

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR DR. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES
DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS – RESPONSÁVEL
PELA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2022**

Ref. Impugnação ao Edital
Concorrência Pública 01/2022

GABRIEL RINALDI DOS SANTOS, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB SP sob o nº 441.540, portador do RG nº 43.984.003-x (SSP/SP), inscrito no CPF/ME sob o nº 348.966.618-69, título de eleitor nº 3398.6945.0132, (**DOC. 01 – Documentos pessoais**) com endereço profissional à Rua Arruda Alvim, 35, apto. 01, Pinheiros, São Paulo, SP, CEP 05410-020, cidadão quites com a justiça eleitoral (**DOC. 02 – Certidão Anexa**), vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no Item 07 do Edital e Art. 41 da Lei nº 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO contra o edital da Concorrência Pública nº 01/2022**, deflagrada pelo Município de Santa Cruz das Palmeiras para “*seleção da PROPOSTA mais vantajosa para a outorga da CONCESSÃO dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO e dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES na ÁREA DE CONCESSÃO, em caráter de exclusividade, obedecida a legislação vigente e as disposições deste EDITAL, a serem prestados pela CONCESSIONÁRIA aos USUÁRIOS que se localizem na ÁREA DE CONCESSÃO*”, o que passa a fazer ante a existência das seguintes graves ilegalidades no processo licitatório:

1. Introdução

V. Sas. Estão a promover licitação pública na modalidade Concorrência de nº 01/2022 por meio da qual pretendem a “*seleção da PROPOSTA mais vantajosa para a outorga da CONCESSÃO dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO e dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES na ÁREA DE CONCESSÃO, em caráter de exclusividade, obedecida a legislação vigente e as disposições deste EDITAL, a serem prestados pela CONCESSIONÁRIA aos USUÁRIOS que se localizem na ÁREA DE CONCESSÃO.*”

O edital foi divulgado pelo Município de Santa Cruz das Palmeiras e a data designada para sessão pública de entrega dos envelopes, após retificação editalícia realizada por meio de errata datada de 08 de fevereiro de 2022 passou a ser o dia 28 de março de 2022, às 09:30h.

Ocorre que do Edital de licitação constam vícios de ordem gravíssima que implicam em prejuízo à competição e impossibilitam a apresentação de propostas sérias e firmes, sendo que, por esse motivo, não restou alternativa que não a apresentação da presente impugnação, a fim de ver resguardada a legalidade do procedimento.

2. DAS RAZÕES PARA INVALIDAÇÃO DA LICITAÇÃO

2.1. DA ILEGAL ADOÇÃO DO TOTAL DAS RECEITAS DA CONCESSÃO COMO BASE DE CÁLCULO PARA COMPROVAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO PARA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME

Conforme Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em se tratando de concessões a base de cálculo deve ser calculada com base no valor estimado dos investimentos, sendo inadequada a realização do cálculo com base em outros montantes. Vejamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCESSÃO A TÍTULO ONEROSO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GUINCHO, APREENSÃO, REMOÇÃO, GUARDA E DEPÓSITO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. PROCEDÊNCIA TC - 18269.989.21 E PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS DEMAIS. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. **Merece retificação a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo com base na estimativa de receita da concessionária**, O edital traz certa confusão entre as finalidades das amostras e dos requisitos de capacidade técnica.

[...]

Também merece retificação a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo com base na estimativa de receita da concessionária, uma **vez que a jurisprudência deste E. Tribunal indica que deve ser sobre o valor dos investimentos previstos no Estudo de Viabilidade.** ¹

TC-866/989/12-2: “Deste modo, ante a jurisprudência predominante nesta Corte (TC-000052/008/08, TC029349/026/09, TC-029529/026/09, TC-034871/026/09, TC003194/003/11, TC-039965/026/11, TC-000192/989/12-7, entre outros), as exigências de capital social ou patrimônio líquido mínimos e garantia de licitar devem ser aquilatadas com base no total dos investimentos da concessão e não no valor futuro estimado do contrato, que se tem por receitas futuras do concessionário.”²

“Todavia, este Tribunal tem considerado inadequada a adoção da receita estimada para todo o período da concessão como base para o cálculo da referida garantia. Em processos similares, esta Corte reconheceu ser **adequada a adoção dos “investimentos previstos”**, conforme precedentes que, aqui, faço representar pelo julgamento dos processos 1581.989.13 (Plenário. Sessão de 04/09/2013. Relator Conselheiro Robson Marinho, TC 1010.989.12-7 e TC 1027.989.12-8).³

Tal entendimento é consagrado inclusive na Súmula 43 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme transcrito abaixo:

SÚMULA Nº 43 - Na licitação para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo o valor dos investimentos devidos pela concessionária.

Em que pese a supramencionada Súmula se refira a concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, o referido entendimento é aplicado por analogia a todas as licitações para concessão de serviço público, como demonstra a Jurisprudência colacionada abaixo:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE APREENSÃO E GUARDA DE VEÍCULOS COM INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO E GARANTIA DAS PROPOSTAS. A BASE DE CÁLCULO DESSES REQUISITOS DEVE SER O VALOR TOTAL ESTIMADO PARA OS INVESTIMENTOS. VEDADO O VALOR TOTAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMO BASE DE CÁLCULO. SÚMULA 43 DO TCESP. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA POSSE DO IMÓVEL OFERECIDO PELO LICITANTE VENCEDOR. EXÍGUO E DESPROPORCIONAL O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS. VEDAÇÃO A CONSÓRCIOS. ACATADAS AS RAZÕES DA ADMINISTRAÇÃO EM SEDE DE RITO SUMÁRIO. USO DE DOCUMENTOS DO CADASTRO DE LICITANTES. ADMITIDO PELO ART 32, §§ 2º E 3º, DA LEI 8666/93. USO DA TABELA FIPE. PARCIALMENTE PROCEDENTE. Não obstante seus precedentes tenham sido julgados de concessões para serviço de transporte público coletivo de passageiros, a Súmula nº 43 do TCESP incide por analogia em todas as licitações para concessão de serviços públicos, em virtude da patente identidade entre

¹ TCESP Nºs 18247.989.21, 18266.989.21, 18269.989.21 e 18435.989.21. Plenário. Sessão de 27/10/2021, Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini.

² (Plenário. Sessão de 17/10/2012. Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini).”

