de Extrema.

[...]

Por tudo isso, o índice de endividamento menor ou igual a 0,5, adotado pelo edital em análise não apenas deixa de guardar justificativas amparadas no mercado de saneamento, como **vai justamente de encontro ao que esse setor – marcado pela necessidade de investimentos significativos, infraestrutura deficiente e a maior parte dos prestadores operando com alavancagem – exige**. Com isso, essa exigência constitui obstáculo à entrada de empresas qualificadas e experientes no processo licitatório, configurando restrição indevida e apta a desincentivar a participação do maior número possível de licitantes e reduzir a competição.

Essa percepção pode ser reforçada pela ausência de grandes empresas do ramo na licitação em análise, conforme demonstra a ata de abertura da sessão disponibilizada no sítio eletrônico do município.

[...]

O fato de haver 5 (cinco) participantes no certame não garante que houve a competitividade esperada para uma licitação desta magnitude, pois, conforme apontado pela Unidade Técnica, 56% das prestadoras listadas [no seu estudo] não cumprem tal critério de endividamento adotado pelo Município de Extrema. [Aqui, uma informação importante.] Nesse sentido, chama atenção que nenhuma das denunciantes, com exceção da Copasa, participou do certame.

Cumprir registrar que, quanto à subjetividade e ausência de critérios objetivos, o município de Extrema deixou de fazer algumas alterações apontadas pela Unidade Técnica em relatório anterior – [esse é um dos fundamentos principais para a concessão da cautelar, porque, embora o Município de Extrema, realmente, tenha feito diversas alterações no edital ao longo de todo esse tumultuado processo, que começou, salvo engano, em agosto de 2023, em relação a esse caso, mesmo superada a questão do critério menor tarifa, sendo permitido então a adoção do critério de técnica, que essa técnica seja com critérios adequados e objetivos, e não foi o que a nossa unidade técnica constatou nesse seu último exame,] sem qualquer justificativa, [não fez as alterações sugeridas no seu relatório], o que demandou nova paralisação do certame, pautada na seguinte fundamentação exposta no estudo técnico:

Essa manutenção dos quesitos pontuados como irregulares, marcados por um excessivo grau de subjetividade por parte do Poder Concedente, não contribuindo para a seleção da proposta com a melhor técnica, mas potencializando de forma

substancial a restrição da competitividade no certame, sendo isso motivo suficiente para concessão de medida liminar.

De acordo com a Unidade Técnica, as modificações outrora sugeridas não foram efetuadas, permanecendo as irregularidades que, em tese, impõem aos licitantes ônus desarrazoado e sem pertinência com a qualidade técnica da proposta.

Por fim, destaco que a licitação em exame é objeto de questionamentos perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, verifiquei que foram impetrados 5 mandados de segurança, o Dr. Luciano Ferraz que informou sobre o sexto mandato segurança pelas empresas COPASA, Aquarum, Aegea, Kappex e GS Intima Brasil Ltda., mas apenas dois já foram julgados e houve trânsito em julgado, tendo sido denegada a segurança.

Em relação à ação anulatória ajuizada pela COPASA, que pretende reverter a decisão administrativa que anulou a concessão por ela está pendente, aguardando a realização de prova pericial para demonstrar se as irregularidades apontadas pelo Município de Extrema, em seu processo administrativo que anulou a concessão por caducidade, eram procedentes, bem como para apurar o valor dos ativos não amortizados ou depreciados que compõem os sistemas de abastecimento de água de esgotamento sanitário.

Por todo exposto, com a devida vênia aos entendimentos em contrário, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica especializada deste Tribunal, mantenho a minha decisão quanto ao deferimento da medida cautelar de suspensão do certame, a qual, como dito, trago ao referendo deste Plenário.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Colho o voto dos Conselheiros.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Referendo, senhor Presidente.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, prezados Conselheiros, ilustre representante do Ministério Público de Contas, causídico que fez o uso da Tribuna, considerando que disponibilizei previamente minha manifestação aos demais pares, abordarei alguns pontos que resumem o meu voto.

