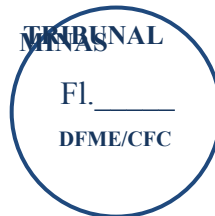




Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



PROCESSO nº. 1.058.816

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A.

DENUNCIADO: Prefeitura Municipal de Ouro Preto

EXERCÍCIO: 2019

1 Considerações Preliminares e Escopo

1.1 Tratam os Autos de denúncia formulada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. sediada na Rua Francisco Sá, nº 23 SL 807 Rio de Janeiro – RJ.

1.2 A denúncia é firmada pelo Sr. João Luiz de Siqueira Queiroz, diretor da referida empresa e versa sob pedido de liminar com vistas a suspender o Processo de Concorrência Pública nº 006/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto – MG.

1.3 A referida concorrência tem como objeto a seleção e contratação de empresa especializada na prestação de serviço de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do perímetro urbano do município.

1.4 O valor previsto para o contrato está estimado em R\$ 141.099.584,81 (fl 604).

1.5 Foi realizada consulta pública de 07 de junho de 2018 a 9 julho de 2018 e audiência pública 13 de novembro de 2018 (fl. 321).

1.6 O critério escolhido para a seleção da proponente vencedora é melhor preço e técnica.

1.7 O prazo previsto para a concessão é de 35 (vinte) anos não sendo prevista a prorrogação da mesma.

1.8 Inicialmente, a Prefeitura de Ouro Preto havia previsto a data de 11/02/2019 para recebimento das propostas. Tal data foi posteriormente modificada, para 28/02/2019, conforme levantamento feito no sítio eletrônico do município.

1.9 O processo de denúncia em tela foi recebido pelo Exmo. Conselheiro Presidente Cláudio Couto Terrão em 18/09/2018 (fl. 147) e distribuído ao Conselheiro Substituto Adonias Monteiro.

1.10 Em 08/02/2019, o Conselheiro Relator determinou a intimação dos responsáveis pelo certame, fixando prazo para que respondessem aos apontamentos trazidos pela denúncia. (fl. 255).

1.11 A resposta dos jurisdicionados foi tempestivamente apresentada a esta Corte de Contas em 13/02/2019 (fl. 263)

1.12 Em virtude de se tratar de Concessão de serviços públicos, os Autos foram encaminhados a esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados em 15/02/2019 de forma a se emitir parecer técnico acerca dos itens trazidos pela denúncia.

1.13 Em consideração à determinação da relatoria, tem-se a análise que se segue.

2 Análise

Passa-se a analisar os três pontos trazidos pela empresa denunciante.

2.1. Erros de valores na tabela referente ao estudo econômico-financeiro.

Denúncia: O primeiro ponto denunciado, conforme fls. 03 a 06, protesta contra o estudo de viabilidade técnica econômico-financeira da prestação do serviço.

Segundo o denunciante, tal estudo é eivado de vício pois existe uma inaceitável regressão do valor dos investimentos total que se encontra em 66,26% no décimo ano e regride para 8,35% no décimo primeiro ano.¹

Tal vício tornaria o estudo que embasa a concessão acometido por erro “crasso”, “grosseiro” o que configuraria se tratar de uma peça feita somente como “vã tentativa de aparente cumprimento ao formalismo legal, sem consistência técnica...”.²

Havendo falha no estudo econômico-financeiro o processo licitatório deveria ser anulado visto que viola a Lei de Concessões nº 8.985/95 bem como a própria Constituição Federal.³

Análise: A leitura da planilha que colaciona parte do estudo econômico-financeiro contém de fato o vício apontado, o que configuraria grave falha técnica na elaboração da fase interna do certame.

Contudo, em esclarecimento enviado pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto a esta Corte de Corte, é informado que o erro trazido pela denunciante era tão somente uma falha de digitação da planilha.⁴

O licitante reconhece a falha e esclarece que a mesma já havia sido devidamente corrigida. Apresenta de forma complementar uma planilha retificada com os valores corretos dos investimentos.⁵

¹ Fl. 06

² Fl. 05

³ Fl. 07

⁴ Fl. 267

⁵ Fl. 268

Com efeito, na tabela correta, os investimentos na rede crescem de forma progressiva ao longo dos 35 anos da concessão não havendo a divergência inicialmente apontada.