³ TC-3931.989.13-1. Sessão Plenária de 12-03-14, Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

essa espécie de concessão e as razões que fundamentam o aludido comando jurisprudencial.⁴

O Edital da Concorrência Pública 01/2022, contudo, viola o entendimento acima exaurido, ao firmar como base de cálculo a estimativa das receitas do contrato. É o que se depreende da análise conjunta dos itens 4.1 e 12.4.3 do edital:

4.1. **O valor estimado do CONTRATO** é de R\$ 499.632,684,45 (Quatrocentos e noventa e nove milhões, seiscentos e trinta e dois mil, seiscentos e oitenta e quatro Reais e quarenta e cinco centavos), **correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança das TARIFAS e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES a serem auferidos pela CONCESSIONÁRIA ao longo da CONCESSÃO, em valores reais, sem projeções inflacionárias.**

(...)

12.4.3. **Patrimônio líquido** de, no mínimo, R\$ 58.581.071,44 (Cinquenta e oito milhões, quinhentos e oitenta e um mil, setenta e um reais e quarenta e quatro centavos), **correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado do CONTRATO**, cuja comprovação será feita através do balanço patrimonial apresentado para fins da alínea 12.4.2 acima;

O item 4.1 do edital, que justamente trata de explicitar o conceito de “valor do contrato”, é categórico ao explicitar que este se refere ao somatório das receitas estimadas.

De outra mão, cabe aqui destacar que o item 4.1 do edital foi objeto de retificação para correção de erro material, porquanto o mesmo contemplava informação equivocada quanto ao montante das receitas estimadas, corrigindo o valor originário indicado no item editalício de 499.632,684,45 (Quatrocentos e noventa e nove milhões, seiscentos e trinta e dois mil, seiscentos e oitenta e quatro Reais e quarenta e cinco centavos) para 585.810.714,44 (Quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze Reais e quarenta e quatro centavos). Veja-se teor da errata:

⁴ TC-022228.989.21-6 Plenário. Sessão 01/12/2021,; Conselheiro Substituto Samy Wurman,;

o prazo da CONCESSÃO, o valor referente à taxa de regulação e fiscalização dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO, o percentual de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) da receita operacional líquida. "EM CLÁUSULA 16ª – DO SISTEMA DE COBRANÇA, ONDE SE LÊ:"17.1.1 (...) ;17.1.2 (...)17.1.3 (...) 17.1.4 (...)”Lê-se:"16.1.1 (...) 16.1.2 (...)16.1.3 (...) 16.1.4 (...)”Em 4 - VALOR ESTIMADO DO CONTRATO, onde se lê: 4.1. O valor estimado do CONTRATO é de R\$ 499.632,684,45 (Quatrocentos e noventa e nove milhões, seiscentos e trinta e dois mil, seiscentos e oitenta e quatro Reais e quarenta e cinco centavos), correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança das TARIFAS e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES a serem auferidos pela CONCESSIONÁRIA ao longo da CONCESSÃO, em valores reais, sem projeções inflacionárias.Le-se:4.1. O valor estimado do CONTRATO é de R\$ 585.810.714,44 (Quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze Reais e quarenta e quatro centavos), correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança das TARIFAS e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES a serem auferidos pela CONCESSIONÁRIA ao longo da CONCESSÃO, em valores reais, sem projeções inflacionárias. Considerando o teor das emendas neste ato relatada, informamos a nova data para entrega dos envelopes com as propostas, qual seja 28/03/2022. SCPalmeiras, 07/02/2022.

Mas a despeito de a errata corrigir o valor da receita estimada da concessão não alterou a sistemática adotada no edital segundo o qual o valor estimado do contrato é o somatório das receitas, **de forma que tal base de cálculo (valor das receitas) foi mantida para o cálculo do patrimônio líquido mínimo exigido.**

E a demonstração do que foi acima afirmado se dá mediante singela verificação das informações econômico-financeiras disponibilizadas pelo Município.

No caso, o Plano Municipal de Saneamento Básico é explícito ao destacar em seu item 7.3.6. **(Página 157 do PMSB)** que o montante estimado dos investimentos da concessão corresponde a **R\$ 51.969.790,00 (Cinquenta e um milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e noventa reais).**

O presente EVTE apresenta um investimento total de R\$ 51.969.790,00 (Cinquenta e um milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e noventa reais).

Da mesma forma, o PMSB também deixa claro em seu item 7.3.12, em linha com o que afirmado no item 4.1 do edital (após errata), que o valor estimado das

receitas da concessão corresponde ao montante de R\$ 585.810.714,44 (quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze reais e quarenta e quatro centavos).

7.3.12 Quadro resumo de resultados do EVTE

A
Tabela 42, apresenta o resumo com o comparativo dos resultados para os dois cenários avaliados no EVTE.

Tabela 42 - Quadro resumo comparativo – EVTE

ITEM	DESCRIÇÃO	PÚBLICO COM A ATUAL RECEITA	PRIVADO
1	RECEITA OPERACIONAL BRUTA	R\$ 468.812.434,69	R\$ 585.810.714,44
2	DESPESAS DE EXPLORAÇÃO E DEDUÇÕES (PASEP/PIS)	R\$336.373.672,91	R\$398.575.523,06
3	INVESTIMENTOS	R\$53.560.821,14	R\$53.560.821,14
4	OUTORGA ONEROSA	Não se aplica	R\$4.000.000,00
5	IMPOSTOS (IR e CSLL)	Não se aplica	R\$48.399.890,28
6	TSO/ TIR	8,84%	8,84%
7	TARIFA MÉDIA DE ÁGUA/m3	R\$2,72	R\$3,40
8	FLUXO DE CAIXA - ANOS 1 A 3	R\$24.878.124,55	R\$26.317.018,15

É o que basta para confirmar que o item 12.4.3 do edital, ao estabelecer como patrimônio líquido mínimo o montante de 58.581.071,44 (Cinquenta e oito milhões, quinhentos e oitenta e um mil, setenta e um reais e quarenta e quatro centavos), **adota como base de cálculo exatamente o valor estimado do somatório das receitas da concessão.**

Como o total dos investimentos previstos na presente concessão corresponde a **R\$ 51.969.790,00 (Cinquenta e um milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e noventa reais)**, é inequívoco que, à luz do Art. 31, §3º da Lei nº 8.666/93, o total do patrimônio líquido exigível para fins de qualificação econômico financeira deveria ser de R\$ 5.196.979,00 (cinco milhões, cento e noventa e seis mil, novecentos e setenta e nove reais).