Peço vênia ao digno Relator por discordar dele. A suspensão do certame, após a realização da sessão de abertura da sessão, foi fundamentada na imposição de índice de endividamento igual ou inferior a 0,5%, estabeleceu critérios de julgamento que não guardam relação com aprimoramento da técnica — e quando o Relator fala numa pesquisa da Getúlio Vargas, onde somente 43% dos tribunais, acredito eu, ainda não adotam a dupla modalidade, significa que a maioria adota técnica e preço —, ausência de cláusula expressa, com meta explícita e quantificável acerca da não intermitência do abastecimento da água e a exigência de apresentação de nada consta em certidão cível de recuperação judicial.

Pois bem, a legalidade do critério de julgamento do tipo técnica e preço em concessões de esgotamento sanitário e fornecimento de água é um tema de grande relevância no âmbito do Direito Administrativo da gestão pública. Esse critério de julgamento previsto na legislação brasileira visa assegurar a escolha da proposta que melhor combine a eficiência técnica com a vantajosidade econômica, especialmente em serviços essenciais, como o saneamento básico.

E hoje, notícia de hoje, nós estamos acompanhando a crise profunda do abastecimento no Rio de Janeiro e São Paulo, onde prevaleceu — isso é só abrir os jornais, qualquer um deles, a “Folha”, o jornal “O Globo” — a questão do menor preço.

No âmbito das concessões, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020 (Marco Legal do Saneamento Básico), também preveem a utilização de critérios que busquem a melhor prestação do serviço, considerando tanto a capacidade técnica quanto as condições econômicas.

Em concessões de esgotamento sanitário e fornecimento de água, a escolha de um modelo de julgamento que equilibre técnica e preço é particularmente justificável, uma vez que:

1. O saneamento básico pode envolver soluções tecnológicas que extrapolam os limites do critério exclusivamente pela menor tarifa, que variam de acordo com as condições locais, como disponibilidade de recursos hídricos, infraestrutura existente e características geográficas;
2. Os serviços de água e esgoto afetam diretamente a saúde pública e o meio ambiente, exigindo padrões elevados de qualidade e eficiência; inclusive no processo já julgado anteriormente, nós vimos que o argumento na justiça para suspensão da COPASA, estava ligado exatamente a questão ambiental de esgoto jogado nos córregos nas nascentes da cidade.
3. As propostas que privilegiam aspectos técnicos podem trazer soluções inovadoras e sustentáveis, que não seriam priorizadas em um modelo exclusivamente baseado no menor preço. Evidente, hoje tem toda uma tecnologia, que não envolve só a discussão de um menor preço. É o que nós queremos com a proteção do meio ambiente, com a proteção do nosso ecossistema.

Assim, em juízo de cognição sumária, entendo que a aplicação do critério “técnica e preço” em concessões é plenamente compatível com os princípios constitucionais que regem a administração pública, especificamente o art. 225, que levanta a questão fundamental da sustentabilidade – por sinal, tese de mestrado, dissertação de mestrado do colega Hamilton Coelho, brilhante dissertação de mestrado, onde ele coloca que, até nas compras públicas, a questão do princípio da sustentabilidade, a questão ambiental tem que nortear esses processos e que o Tribunal de Contas tem que estar atento a isso também. É outra questão que ele levanta.

Retomando. O princípio da eficiência permite selecionar propostas que ofereçam soluções mais adequadas às necessidades do serviço, mesmo que não sejam necessariamente as mais baratas. A economicidade – embora o preço não seja o único critério, vide a crise hoje no Rio de Janeiro, ele é considerado, garantindo que o custo-benefício da contratação seja analisado –, e a isonomia – o julgamento por técnica e preço deve seguir critérios objetivos previamente estabelecidos, garantindo igualdade de condições entre os licitantes.

Ademais, conforme evidenciado nos autos, houve a participação de 5 (cinco) empresas no certame, e o Relator nos alega, talvez, uma limitação de participação. Olha bem, não é uma área que a gente tenha muitas empresas também no sistema, nós tivemos 5 (cinco). A COPASA – ora denunciante –, o Consórcio Extrema Saneamento, o Consórcio Águas de Extrema, e vocês se lembram que na primeira discussão aqui, a COPASA tinha dito que não participaria de processo licitatório, sustentação na tribuna. Entendia que o monopólio era dela. Eu até acho que antes do Marco do Saneamento poderia alegar isso, e participou. Consórcio Águas de Extrema, Consórcio ITCM Extrema e Água de Valência Brasil, o que demonstra, em princípio, que a competitividade do certame não fora afastada no procedimento licitatório.