Este Órgão Técnico teve o cuidado de verificar no sítio de licitações do Município de Ouro Preto se de fato a tabela disponibilizada pelo licitante havia sido devidamente apresenta aos demais participantes.

Conforme se vê na imagem abaixo, a tabela apresenta os valores corretos.

Tabela 16 - Investimentos Totais

R\$/1.000	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	Ano 7	Ano 8	Ano 9	Ano 10
Investimentos Totais	9.687,3	17.124,7	13.231,1	11.284,3	4.697,5	7.386,0	6.619,0	7.086,2	6.313,1	6.368,9
Evolução Investimentos	6,87%	19,00%	28,38%	36,38%	39,71%	44,94%	49,63%	54,65%	59,13%	63,64%

	Ano 11	Ano 12	Ano 13	Ano 14	Ano 15	Ano 16	Ano 17	Ano 18	Ano 19	Ano 20
Investimentos Totais	9.687,3	17.124,7	13.231,1	11.284,3	4.697,5	7.386,0	6.619,0	7.086,2	6.313,1	6.368,9
Evolução Investimentos	68,20%	72,80%	77,45%	82,15%	83,93%	84,84%	85,59%	86,33%	87,37%	88,12%

	Ano 21	Ano 22	Ano 23	Ano 24	Ano 25	Ano 26	Ano 27	Ano 28	Ano 29	Ano 30
Investimentos Totais	1.072,3	1.077,3	1.085,0	1.090,6	1.098,2	1.103,2	1.110,0	1.117,3	1.123,4	1.130,5
Evolução Investimentos	88,88%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%	85,49%

	Ano 31	Ano 32	Ano 33	Ano 34	Ano 35
Investimentos Totais	1.138,1	1.143,4	1.151,1	1.155,5	1.163,6
Evolução Investimentos	96,73%	97,54%	98,36%	99,18%	100,00%

A tabela também pode ser verificada nos autos deste processo à folha 500.

Depreende-se que a falha apontada pela Denúncia já foi devidamente retificada não subsistindo o apontamento denunciado.

2.2. Não definição do Órgão Regulador.

Denúncia: Consoante folhas 07 a 16 a denúncia aponta uma suposta irregularidade no processo de concessão, visto que a Prefeitura Municipal de Ouro Preto havia encaminhado à ARSAE-MG – Agencia Reguladora de Serviços de Abastecimento de Agua e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas

Gerais -, uma consulta sobre o interesse da agência em regular o serviço de abastecimento do município.

Tal situação configuraria irregularidade visto que a prefeitura havia supostamente negligenciado exigência trazida pela Lei Nacional de Saneamento Básico, LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007, pois o referido diploma legal exige que o órgão regulador esteja previamente estabelecido antes do lançamento da concessão pública.

Tece ainda algumas considerações genéricas acerca da complexidade do sistema de abastecimento de Ouro Preto, segundo ela, particularmente desafiador por ser a cidade declarada patrimônio histórico e cultural pela UNESCO.

Finalmente protesta contra a simplicidade do estudo hídrico apresentado pela comissão de licitação que não estaria apto a alcançar a “universalização” de abastecimento de água do município e não resolveria a “situação de calamidade pública” em que se encontra a população local.⁶

Análise: A fim de se jogar luz acerca da colocação trazida pela denúncia é pertinente citar a Lei Nacional de Saneamento Básico que em seu art. 11 assim se pronuncia: (grifo nosso).

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

⁶ Fl. 16

Percebe-se, pela leitura da lei federal, que a mesma exige a designação da entidade regulamentadora como pré-requisito de validade para o contrato de concessão. A mesma lei, no entanto, silencia em relação à necessidade de se designar o órgão regulador por ocasião do processo licitatório que selecionará a melhor proposta.

Não obstante o fato da Prefeitura Municipal de Ouro Preto não ter definido, até o presente momento, qual será o órgão de regulação, nada obsta que o faça em momento posterior, desde que anteceda a celebração do contrato com a proponente vencedora.

Sobre este item cabe trazer breve consideração acerca da definição da agência reguladora.