Ou seja, **acabou-se por exigir patrimônio líquido que corresponde a 10 vezes maior do que o adequado, restringindo sobremaneira a competitividade do certame, caracterizando ilegalidade flagrante.**

Tal questão, inclusive fora formulada em pedido de esclarecimento por interessado no certame. Todavia, não houve qualquer adequação da irregularidade, e a resposta formulada fora evasiva.

No caso, justamente vislumbrando que o valor exigido do Patrimônio Líquido Mínimo desatendia os limites legais e o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a empresa Água Forte formulou pedido de esclarecimentos apontando a ilegalidade do ponto, **inclusive frisando que o patrimônio líquido exigido superava a totalidade dos investimentos previstos na concessão.**

O Município, por sua vez, em resposta ao Pedido de Esclarecimentos, pontua que o entendimento da empresa em questão se encontrava equivocado porquanto, a teor da errata divulgada sobre o item 4.1. do edital, “o valor estimado dos investimentos da concessão seria no importe de 585.810.714,44 (Quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze Reais e quarenta e quatro centavos).

O equívoco, no caso, é de objetiva constatação.

Primeiro porque, ao contrário do que afirmado pelo Município em sede de pedido de esclarecimentos, **é certo que a errata ao alterar o montante do valor do contrato em nada altera a sua forma de cálculo, que continua tendo por base a somatória das receitas do contrato.** Veja-se nova transcrição da errata divulgada no DOE de 08/02/2022 com a devida identificação da correção empreendida:

o prazo da CONCESSÃO, o valor referente à taxa de regulação e fiscalização dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO, o percentual de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) da receita operacional líquida. "EM CLÁUSULA 16ª – DO SISTEMA DE COBRANÇA, ONDE SE LÊ:"17.1.1 (...) ;17.1.2 (...)17.1.3 (...) 17.1.4 (...)"Lê-se:"16.1.1 (...) 16.1.2 (...)16.1.3 (...) 16.1.4 (...)"Em 4 - VALOR ESTIMADO DO CONTRATO, onde se lê: 4.1. O valor estimado do CONTRATO é de R\$ 499.632,684,45 (Quatrocentos e noventa e nove milhões, seiscentos e trinta e dois mil, seiscentos e oitenta e quatro Reais e quarenta e cinco centavos), correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança das TARIFAS e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES a serem auferidos pela CONCESSIONÁRIA ao longo da CONCESSÃO, em valores reais, sem projeções inflacionárias.Le-se:4.1. O valor estimado do CONTRATO é de R\$ 585.810.714,44 (Quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze Reais e quarenta e quatro centavos), correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança das TARIFAS e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES a serem auferidos pela CONCESSIONÁRIA ao longo da CONCESSÃO, em valores reais, sem projeções inflacionárias. Considerando o teor das emendas neste ato relatada, informamos a nova data para entrega dos envelopes com as propostas, qual seja 28/03/2022. SCPalmeiras, 07/02/2022.

Segundo porque, como visto, das poucas informações econômico-financeira extraíveis dos documentos da licitação fica claro que o total dos investimentos é no importe de R\$ 51.969.790,00 (Cinquenta e um milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e noventa reais) (pg. 157 do PMSB) e que o total da receita estimada é de R\$ 585.810.714,44 (quinhentos e oitenta e cinco milhões, oitocentos e dez mil, setecentos e quatorze reais e quarenta e quatro centavos) (pg. 161 do PMSB).

Fica claro então a então o desatendimento do edital (Item 12.4.3) ao entendimento consolidado no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto aos limites possíveis do patrimônio líquido mínimo exigível para fins de qualificação econômico-financeira, devendo proceder a adequada retificação.

2.2. DA INEXISTÊNCIA DE ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA – DO NÃO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS

Como vício gravíssimo que inviabiliza por completo o processamento e a conclusão do certame licitatório se destaca, ainda, a inexistência de estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira para a presente concessão.

As concessões de serviços públicos pressupõem a realização de aprofundados estudos nos quais se avalia, define e demonstra a viabilidade técnica do empreendimento que se pretende licitar, considerando todas as premissas técnicas e econômicas estabelecidas pelo Poder Concedente.

Tais estudos técnicos – usualmente denominados de Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira (EVTEF) – são de grande importância para nortear os potenciais interessados na elaboração de suas próprias propostas.

Tratando da importância dos EVTEF e da imperiosidade de que os dados nele relacionados sejam atuais e condizentes com as diretrizes norteadoras da concessão, é bastante ilustrativo o seguinte precedente proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que trata justamente de concessão para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE LICITAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. CONCESSÃO. PROCESSO LICITATÓRIO. DETALHAMENTO. CORREÇÕES DETERMINADAS. O processo licitatório de concessão pressupõe a existência de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental do empreendimento, com elementos claramente expostos no instrumento convocatório, suficientes para dimensionar e quantificar os investimentos e amortizações, o fluxo de caixa e o prazo de retorno.

(...)

O exame de processos de licitação destinados à contratação de particulares para a exploração de serviços públicos sob o regime de concessão não raro evidencia situações em que a Administração busca conceder determinada atividade, sem, contudo, objetivamente trazer a público todas as premissas que necessariamente devem integrar o processo.

Tendo em conta a perenidade dos serviços e da atuação do particular concessionário protraída no tempo, indispensável para o sucesso do empreendimento que os elementos formadores da concessão sejam claramente perscrutados e expostos, conforme o caso, tanto em audiências públicas, como no processo administrativo, refletindo, ademais, no próprio instrumento convocatório.

Essa medida, que decorre dos artigos 5º e 18, II, da Lei 8.987/95, é fundamental para orientar os interessados na formulação de propostas exequíveis.

Daí se esperar, até para o exercício de controle, que os estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e ambiental da concessão demonstrem que a solução proposta para o empreendimento a ser concedido pode ser concretizada e é apropriada aos fins pretendidos, indicando, dentre outros elementos, a rentabilidade possível ao concessionário a partir da configuração de equilíbrio entre receitas de um lado, despesas e investimentos de outro.

No caso, o Termo de Referência, conforme bem demonstrado na instrução processual, não cumpre a rigor tal papel.