O princípio da competitividade é um dos fundamentos essenciais que regem as licitações públicas no Brasil, assegurando que os procedimentos licitatórios ocorram de maneira justa, igualitária e eficiente.

Esse princípio visa garantir que os processos licitatórios atrair maior número possível de concorrentes, aptos a ofertar suas propostas, promovendo assim a melhor utilização dos recursos públicos assegurando a igualdade de condições entre os participantes.

Finalmente, insta destacar que o certame objeto está sob análise deste Tribunal desde abril de 2023, e a primeira publicação do primeiro edital, salvo engano, é de 02/02/23 – é a peça 4 do SGAP –, bem como trata-se de serviços essenciais a toda a população, quais sejam, a concessão dos serviços de abastecimento de água potável (SAA) e esgotamento sanitário (SES) do município de Extrema.

Enfim, corre-se o risco, com a suspensão do presente certame, que ocorra prejuízos irreparáveis à população, pois a demora excessiva no certame licitatório pode gerar prejuízos à sociedade local, inclusive com a deterioração da atual infraestrutura, o que já está acontecendo, como está presente na Denúncia.

Além disso, uma vez concedida a medida cautelar que suspende o certame licitatório, pode ser difícil reverter a situação, causando um prejuízo ainda maior ao interesse público. E, ainda, que a prestação dos serviços de esgotamento sanitário e fornecimento de água é de fundamental importância para a saúde pública e o desenvolvimento social. A interrupção ou a precarização desses serviços pode gerar graves consequências para a população.

Em meu voto, citado na íntegra, citei várias decisões acerca da aplicação do princípio do perigo in mora reverso.

A Denúncia 1.164.031, do próprio Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, em despacho recente datado 26/02/2024, a Denúncia 1.144.875, do Conselheiro em exercício Telmo Passareli, em despacho exarado nos autos mais recentes ainda, em 19/06/2023, o Agravo 1.164.148, deliberado no Tribunal Pleno do dia 29/05/2024, de minha relatoria.

Por derradeiro, entendo que o *periculum in mora* reverso ocorre quando a demora na prestação jurisdicional pode causar um dano maior a parte contrária, ou a interesse público do que a demora na efetivação do direito pleiteado.

No caso nas concessões de serviços públicos essenciais, a demora excessiva no certame licitatório pode gerar prejuízo a população, como a interrupção ou a precarização dos serviços, o que justifica, *in casu*, a aplicação do *periculum in mora* reverso.

Aqui eu quero me debruçar, pois, nessa oportunidade realço que o Poder Judiciário, nos autos do processo aqui citado da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Extrema, já teve oportunidade de se manifestar em Mandado de Segurança impetrado pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG, em face dos integrantes dos integrantes da Comissão Especial de Licitação de Extrema em relação ao Edital de Concorrência nº 01/23 para Concessão dos Serviços Públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário no Município de Extrema – MG, designando a data do certame para 18/11/24. E, diga-se de passagem, a COPASA ou as empresas licitantes recorreram seis vezes ao poder judiciário, não obtendo êxito as seis vezes, com duas decisões já transitado em julgado. Lógico, há uma autonomia e especificidade dessa esfera. Nós podemos decidir, sim! Mas eu pergunto: - Se decidirmos aqui hoje pela suspeição, se a prefeitura entender – e eu vou citar aqui o juízo da 1ª Vara Cível, Criminal – que o processo deve continuar, veja o conflito que se estabelece. Eu acho que é um conflito desnecessário e, especialmente, eu faço uma visão de conjuntura, no momento conjuntural que o Brasil vive. Correto?

Mas, em linhas gerais, assim que se pronunciou o doutor Ricardo Alves Cavalcante, Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Extrema – uma pérola na decisão. E, aí, fica parecendo o seguinte: a gente perde lá, vem para o Tribunal para reformar. Acho que isso gera uma insegurança jurídica muito grande. E nós também já vivemos essa situação de casos que possivelmente alguém acha que vai perder, aqui, no Tribunal e recorre ao Poder Judiciário. Recentemente, tivemos essa situação aqui. É uma situação boa? Não é. É uma situação que nos deixou, na última quarta-feira, no mínimo, preocupados.