O município encaminhou resposta a esta Corte de Contas afirmando que possuía autorização legislativa para designar a agência.⁷

Procedeu-se com a leitura da Lei Nº 1.126 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2018, normativo municipal que rege o tema. Segundo o diploma, tem-se que: (grifo nosso)

Art. 149 Dentre as formas de execução permitidas pela Lei Municipal nº 934/2014, que dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico, fica o Poder Executivo Municipal autorizado a delegar a exploração, total ou parcial, em caráter de exclusividade, dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município, de forma onerosa ou gratuita, em regime de concessão de serviço público, de acordo com o art. 175 da Constituição Federal e Lei federal nº 8.987/1995.

Art. 150 Fica o Poder Executivo autorizado a firmar convênio de cooperação com a Agência reguladora de Serviços para a delegação de competências municipais de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.

⁷ Fl. 271

A referida lei traz ainda a possibilidade de se instituir uma agência municipal própria a ser denominada ARSEOP - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Ouro Preto, “cuja finalidade é garantir a adequada prestação dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário”.

Nota-se que o legislativo municipal facultou ao executivo optar pela forma de regulação do serviço, seja por meio de convênio seja pela constituição da própria agência.

Portanto, entende-se não subsistir razões, mediante esse apontamento, para sustar o procedimento licitatório.

No que diz respeito aos apontamentos da denúncia sobre a complexidade de se fornecer água a uma cidade tombada pela UNESCO, não foi possível, através da argumentação apresentada, encontrar elementos que justificassem a concessão da medida cautelar pretendida visto que os apontamentos não estabelecem qual seria o suposto vício que o edital apresenta em relação ao tema.

Sobre o suposto estado de calamidade pública a que se submete à população local de Ouro Preto, a prefeitura informa não haver qualquer situação fática neste sentido.

Informa ainda que a universalização do serviço de saneamento básico à população é uma meta factível e alcançável nos próximos anos através da própria concessão pública e que atualmente 90,88% da população local já é atendida com a cobertura de água potável.⁸

Com base no exposto, pode-se concluir pela improcedência da denúncia neste ponto.

2.3 – Outras Inconsistências do processo licitatório.

⁸ Fl. 266

Neste item da denúncia são retomadas algumas considerações acerca do estudo econômico-financeiro utilizado como embasamento para o lançamento da concessão.

Em suma, a denúncia afirma ser equivocada a opção por cobrar uma outorga de R\$ 20.000.000 (vinte milhões de reais) em duas parcelas de R\$ 10.000.000 (dez milhões de reais).

A cobrança da outorga teria o condão de onerar demasiadamente os usuários do serviço visto que os mesmos se veriam obrigados a arcar com uma tarifa mais elevada em virtude da elevada outorga.⁹

O município estaria supostamente negligenciando a modicidade tarifária e conseqüentemente prejudicando o usuário em favor de uma maior arrecadação.

Análise: Cabe aqui trazer para análise alguns valores presentes no Edital.

Conforme mencionado no Estudo Econômico-Financeiro, o valor previsto para o investimento na expansão da rede de abastecimento do município remonta o total de 141 milhões para os 35 anos de investimentos.¹⁰

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

Tomando-se como base o valor dos investimentos a serem realizados ao longo do prazo de concessão, o valor pretendido de 20 milhões de reais para outorga remonta aproximadamente 14%¹¹ do total do investimento.

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

⁹ Fl. 19

¹⁰ Fl. 268

¹¹ O percentual de 14% calculado é obtido dividindo-se o Montante de Investimento (MI) previsto para a concessão pelo valor da Outorga Pretendida (OP) no edital e multiplicando-se o resultado por cem. $(MI / OP) \times 100$. No caso do Município de Ouro Preto tem-se $(20.000.000 / 141.000.000) \times 100 = 14,18\%$ ou 14% com arredondamento.

A título de ilustração, pode-se citar o Processo nº: 969362 da Prefeitura Municipal de Montes Claros com exigência de outorga fixa de aproximadamente 1,3%¹² do valor do investimento ou ainda o Processo nº: 986747, do Município de Ubá, cuja outorga, pelo mesmo critério, remontou aproximadamente 4%.