Afinal, embora o Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB expressamente mencione decisão judicial que determinou a substituição do sistema de captação atualmente em uso, mencionando, ao tratar da disponibilidade hídrica, a existência de fontes superficiais e subterrâneas, o Edital não faz qualquer projeção das medidas para tal mister, tampouco estimativa de investimentos para construção da Estação de Tratamento de Água para o período da concessão, até então inexistente, conforme se extrai do PMSB (fl. 83).

Ainda, conforme destacou o Parecer do d. Ministério Público de Contas, “[...] o item 9 do Termo de Referência e a Tabela 15 do Anexo III – Estudo de Viabilidade Econômico-financeira (eventos 1.24 e 1.25) preveem investimentos para a “readequação e atualização do sistema de tratamento de água (projeto e implantação)” sem, novamente, deixar claro se tal meta será atendida com a mera “cloração e fluoretação da água” ou se com a construção da supracitada ETA”.

Tal parâmetro, compreendo, impacta a perspectiva econômico-financeira a partir da integração das diversas variáveis utilizadas para a composição do respectivo Plano de Negócios, exercício que a própria Administração deveria ter consignado nos autos do processo administrativo da licitação.⁵

De outra mão, como lógico concluir ante a importância e o papel de tais estudos, é certo que cabe ao Poder Concedente proceder à sua divulgação como anexo do edital, de forma a possibilitar aos interessados o inequívoco acesso aos dados e parâmetros da concessão a todos e quaisquer interessados. Neste sentido é a remansosa jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, explicitada no seguinte precedente:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PROJETO BÁSICO. DETALHAMENTO. ESTUDOS DE VIABILIDADE ECONÔMICO FINANCEIRA. VALOR DA OUTORGA. FLANELINHAS. PROVA DE APTIDÃO. FUNÇÕES E INDICAÇÃO DE BENS. CRÉDITOS EXPIRADOS. TAXAS DE RESPEITO E OCUPAÇÃO. CUSTOS DE IMPLANTAÇÃO. PLANO DE NEGÓCIOS. CERTIDÃO NEGATIVA. CERTIDÃO DA JUNTA COMERCIAL. REAJUSTE. DOCUMENTOS HABILITATÓRIOS. DESPESAS COM SEGURO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. **1. A falta da divulgação de um projeto básico e de um estudo da viabilidade econômico-financeira completos da concessão impede o fornecimento de uma proposta idônea e segura por parte dos licitantes. 2. Necessária a demonstração de que os valores estipulados para as outorgas se encontrem factíveis e viáveis para a concessão.** 3. A obrigatoriedade da contratação dos guardadores informais de veículos – popularmente conhecidos como flanelinhas – não tem fundamento legal. 4. Irregular exigir prova de aptidão com os registros em entidades específicas, tendo em vista que o objeto envolve atividades multidisciplinares, sem que se

⁵ TCE-SP – TC 0019718.989.19-7, Rel. Cons. Renato Martins Costa, julgado em 10/10/2019.

verifique a prescindibilidade de uma em relação à outra. 5. A exigência de prova de experiência do profissional de Tecnologia da informação em desenvolvimento, implantação de estacionamento privado ou em vias públicas, bem como integração com sistemas e aplicações usados, contém nítido viés restritivo à ampla participação. 6. Necessária exposição com clareza das funções a serem exercidas pelo Centro de Controle Operacional da EMDEC e a indicação dos bens a serem fornecidos pela Concessionária, inclusive com o detalhamento das especificações do “padrão EMDEC” relativas ao mobiliário. 7. Indevida a devolução dos créditos expirados a EMDEC, em face de um argumento robusto que a justifique. 8. Os índices de taxa de respeito e ocupação devem estar justificados no caderno editalício. 9. Prejudica a transparência e a isonomia do certame a apresentação do Plano de Negócios completo somente na celebração do ajuste. 10. A retificação da cláusula afeta à apresentação da certidão negativa se impõe, como forma de amoldar-se ao art. 151 do Código Tributário Nacional. 11. A exigência de apresentação de certidão expedida pela Junta Comercial, para fins de atestação da qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte, extrapola os requisitos legais de habilitação. 12. Indica afronta à norma legal a aplicação do reajuste de periodicidade anual a partir da assinatura do contrato, no lugar da data-limite para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. 13. A apresentação dos documentos habilitatórios deve contemplar todas as possibilidades disciplinadas pelo art. 32 da Lei de Licitações. 14. A discriminação das despesas com seguro deve ser reavaliada por ocasião da completa apresentação dos estudos de viabilidade pormenorizados.

(...)

Pontos de enorme relevância e que, bem por isso, merecem ser enfrentados logo de início, referem-se aos aspectos econômico-financeiros questionados – em especial, à viabilidade da concessão.

Afinal, trata-se de um dos pilares do projeto – quiçá o de maior importância - uma vez que a sua perfeita formatação propicia, na ótica das licitantes, oportunidade de um negócio com potencial retorno lucrativo e, na visão da Administração, a prestação de um serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários, satisfeitas as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, nos termos exigidos pelo art. 6º da Lei de Concessões.

Sob este aspecto, mostrou-se indevida a conduta da Administração, ao declarar, no primeiro momento, que o estudo de viabilidade econômico-financeira existiria, mas que partes dele teriam sido mantidas em sigilo de forma proposital, como pretexto de preservar a isonomia e a competitividade do certame.

Aliás, a própria Origem reforçou, em certa medida, a precariedade das informações técnicas constantes do texto convocatório, ao ponderar que “a despeito de concordar com a Representante de que não há no Edital estudo específico que justifique tais índices” (afetos à taxa de ocupação do sistema), os elementos do Projeto Básico, o melhor conhecimento do município e a realização da visita técnica seriam suficientes para a coleta de tais informações.

Neste quesito, não é demais lembrar que a vistoria detém um caráter auxiliar, com uma finalidade clara: proporcionar, a partir do conhecimento das condições locais da prestação de serviços, elementos adicionais aos interessados para a confecção de uma proposta mais segura – não se prestando, portanto, a suprir lacunas do projeto básico, ao contrário do sustentado pela defesa.

Assim deliberou o Pleno, ao considerar ser “temerário conferir à visita técnica atribuição maior do que sua finalidade mais genuína, sob risco de serem apresentadas propostas estruturadas sob premissas divergentes ou até mesmo contraditórias, que poderão dificultar a proclamação da oferta mais vantajosa à Administração e vulnerar a eficiência

e economicidade do ajuste em perspectiva” (TC-10677.989.18 e outro, Pleno de 28/6/2018).