E assim diz o Juiz – vou citar uma parte da decisão dele:

Analisando de forma detida os fundamentos da impetração, verifico que os pontos impugnados do edital e da minuta de contrato, exceto um, foram publicados inicialmente [em um edital primevo,] em 02/02/23, não se insurgindo a impetrante contra referidos pontos no prazo previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/09.

[Veja bem, não houve a insurgência nos pontos, à exceção de um, e o Juiz vai abordar isso, como estabelece a própria lei.]

Com efeito, embora a impetrante afirme em seu petitório inicial a republicação do edital de concorrência em 27/09/24 [– por decisão deste Tribunal houve a republicação, corrigindo aspectos que nós entendemos que deveriam ser corrigidos; veja a questão da segurança jurídica –], é certo que os pontos trazidos pela impetrante e presentes no edital republicado são mera reprodução de edital de conhecimento da licitante desde a sua primeira publicação. No caso, mostra-se evidente, que a impetrante se vale [– e, aí, agradeço ao Presidente por me explicar o que representa essa expressão –] da conhecida nulidade de algibeira, já que deixou de enfrentar os pontos ora impugnados no prazo legal [– em fevereiro –], para ventilá-los com base na republicação do edital, o qual, repise-se, apenas reproduz, no que interessa, os pontos publicados desde 02/02/23.

[E continua o Juiz:]

Deste modo, exceto quanto a ponto a ser tratado a seguir [– e, aí, vamos ver uma abordagem interessante –], evidente a ausência de interesse processual, dada a decadência do direito para requerer o mandado de segurança. [Nesse caso, a referência na decisão anterior, uma delas, é que já teve o trânsito em julgado no Tribunal de Justiça.]

Na parte não atingida pela decadência, verifico que a impetrante alega ilegalidade no que tange a insuficiente regulação da cláusula de revisão ordinária.

Vejamos.

O deferimento do pedido liminar em Mandado de Segurança exige o preenchimento dos requisitos previstos no art. 7º, III, da Lei 12.016/09, e que a documentação acostada à inicial possibilite ao Juízo a verificação da fumaça do bom direito.

No caso, ao menos nesta análise inicial, entendo que a cláusula não obrigatória de revisão ordinária apontada na peça de ingresso se enquadra na previsão contida no art. 38, I, da Lei nº 11.445/07, que trata da revisão tarifária periódica, não maculando o certame a ausência de regulação pormenorizada do processo.

[Quer dizer, o único ponto que não foi atacado no primeiro edital e com decisão transitada em julgado.]

Por estes motivos [– diz o Juiz –], indefiro parcialmente a petição inicial por ausência de interesse processual, com fulcro no art. 330, III, do CPC, conforme fundamentação, e indefiro o pedido liminar quanto a parte recebida.

No mais [– conclui o Juiz –], quanto à alegada omissão da Comissão de Licitação em apresentar resposta a pedido de esclarecimentos, formulada em aditamento à inicial, entendo prudente a prévia oitiva da autoridade impetrada.

Em resumo, e aí digo eu, o Poder Judiciário, neste processo específico, já afastou o pedido do impetrante (COPASA – ora denunciante) em relação ao pedido de concessão liminar para suspensão do certame.

Com todas as vênias, senhor Presidente, não me parece que a suspensão do certame seja a melhor alternativa para o presente caso concreto, principalmente se levarmos em consideração que não houve, no caso concreto, prejuízo à competitividade e que as metas podem ser pactuadas durante a execução do contrato por meio de termo aditivo, conforme previsto no §2º do art. 2º da Resolução ANA n. 211/2024. (Então, a Resolução da ANA já prevê essa repactuação.)

Oportuno registrar mais uma vez que a denúncia principal, processo n. 1.144.629, foi autuada em 11/04/2023 e, desde o início, a administração pública municipal tem demonstrado boa-fé – pelo que observamos nos autos – em ajustar o certame aos entendimentos desta Corte de Contas.

Isto posto, nesta fase de cognição sumária, reitero que devo ser coerente com o posicionamento por mim exarado nos autos do Agravo 1.144.840, na sessão do tribunal pleno do dia 07/6/2023, em que adotei o voto-divergente no sentido de acolher o critério “técnica e preço” no certame objeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do referido município – decisão tomada pelo Pleno por seis votos a zero. Neste sentido e, aplicando o princípio do *periculum in mora* reverso, peço vênias, para não referendar a decisão monocrática exarada pelo eminente Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, até ulterior decisão do mérito da causa, em que serão enfrentadas, de forma exauriente, as questões levantadas nas denúncias.