Nesse último caso, o Conselheiro Relator Sebastião Helvécio mencionou o estudo técnico em seu voto, ressaltando que, mesmo sendo baixo o percentual da outorga em relação aos investimentos, poderá frustrar o caráter competitivo do certame, *verbis*¹³:

3.4. Verificou-se, conforme fluxo de caixa apresentado no PMSB, que o montante de investimentos previstos foi de R\$250.661.980,00 e que a outorga exigida equivale a 3,98% dos investimentos previstos. E que mesmo sendo pequeno, o percentual em relação aos investimentos, o município deveria avaliar a possibilidade de utilização dessa outorga em favor da concorrência no certame, ou seja, possibilitando um aumento no percentual de desconto a ser oferecido pelo licitante. Verificou-se, ainda, que não havia indicação no edital, nem no PMSB sobre como seria aplicado o valor da outorga.

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

No mesmo diapasão, tem-se ainda como exemplos os processos 932.504/2014 Prefeitura Municipal de Pará de Minas bem como a Concorrência Pública Nº 002/2018 de Santo Antônio do Amparo Processo nº 1.058.749 ambos referentes a serviços de água e esgoto cujos editais não previram qualquer taxa de outorga aos licitantes.

A rigor, é de fundamental importância que se proceda com análise minuciosa da dimensão econômico-financeira do contrato para que se compreenda o real impacto da escolha do valor da outorga sobre a tarifa cobrada

¹² O percentual de 1,3% calculado é obtido dividindo-se o Montante de Investimento (MI) previsto para a concessão pelo valor da Outorga Pretendida (OP) no edital e multiplicando-se o resultado por cem. $(MI / OP) \times 100$. No caso do Município de Montes Claros tem-se $(60.000.000 / 4.665.756.347) \times 100 = 1,29\%$ ou 1,3% com arredondamento.

¹³ Denúncia nº 986.747, julgada em 11 de outubro de 2017.

dos usuários. Esta coordenadoria, no entanto, não dispõe, para esta análise inicial, dos estudos realizados pelo município e que permitiriam emitir um posicionamento numérico sobre a questão.

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

Em outras, simples e objetivas palavras, a população poderia pagar tarifas mais baixas pelo uso do serviço público de água e esgoto caso o município optasse por uma taxa de outorga mais baixa ou mesmo nula.

O município de Ouro Preto claramente optou por um modelo de maior arrecadação. Trata-se de uma forma de tributação indireta.

Acerca desse tema cumpre trazer à baila a sempre pertinente lição de Marçal Justen Filho que assim se pronuncia.¹⁴ (grifo nosso)

Não se olvide, ademais, que a concessão de serviço público presta-se à produção de um efeito de transferência de recursos privados para os cofres públicos. Tal se produz pela previsão de que a tarifa a ser cobrada dos usuários incorporará verbas destinadas ao poder concedente. Esse resultado se obtém por duas vias. Há, em primeiro lugar, a reprovável prática de submeter a licitação ao critério de maior oferta. Assim, o concessionário desembolsará em prol do poder concedente uma importância a título de “pagamento” pela outorga. Ademais disso, existe a generalizada previsão da participação do poder concedente nos resultados da exploração. Em termos práticos, isso significa a elevação da tarifa para abranger não apenas o custeio direto e imediato dos serviços públicos, mas também uma espécie de *plusvalia* em prol do Estado. Assim, a tarifa paga pelo usuário é não apenas uma contraprestação pelos serviços a ele oferecidos, mas também um pagamento em benefício dos cofres públicos. Trata-se de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário. Os valores correspondentes a essa tributação oculta são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao regime jurídico correspondente.

¹⁴ As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público
<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>

Aliás e em grande parte dos casos, os valores extremamente elevados das tarifas públicas brasileiras são o resultado da avidez estatal por recursos. Não é incomum que parte significativa das tarifas se direcionem à satisfação dos encargos gerados pela cobrança por parte do poder concedente de encargos pela outorga.

Esta Corte de Contas tem apresentado reiteradamente o entendimento de que o valor referente à taxa de outorga deve ser trazido em editais de concessões pública em caráter de excepcionalidade.

Destaca-se que o valor da outorga não foi considerado no cálculo da tarifa proposto pela prefeitura. Infere-se conforme anexo IV, tabela 17, que para apresentação das propostas comerciais por parte das licitantes, a outorga haveria de ser contabilizada como “Outros Investimentos” na elaboração do Fluxo de Caixa do Projeto.¹⁵

Assim, a menção desse custo da concessionária surge tão somente na elaboração das propostas econômico-financeiras dos entes privados não havendo informações fornecidas no Edital, que viabilizassem verificar o impacto da outorga prevista na viabilidade da concessão.