Na verdade, a falta de divulgação de um projeto básico, com estudos pormenorizados da concessão, contemplando todas as suas nuances, impede aferir a sua viabilidade econômico-financeira, ao mesmo tempo em que não fornece os subsídios necessários aos licitantes para a formulação de uma proposta segura e pertinente, antagonizando ao que prescreve o inc. IV, art. 18 da Lei de Concessões e, em certa medida, a Lei de Transparência.

Por sinal, a relevância de tais estudos - que devem ser disponibilizados de forma completa - foi recentemente destacada pelo Eminentíssimo Conselheiro Sidney Beraldo, ao apreciar objeto semelhante (Sessão do Tribunal Pleno de 20/3/2019, TC-1479.989.19 e outro) – deliberação que afasta o argumento posterior utilizado pela Administração, na direção de que no modelo proposto, com a definição prévia da Tarifa de Uso, não seria necessário um estudo econômico-financeiro de referência, desenvolvido pelo Poder Público, para a decisão empresarial pelo negócio.

Ainda quanto a este ponto, importante anotar que a Administração, ao ter acesso a tais pareceres, indicou que incluiria, na nova versão do edital, a Planilha de Fluxo de Caixa com a apresentação dos valores da Taxa Interna de Retorno (TIR), Valor Presente Líquido (VPL) e aprimoramento do detalhamento das memórias de cálculo – encartando, de antemão, documento intitulado “Demonstrativo do Resultado Econômico” às suas justificativas complementares.

Todavia, ainda assim remanesceram deficiências, já que o demonstrativo não traz o detalhamento necessário para a análise da viabilidade econômica da concessão, uma vez que deixa de discriminar os itens componentes de cada rubrica, a exemplo da receita operacional (receita tarifária, receita acessória), impostos sobre a receita (PIS, COFINS, etc.), custos operacionais (mão de obra, serviços terceirizados, encargos sociais, benefícios, seguros), despesas financeiras e o valor da outorga fixa e variável, nos termos apontados pela ATJ.

Em suma, como salientou a sua Assessoria Específica afeta ao âmbito econômico, a mera inclusão da planilha em causa não foi suficiente para demonstrar a viabilidade do projeto ou mesmo tornar claras e suficientes as informações sobre os investimentos necessários, ao longo da concessão, sendo necessária a apresentação de um estudo completo, com as respectivas memórias de cálculo que lhe deram suporte, de modo a demonstrar a sua integridade.

Em face destas deficiências, e mesmo diante do compromisso da Representada em acrescentar novos documentos, tornam-se insuscetíveis de uma avaliação mais profunda, ao menos na amplitude que se espera, alguns aspectos econômico-financeiros, por decorrência lógica dependentes de um estudo completo de viabilidade neste âmbito, a exemplo dos questionamentos condensados nas alíneas “b”, “e”, “o”, “r” e “bb” já descritas no relatório.

(...)

Diante do exposto, voto pela procedência parcial das representações, devendo a Prefeitura de Campinas, nos termos deste voto, adotar as seguintes providências:

a) Disponibilizar junto ao edital o projeto básico completo com os estudos econômico-financeiros pormenorizados da concessão;

b) Apresentar os estudos e metodologia utilizados para a fixação dos valores da outorga, aptos a demonstrarem a viabilidade de que os pagamentos se encontram em patamares factíveis para a concessão;⁶

A divulgação dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira como anexo ao edital, além de se constituir como ferramenta que auxilia os potenciais proponentes na elaboração de suas propostas (ainda que os estudos tenham apenas caráter referencial), possibilitam a realização de controle pelos licitantes, pela sociedade e pelos órgãos de controle quanto às premissas e variáveis da concessão.

No caso dos autos, constata-se que o Município de Santa Cruz das Palmeiras não inseriu dentre os anexos o EVTEF, sendo que o mesmo tampouco foi inserido como capítulo ou excerto do Anexo V – Termo de Referência.

Aliás, o Termo de Referência da Concessão (Anexo V) se trata de documento absolutamente singelo, contando com apenas 24 (vinte e quatro) páginas e de conteúdo absolutamente raso, sem qualquer explicitação das condições dos sistemas atuais, premissas e parâmetros econômicos ou detalhamento das razões relativas às metas e indicadores.

A Lei nº 11.445/07, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14.026/20, é absolutamente expressa ao destacar que se trata de “condição de validade” dos contratos de serviços públicos de saneamento básico a existência de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira dos serviços. É o que consta do Art. 11, inciso II da norma:

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;

De outra mão, tampouco poderia o Município vir a sustentar que as informações econômicas referenciadas no Plano Municipal de Saneamento Básico

⁶ TCE/SP – TC 010727.989.19, Rel. Cons. Silvia Monteiro, julgado em 30 de abril de 2019.

supririam a ausência de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira para a concessão.

Primeiro porque do teor do estabelecido no Art. 11, incisos I e II acima transcritos, se verifica claramente que os estudos não se confundem com o Plano de Saneamento, se tratando tais documentos de dois instrumentos distintos, com propósitos e papéis próprios e também distintos.

O papel e o conteúdo dos Planos de Saneamento é tratado no Art. 19 da Lei 11.445/07, que detalha o conteúdo do documento à luz de sua vocação como instrumento norteador da política pública municipal de saneamento. A norma em questão prescreve que:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

Já os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira possuem propósito distinto, devendo consistir nos estudos específicos, elaborados atendendo as diretrizes do Plano Municipal (Art. 11, inciso II da Lei de Saneamento), detalhando de forma específica as premissas da concessão consideradas pelo Poder Público no processo de modelagem, à luz da estrutura de riscos própria estabelecida para a Concessão.

Como norte orientativo definidor do conteúdo mínimo do EVTEF cabe destaque ao teor da Portaria nº 557, de 11 de novembro de 2016, do antigo Ministério das Cidades, que "institui normas de referência para a elaboração de estudos de

viabilidade técnica e econômico-financeira (EVTE) previstos no art. 11, inciso II, da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 - Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB).”

O dever de obediência do EVTEF ao teor do Plano Municipal de Saneamento consta do Art. 6º da referida norma, segundo o qual:

Art. 6º. O EVTE previsto no inciso II do caput do artigo 11 da LNSB deve atender aos planos municipais de saneamento básico, bem como se recomenda que possua o conteúdo mínimo previsto nos Capítulos seguintes desta Portaria.