É como voto, tendo claro que retomo à questão do conflito de competência com o Poder Judiciário. A população tem que se sentir segura, que há uma unidade nas decisões até para um serviço essencial, que é o serviço de água e esgoto.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Pela ordem, senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Pois não, Conselheiro.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Acabando de ouvir o posicionamento do Conselheiro Durval Ângelo, vou rever o meu voto e acompanhar a divergência aberta pelo Conselheiro Durval Ângelo, pedindo vênias ao Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

Senhor Presidente, após ouvir, atentamente, aos argumentos apresentados em sustentação oral pelo doutor Luciano Ferraz – e abro um breve parêntese para me lembrar do seu saudoso pai, José Ferraz, que esteve por muitos anos nesta Casa e, também, na Assembleia de Minas –, peço vênias ao Relator para não referendar a decisão por entender que, no presente momento, não estão presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada.

Destaco a essencialidade do serviço público objeto da contratação, atualmente prestado de forma precária e, por isso, o deferimento da cautelar pleiteada, com as supostas irregularidades apresentadas, representaria risco da demora inverso.

Ressalto, também, que a administração pública municipal tem demonstrado boa-fé e compromisso com a regular condução do certame, tendo ajustado o processo licitatório às orientações emitidas por esta Corte de Contas.

Pelo exposto, reitero as vênias ao Relator e deixo de referendar a decisão.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO TELMO PASSARELI:

Senhor Presidente, senhor Relator, já aderindo às razões e fundamentos dos votos que me antecederam, acrescento que tenho, sim, minhas ressalvas quanto à utilização do critério de “melhor técnica” ou “técnica e preço”, em julgamentos que se revestem, por vezes, de inegável subjetividade, em licitações que visem à concessão de serviços públicos já sedimentados no mercado.

Contudo, essas ressalvas não dizem respeito à utilização dos critérios de “melhor técnica” ou “técnica e preço”, mas, sim, com a intenção de investigar melhor os quesitos de técnica que são inseridos no edital e que, por vezes, não se revestem de análises da técnica relativa ao serviço público, fugindo, então, à sua finalidade, fogem ao foco da metodologia da execução do serviço contratado, para, por vezes, como encontramos em alguns editais, se ater à mera pontuação de documentação entregue no processo.

Contudo, diferentemente do caso mencionado, como na Denúncia 1148581, de minha relatoria, lá naquele processo a suspensão da licitação se deu no momento inicial, em que ainda não havia entrega de envelopes ou a abertura dos mesmos envelopes. É diferente deste caso em que já se encontra, de certa maneira, maduro, já com diversas análises pontuais, inclusive apreciada em agravo por este Tribunal Pleno, em que nada se pontuou de irregular em análises preliminares, que pudessem ser capazes de fundamentar a suspensão do certame.

Então, por esses motivos e vislumbrando também o perigo de dano reverso, e, principalmente, em relação à segurança jurídica dos que já participam da licitação em análise, peço vênias ao Relator para não referendar a medida cautelar.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Conselheiro Licurgo Mourão.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO LICURGO MOURÃO:

Senhor Presidente, inicialmente, gostaria de agradecer, mais uma vez, a presença do nobre causídico, doutor Luciano Ferraz, não só pela sua eloquência, mas também por sua precisão técnica, que tanto agrega na hora de fazermos nosso juízo acerca de questões como essa.

O Conselheiro Durval Ângelo trouxe elementos de convencimento muito fortes e, acredito que Sua Excelência, também, no bojo da sua fundamentação, trouxe um aspecto extremamente importante, pouco estudado, relativo ao pretense conflito com relação à atuação do Tribunal de Contas e ao Poder Judiciário.

Então, vou fazer uma brevíssima digressão, apenas para esclarecer isso, para que, de fato, não fique plasmado naqueles que ainda não são muito versados nas matérias e nas competências dos Tribunais de Contas, no sentido de se imaginar que o denunciante, diante de uma decisão que lhe seja contrária, seja no âmbito do Tribunal de Contas, seja no âmbito do Judiciário, possa de maneira indistinta recorrer a um e a outro: perdi no Judiciário, vou ao Tribunal; perdi no Tribunal de Contas, vou ao Judiciário.