Além disso, prescinde-se de criar regulamentação que destine a taxa de outorga para uso no sistema licitado.

É o que se vê na apreciação da denúncia N° 1.058.502 de relatoria do Exmo. Conselheiro Wanderley Ávila. A ementa do referido acórdão resume de forma cristalina as considerações mencionadas:

3. Somente é admitida a cobrança de outorga em casos excepcionais, com a devida justificativa, e desde que a receita de outorga seja revertida para o sistema, adotando-se mecanismos efetivos para o controle do recebimento e da aplicação dos recursos da outorga.¹⁶

¹⁵ Fl. 412

¹⁶ DENÚNCIA N. 1058502

Denunciante: CAF – Transportes Ltda. Eireli

Denunciada: Prefeitura Municipal de Varginha

Responsáveis: Sérgio Kuroki Takeishi, Secretário Municipal de Administração, e

Ademais, o entendimento da corte versa sobre a necessidade de os licitantes trazerem de forma clara e objetiva a destinação que será dada à arrecadação da Outorga, sendo que esta deve ser revertida em favor do sistema licitado.

A saudosa e eminente conselheira Adriene Andrade também se manifestou no mesmo sentido em julgamento pretérito referente a concessão de serviço público de transporte coletivo.¹⁷

1. A outorga paga pelo concessionário não pode ser meramente apropriada pelo Município, uma vez que se trata de recursos tomados dos usuários, como contrapartida por um serviço prestado. Nesse contexto, para que o Município comprove que os recursos da outorga foram aplicados, exclusivamente, na melhoria dos serviços de transporte público coletivo, deverá adotar mecanismos efetivos para o controle do recebimento e da aplicação dos recursos da outorga, como, por exemplo, a criação de uma conta bancária específica para movimentar tais recursos.

Contrariamente a estes entendimentos da corte, não foi possível localizar no presente procedimento licitatório a explanação para o destino da referida taxa de outorga.

Não se está, a priori, afirmando que a taxa de outorga deva ser suprimida neste caso concreto. O que se entende é a necessidade premente de se analisar objetiva e tecnicamente o valor da referida taxa bem como a real justificativa de se utilizá-la.

Sivaldo Afonso Piva, Diretor do Departamento de Suprimentos

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA 1a Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 29/01/2019

¹⁷ Acórdão 12ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, em 03/05/2016, referente à Denúncia 965.718, Relatora Conselheira Adriene Andrade.

Nota-se que sob a égide da atual jurisprudência desta corte a denúncia pode ser considerada procedente.

3 Conclusão

Dentre os apontamentos trazidos pela Denúncia, pode-se considerar que os do item 2.1 e 2.2 como são improcedentes consoante entendimento desta unidade técnica.

No que tange ao item 2.3, entende-se que, tendo em vista os apontamentos da denúncia, bem como as considerações técnicas trazidas, subsiste a fumaça do bom direito.

Tendo-se em mente que a pretendida contratação remonta o dilatado prazo de 35 anos, entende-se que a assinatura contratual, sem análise mais aprofundada, possui elevado potencial de trazer prejuízo ao interesse dos munícipes.

Por essa razão, ressalvado melhor juízo, se justifica a concessão de medida cautelar visando a suspensão do certame para fins de análise mais aprofundada com eventual revisão de pontos contratuais que venham a se adequar precipuamente com a jurisprudência desta corte.

4 Proposta de Encaminhamento

Entende essa unidade técnica que deve ser determinado ao Prefeito Júlio Ernesto de Grammont Machado Araújo, bem como ao Presidente da Comissão de Licitação, Sr. Rogério Alexandre Moraes, que suspendam o processo licitatório e, por conseguinte, se abstenham de assinar futuro contrato.

Que se intimem os Administradores municipais a encaminhar a esta Corte de Contas toda a documentação referente à fase interna, em especial o estudo econômico-financeiro completo em meio eletrônico, impreterivelmente



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



com planilhas desbloqueadas, para que se possa proceder com a análise técnica pertinente.

Uma vez recebidos os arquivos referentes à fase interna, solicita-se que os mesmos sejam encaminhados a esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões com prazo apropriado para análise aprofundada.

À consideração superior.

CFCPPP, aos 26/02/2019

Luciana Menicucci de Miranda Procópio
TC 2747-0

Pedro Natali Rocha
TC 2770-4