§ 1º. No caso de concessões, inclusive mediante parcerias público-privadas, e de contratos de programa, recomenda-se que:

I - o EVTE explicita objetivamente os riscos inerentes a cada parte e as garantias exigidas para assegurar o cumprimento das obrigações derivadas destes riscos, incluindo os riscos naturais que se apliquem à situação;

II - sem prejuízo do disposto no inciso I, os investimentos em obras estejam sob conta e risco do contratado, hipótese na qual deve a ele se atribuir a responsabilidade pelos projetos de engenharia e a sua execução.

§ 2º. O previsto no § 1º não prejudica que os contratos de concessão, inclusive de parcerias público-privadas, e os contratos de programa prevejam aportes do Poder Público, ou investimentos com recursos fiscais próprios ou transferidos.

§ 3º. O EVTE deve demonstrar:

I - no caso de parcerias público-privadas, no que couber, o atendimento ao previsto no inciso I e suas alíneas, e nos incisos II, IV e V do caput do art. 10 da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004;

II - no caso de concessões ou de contratos de programa em que se prevejam a aplicação de recursos orçamentários, que a aplicação atende ao previsto nas leis orçamentárias e na Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Sem prejuízo, constam dos capítulos da Portaria em questão os parâmetros mínimos recomendados para os estudos em questão, os quais, tal como se verifica dos Anexos do instrumento convocatório questionado, ou mesmo das informações disponibilizadas junto ao PMSB, não foram atendidos:

Art. 10. Sem prejuízo de outros, devem estar presentes no estudo de demanda os seguintes elementos:

I - identificação da expectativa de demanda pelos serviços, referenciando-se em estudos populacionais e em horizonte de tempo do contrato a ser celebrado e em horizonte de trinta anos, discriminando dados físicos (volumes, massa de resíduos coletados, habitantes atendidos, dentre outros), em cada período em que está subdividido o contrato;

II - explicitação da metodologia utilizada, detalhando-se os procedimentos, as referências técnicas e bibliográficas, as fontes e os critérios de tratamento dos dados, os modelos e parâmetros de projeção e as análises de sensibilidade, dentre outros.

(...)

Art. 14. Sem prejuízo dos demais elementos necessários ,recomenda-se que o estudo de custos e despesas, no horizonte de tempo do contrato e de trinta anos, contemple:

I - estimativas dos principais componentes de custos operacionais e das despesas administrativas, sempre pressupondo a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço em regime de eficiência, como exigido pelo art. 29, § 1º, inciso V, da LNSB;

II - metodologia das estimativas dos custos e das despesas ,destacando as particularidades da modalidade de saneamento básico em questão (água, esgoto, resíduos sólidos ou águas pluviais);

III - para projetos de água e esgoto recomenda-se que os custos sejam discriminados em conformidade com a classificação do SINISA, sem prejuízo que sejam também adotadas outras formas de classificação;

IV - os custos tributários devem ser discriminados e devem estar de acordo com a legislação vigente.

§ 1º. Os custos administrativos devem incluir o atendimento aos usuários dos serviços, implementado em sistema eletrônico e em outras formas consideradas adequadas aos serviços.

(...)

Art. 15. Sem prejuízo dos demais elementos necessários, recomenda-se que o estudo de receitas, no horizonte de tempo do contrato e de trinta anos, contemple:

I - avaliação e quantificação das receitas emergentes da prestação dos serviços públicos, considerando-se sempre a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço em regime de eficiência, como exigido pelo art. 29, § 1º, inciso V, da LNSB;

II - previsão de receitas não emergentes da prestação dos serviços públicos, especialmente de origem orçamentária, financeira, própria ou transferida;

III - verificação da possibilidade e quantificação de receita acessória;

IV - metodologia das estimativas das receitas, destacando as particularidades da modalidade de saneamento básico em questão (água, esgoto, resíduos sólidos ou águas pluviais);

V - para projetos de água e esgoto recomenda-se que as receitas, observados os parâmetros e projeções populacionais, sejam discriminadas em conformidade com a classificação do SINISA, sem prejuízo de que sejam também adotadas outras formas de classificação.

(...)

Art. 17. Sem prejuízo dos demais elementos necessários, recomenda-se que o estudo do modelo de negócio contemple:

I - estudo de alternativas contemplando a avaliação dos diversos modelos contratuais;

II - justificativa do modelo contratual escolhido, demonstrando suas vantagens sociais, ambientais e econômicas no curto, médio e longo prazos;

III - modelo de gestão (definição da abrangência das atividades e serviços que deverão ficar a cargo do contratado);

IV - modelo jurídico do contrato;

V - simulação da matriz de risco (identificação dos riscos associados ao empreendimento, das partes que deverão suportá-los e das medidas de mitigação);

VI - indicadores de desempenho (deverão ser descritos, justificados e ter sua metodologia de cálculo estabelecida, de forma a evitar redundância ou irrelevância do indicador, e estar acompanhados pelo valor ou faixa de valores na qual se considera que o serviço esteja sendo atendido satisfatoriamente, parcialmente, ou que não esteja sendo minimamente atendido);

VII - no caso de parcerias público-privadas, a comprovação de que o incremento de despesas públicas originadas pelo contrato não ultrapassa o limite do art. 28 da Lei nº 11.079/04;

VIII - na hipótese de contrato de concessão ou de programa em que se prevejam aportes ou a aplicação de recursos orçamentários, próprios ou transferidos, a comprovação de que a contratação atende aos princípios da responsabilidade fiscal;

IX - nos contratos de concessão, inclusive de parcerias público-privadas, e de programa, sempre que houver a previsão de receitas não emergentes da prestação dos serviços, especialmente de origem orçamentária, própria ou transferida, recomenda-se a previsão de garantias para assegurar a continuidade do fluxo de caixa previsto.

(...)