É muito importante, aqui, nesse momento, salientar que o art. 71, inciso II, da Constituição estabeleceu uma competência judicante anômala.

O Poder Legislativo pode fazer julgamento em caso de crime de responsabilidade e, obviamente, não se discute que, nesse caso em concreto, o Poder Legislativo, cuja competência fundamental é exatamente fazer as leis e controlar a administração pública, poderá de maneira anômala, naquele caso específico, julgar.

É importante salientar que, da mesma forma, o fez o constituinte em relação ao Tribunal de Contas, estabelecendo, de forma cristalina, que o Tribunal de Contas julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta, indireta, etc., etc.

Ou seja, nós estamos diante de uma situação em que um gestor público, no caso o Prefeito de Extrema, estará realizando atos que são incontestavelmente, indiscutivelmente da competência do Tribunal de Contas. Então, agora, nós temos um aparente conflito entre o art. 71 e o art. 5º da Constituição.

Ora, então, diante de uma situação irregular eu não posso me socorrer do judiciário? Teria errado o constituinte ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXV, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”?

Afinal de contas, qualquer matéria pode ser levada ao Judiciário? Essa é uma pergunta que muitos ainda se fazem! Sim, qualquer matéria poderá ser levada ao Poder Judiciário se, e somente se, houver lesão ou ameaça de direito.

O art. 5º, LV, da Constituição fala de maneira explícita, trazendo a garantia a qualquer um do povo, aos litigantes em processo judicial ou administrativo, que é a natureza dos processos do Tribunal de Contas, processo administrativo de controle. E aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa — é o que se chama na academia de *due process of law* —, ou seja, qualquer lesão que haja ao contraditório e à ampla defesa é assegurado se socorrer do Judiciário. Mas veja que esse não é o caso dos autos.

O Tribunal de Contas está exercendo a sua competência e obviamente que as matérias que foram levadas ao Judiciário estão discutindo eventualmente lesões ao contraditório e à ampla defesa ou qualquer outra irregularidade, no âmbito do Judiciário.

Então, nós só podemos imaginar que, quando o Tribunal de Contas exerce a competência do 71, II, e isso possa ser levado ao Judiciário, apenas na estrita situação em que tiver havido lesão ao contraditório e à ampla defesa.

Então, fazendo essa brevíssima digressão, estabelecemos claramente o papel de cada um. Espero que isso fique claro porque, analisando os fundamentos constantes da decisão a que se busca referendar nesta Sessão, eu tenho que a COPASA, ora denunciante, elencou, em sua peça inaugural, a ocorrência de supostas irregularidades no bojo do edital que regulamenta a Concorrência 1/2023, instaurada pelo Município de Extrema.

Não é por demais necessário repetir que o aludido Município vem tentando realizar licitação com vistas à concessão dos serviços públicos e abastecimento de água potável e esgotamento

sanitário há mais de um ano; e a matéria objeto do certame foi alvo de diversas denúncias no âmbito desta Casa, conforme já dito pelos que me antecederam e também pelo nobre causídico.

Verifico que o presente processo se trata de mais uma investida contra a prerrogativa da administração local de tentar buscar, em favor de seus munícipes, um serviço público de abastecimento e saneamento de excelência, visto que a atual concessionária, diga-se, que possui vínculo precário com a municipalidade, em razão da caducidade da concessão originária, vem prestando serviço de questionável qualidade.

A respeito dos pontos destacados pelo Relator para concessão da ordem de suspensão, tenho que alguns deles encontram-se superados por decisões judiciais, algumas já transitadas em julgado, outros em razão da abertura do certame e da efetiva participação de empresas, não se confirmando, portanto, as alegadas restrições.

E aí, muito objetivamente, senhor Presidente, eu vou elencar os quatro pontos que a mim pareceram relevantes:

1- Quanto à suposta restrição de participação de empresas em recuperação.

Por meio do edital retificado, ficou comprovado que o município excluiu o item 17.4.3.1 do edital originário, onde se previa a apresentação de nada consta em Certidão Civil de Falência, Concordata e Recuperação Judicial e Extrajudicial, não havendo mais a cláusula questionada.