Art. 18. Sem prejuízo dos demais elementos necessários, destaca-se a seguir os elementos principais recomendados para estarem presentes na avaliação financeira, juntamente com premissas e parâmetros assumidos na projeção:

I - projeção de receitas;

II - projeção de valor dos investimentos (CAPEX);

III - cronograma de investimentos;

IV - projeção dos custos e despesas;

V - amortização dos investimentos;

VI - benefícios fiscais decorrentes da depreciação contábil dos ativos;

VII - eventuais indenizações pagas ou recebidas referentes a ativos não amortizados recebidos no início da concessão ou revertidos ao poder concedente ao final da concessão;

VIII - eventuais valores pagos ao poder concedente a título de outorga ou repasses para investimentos complementares;

IX - projeção dos custos das medidas mitigadoras e compensatórias de caráter social e ambiental;

X - no caso de concessões, inclusive mediante parcerias público-privadas, e de contratos de programa:

a) custos de capital próprio e de terceiros – discriminando capital de giro e outros tipos de crédito;

b) índice de cobertura do serviço da dívida;

c) condições de financiamento;

XI - seguros (risco de engenharia, risco operacional, etc.);

XII - garantias;

XIII - tributos;

XIV - remuneração da regulação dos serviços;

XV - análise de impacto tarifário ou de outras formas de remuneração pelos serviços, quando cabível, caso sua majoração seja necessária para se viabilizar os investimentos e demais elementos do projeto;

XVI - Possibilidade de receitas acessórias;

XVII - Análise de sensibilidade (riscos de receita e aumento de custos e do investimento);

XVIII - Determinação do fluxo de caixa do projeto;

XIX - Estimativa do valor presente líquido, payback descontado e taxa interna de retorno do projeto;

XX - No caso de contratos que possuam por objeto mais de um serviço público de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e águas pluviais), a análise financeira deve ser por tipo de serviço e consolidada, abrangendo todos os serviços contratados.

Como bem se vê, as poucas informações econômicas que constaram do Plano Municipal de Saneamento Básico não se confundem com aquelas que devem, especificamente, ser detalhadas e esmiuçadas nos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira da Concessão.

Por fim, e como derradeiro argumento para evidenciar sem deixar margem para dúvidas a impossibilidade de aproveitamento das informações econômicas do Plano Municipal de Saneamento Básico em substituição ao Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira da Concessão, vale destacar a desatualização dos parâmetros do Plano Municipal de Saneamento Básico.

Com efeito, conforme se depreende do conceito de “Plano Municipal de Saneamento Básico” trazido na Seção I do edital e do teor do próprio plano divulgado

na página eletrônica da Prefeitura juntamente com o instrumento convocatório, o documento foi objeto de revisão no ano de 2019.

Ou seja, está-se diante de situação de defasagem de 3 (três) anos das informações econômicas constantes do Plano Municipal de Saneamento Básico, o que é suficiente para, por si só, jogar por terra qualquer argumentação no sentido de que seria possível – em tese – a substituição das informações técnicas do EVTEF por aquelas integrantes do PMSB.

Destarte, imperiosa a retificação do instrumento convocatório.

2.3. DA IMPRESTABILIDADE DAS INFORMAÇÕES ECONÔMICAS TRAZIDAS NO PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO – DA DEFASAGEM DE 3 (TRÊS) ANOS DOS ÚNICOS DADOS FINANCEIROS APRESENTADOS COM O EDITAL

Sem embargo do que já se destacou no tópico precedente acerca da inexistência de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira da Concessão, assim como da impossibilidade de aproveitamento de quaisquer das informações econômicas integrantes do Plano Municipal de Saneamento Básico, cabe aqui destacar que, em qualquer contexto, não existem informações econômico-financeiras minimamente atualizadas (proveitáveis) para a presente concessão.

Com efeito, no caso, ainda que se reputasse em tese possível o aproveitamento de dados, premissas e parâmetros econômico-financeiras constantes do Plano Municipal de Saneamento Básico, é certo que tal admissão seria obstada pelo simples fato de que tais parâmetros estão desatualizados há mais de 3 (três) anos.

O Plano Municipal de Saneamento Básico divulgado com o edital é datado de Agosto de 2019, sendo natural a compreensão no sentido de que os dados por ele adotados são referenciados a período anterior a este marco.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é absolutamente remansosa no tocante ao entendimento e conclusão no sentido de que os estudos e premissas econômico-financeiras devem adotar defasagem máxima de 6 (seis) meses a contar da data para apresentação das propostas. Neste sentido:

Primeiramente, é indevida a utilização de orçamento defasado em cerca de 12 (meses), sendo que nossa jurisprudência admite orçamentos com até 06 (seis) meses da data de abertura dos certames, a fim de evitar prejuízos à elaboração de propostas pelas licitantes e verificação da compatibilidade de preços com o mercado. (...) Por fim, é

procedente o inconformismo do Representante quanto à existência de serviços não previstos nas Planilhas Orçamentárias e/ou com quantidades insuficientes para execução das obras, devendo a Prefeitura corrigir as falhas apontadas como exemplo e as demais da espécie que constem dos editais, evitando-se, assim, prejuízos à elaboração das propostas e inconsistências na execução das obras.⁷

Considero ser igualmente procedente a insurgência afeta à falta de indicação da data base dos preços lançados na planilha orçamentária. Neste sentido, considerando o quanto reclamado pela representante em relação a este assunto, insinuando inclusive uma possível defasagem de preços, oportuno orientar a Administração quanto à temeridade de se lançar edital com orçamento desatualizado. O orçamento elaborado pela Administração deve servir como parâmetro eficiente e atualizado para orientar o exame da exequibilidade e da conformidade das propostas que venham a ser apresentadas com os preços correntes do mercado. **52 E a jurisprudência deste E. Tribunal há tempos firmou o entendimento de que o período entre a data base do orçamento e a publicação do aviso de edital não poderá exceder a 6 (seis) meses, sob pena de se descumprir dois requisitos essenciais da Lei 8.666/93, o do art. 6º, IX, "f", e o do art. 7º, § 2º, I e II", consoante TC-16322/026/03. Caberá à Municipalidade, portanto, ao verificar a data base dos preços anotados na planilha orçamentária, igualmente se certificar de que aqueles valores estão devidamente atualizados e compatíveis com o mercado, promovendo a revisão da planilha, caso apure eventual defasagem.**⁸

Há consenso de que a data base do orçamento de referência dos preços carece de atualização, alijando defasagem imprópria, assim entendida aquela decorrente da utilização de orçamento elaborado há mais seis meses, consoante numerosas deliberações da jurisprudência deste C. Tribunal.⁹

Conforme restou demonstrado ao longo da instrução processual, a data-base do presente feito corresponde ao mês de outubro de 2016 e não 2014, como afirmou a Representante. Desse modo, nesse particular aspecto, a Representação não merece acolhida. Não obstante, considerando o tempo transcorrido, é oportuno que se alerte à Prefeitura acerca da possível necessidade de atualização do orçamento quando do relançamento do Certame, observando, para tanto, a jurisprudência deste Tribunal.¹⁰

Agrava a situação retratada no caso o fato de que entre o longínquo ano de 2019 e a presente data o mundo passou (e ainda está a passar) pela pandemia do vírus Sars-Cov-2 (Covid 19), que inquestionavelmente se trata de evento que afetou de forma absolutamente significativa todos os aspectos da vida em sociedade.