2- No que tange à ausência de metas legais quantitativas e não intermitência do abastecimento.

Por meio de memorial apresentado pelo município e a que tive acesso, foi esclarecido que a Agência Nacional da Águas publicou norma a respeito do assunto (Resolução ANA 211), em 19 de setembro de 2024, para entrada em vigor em 1º de outubro de 2024, ou seja, quando o edital retificado já estava devidamente publicado.

Além disso, a Resolução previu regra de transição, permitindo que encontrassem os decorrentes de licitações ocorridas anteriormente à sua entrada em vigor, fossem inseridos dispositivos tratando dessas metas, mediante comum acordo entre o titular e o prestador de serviços, conforme o seu art. 2º, §2º.

Dessa forma, não antevejo irregularidade capaz de ensejar a paralisação do certame, como apontado na decisão a que se busca referendar.

3- Relativamente a suposta subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos.

A questão foi levantada no âmbito do Poder Judiciário, em razão de mandado de segurança impetrados por empresas interessadas no certame, tendo aquele poder afastado, alegada a subjetividade nos quesitos de análise e julgamento das propostas técnicas a saber:

a) Mandado de Segurança 0251, interposto por Aquarum Saneamento Ltda., já transitada em julgado, onde se decidiu que os itens eleitos no edital para atribuição de nota técnica, são fundamentais para que o licitante apresente proposta viável, já que comprovam o prévio contato do licitante com o sistema de abastecimento e esgotamento do Município, como um todo.

b) Mandado de Segurança, também o 0251, mas na verdade é outro, mas foi o proposto por Kapex Assessoria, já transitado em julgado, onde ficou decidido que é sabido que o Município promoveu a revisão do edital, oportunidade em que foi excluída a exigência de relatórios fotográficos individuais e modificados os critérios de proposta comercial, sendo também eliminada a exigência de fotografias *in loco* para pontuação técnica da licitante.

Também outro mandado de segurança interposto por Aegea Saneamento e Participações, decidida em primeiro grau e pendente de recurso. Entendo que seria temerário a adoção do

critério único do menor preço para escolha do vencedor, isso porque embora alegue a impetrante que o serviço a ser prestado seja corriqueiro, é certo que a vencedora assumirá o serviço, então há décadas prestados pela COPASA de maneira insatisfatória.

4- É aquele que diz respeito a suposta restritividade do certame, em razão da exigência de índice de endividamento geral igual ou inferior a 0,5%, apontamento feito complementarmente da unidade técnica.

No bojo do Mandado de Segurança 0251, já transitado em julgado, colhe-se da sentença, que relativamente ao item 17.4.3 do edital que trata de aferição da capacidade econômico-financeira das licitantes, a adequação promovida pelo Município de Extrema foi entendida como pertinente, fato que inclusive ensejou a revogação da liminar, outrora concedida por aquele juízo.

Consta da decisão revogadora da liminar que, *in verbis*, o Município de Extrema adequou o item do edital que, segundo análise liminar do juízo, afrontavam os ditames legais no que tange a aferição da capacidade econômico-financeira dos licitantes. Tal adequação agora se pauta em critérios objetivos, livrando os licitantes de qualquer subjetividade pela comissão de licitação, na análise das propostas.

Por fim, trago ao conhecimento deste Colegiado, que a COPASA, ora denunciante, além de provocar a presente denúncia, impetrou também o Mandado de Segurança 0251, já citado, tendo sido indeferida a medida cautelar de suspensão da concorrência 01/2023, e reconhecida sua ausência de interesse processual, em virtude de seu conhecimento prévio das diversas disposições contidas no edital, que ensejou a decadência de seu direito.

Em razão desses fatos, senhor Presidente, entendo não haver motivos para que essa Corte de Contas mantenha a suspensão da Concorrência 01/2023, promovida pelo Município de Extrema e, por conseguinte, não referendo a decisão monocrática exarada.

É como voto.

CONSELHEIRO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, na linha de entendimento dos Colegas que me precederam, rogando vênua ao Relator, para não referendar decisão monocrática, eu acompanho o voto divergente do Conselheiro Durval Ângelo.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO.

NÃO REFERENDADA A DECISÃO MONOCRÁTICA EXARADA PELO RELATOR.

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