Igualmente, ao longo de 3 (três) anos são inquestionavelmente alteradas uma série de premissas e condicionantes consideradas nas informações econômico-

⁷ 017493.989.16-4 E OUTROS. SESSÃO DE 08/02/2017. RELATOR CONSELHEIRO DIMAS EDUARDO RAMALHO: “

⁸ 015792.989.16-2. SESSÃO DE 15/02/2017. RELATOR CONSELHEIRO DIMAS EDUARDO RAMALHO:

⁹ 019670.989.16-9. SESSÃO DE 15/02/2017. RELATOR CONSELHEIRO-SUBSTITUTO JOSUÉ ROMERO:

¹⁰ 005929.989.17-6. SESSÃO DE 26/04/2017. RELATORA CONSELHEIRA CRISTIANA DE CASTRO MORAES:

financeiras integrantes do PMSB tais quais parâmetros de consumo, tecnologias existentes, bases para realização de investimentos e captação de recursos, bases de despesas de pessoal, produtos químicos e contas de consumo.

Assim, é intuitivo o reconhecimento no sentido de que a adoção como base para a presente concessão de estudos com defasagem de 3 (três) anos se trata de medida absolutamente insustentável que ou coloca em xeque a viabilidade do projeto ou abre portas para a realização de infundáveis pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual em prejuízo direto à população. O orçamento elaborado pela Administração deve servir como parâmetro eficiente e atualizado para orientar o exame da exequibilidade e da conformidade das propostas que venham a ser apresentados com os preços corrente do mercado.

De outra mão, tampouco litiga em favor da postura leniente adotada pelo Município a previsão no sentido de que as propostas deverão ser elaboradas também com a data-base de 2019 (item 15 do edital¹¹),

15. DA ESTRUTURA TARIFÁRIA A estrutura tarifária a ser praticada pela CONCESSIONÁRIA é a constante do ANEXO III – Informações Gerais para Elaboração de Proposta Comercial, cuja data-base corresponderá à data agosto/2019.

A postura da Administração corresponde a buscar corrigir um erro seu fazendo com que os licitantes incorram no mesmo erro.

Ao se estabelecer no edital que aos licitantes caberá a apresentação de propostas defasadas em 3 (três) anos, o Município de Santa Cruz das Palmeiras acabou por atrair para si todo o risco (ônus) das variações econômico-financeiras havidos ao longo dos últimos 3 (três) anos, aqui incluindo o cenário da pandemia, resultando em impacto direto e descabido na tarifa a ser praticada.

De outra mão, e justamente pela absurda defasagem de 3 (três) anos dos estudos, a Cláusula 20.1.2¹² do Contrato estabeleceu que já antes do início da operação dos serviços haverá um reajuste buscando recompor estes 3 (três) anos de defasagem

¹¹ 15. DA ESTRUTURA TARIFÁRIA A estrutura tarifária a ser praticada pela CONCESSIONÁRIA é a constante do ANEXO III – Informações Gerais para Elaboração de Proposta Comercial, cuja data-base corresponderá à data agosto/2019.

¹² 20.1.2. Para aplicação do primeiro reajuste, que será na data de assinatura do CONTRATO, considerará-se como data-base agosto/2019, por meio da aplicação da seguinte fórmula paramétrica: [...]

dos parâmetros considerados pelo Município. Ou seja, quem “pagará a conta” da não-realização dos estudos devidos para a concessão será a população do Município.

Desta forma, considerando que inexistem quaisquer dados econômico-financeiros subsidiando a presente licitação que tenha sido considerado após agosto de 2019, resta mais do que evidente a necessidade retificação do presente certame.

2.4. DA INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A LIMITAÇÃO RELATIVA À QUANTIDADE DE CONSORCIADAS

Com uma análise do edital divulgado foi possível identificar ainda a existência outras ilegalidades que também merecem correção.

Dentre as ilegalidades a serem destacadas é importante fazer menção à imposição de ilegal limitação à quantidade de consorciadas, ante a complexidade do objeto licitado. Veja-se o que estabelece o item 8.1 do edital do qual decorre imposição no sentido de que em caso de participação de consórcios no certame, sejam tais consórcios constituídos por no máximo 3 (três) empresas:

8.1. Poderão participar da LICITAÇÃO, empresas brasileiras ou estrangeiras devidamente autorizadas a funcionar no país, nos termos dos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil e do artigo 28, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/1993, isoladas ou **reunidas em CONSÓRCIO de até 3 (três) empresas**, que satisfaçam plenamente todos os termos e condições deste EDITAL e a legislação pertinente.

De proêmio, cabe esclarecer que este impugnante não desconhece o entendimento já há tempos manifestado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no sentido de que a admissão ou não da participação de consórcios na disputa se insere, via de regra, na esfera discricionária do administrador.

Tal máxima, contudo, não é adotada de forma indiscriminada, sendo certo o próprio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo adota posição no sentido de que a despeito de a determinação de limitação ou não ao número de consorciadas se inserir na esfera do juízo discricionário do Administrador, a limitação, de acordo com o caso concreto, pode se afigurar ilegítima e, portanto, indevidamente restritiva.

É o que se se infere de precedentes proferidos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no qual se assentou entendimento no sentido de que, de acordo com a análise do caso concreto, a admissão da participação de consorciadas em consórcios constituídos por mais empresas implica na obtenção de uma maior quantidade de propostas e, conseqüentemente, em melhores preços. Nesse sentido:

“(…)

ATJ, sob o ponto de vista de Economia, apontou as seguintes imperfeições (fls.2314/2318):

(…)

Limitação injustificada de, no máximo, três componentes para formação de consórcio, obstando maior competitividade e impedindo que empresas menores participassem da contenda.

(…)

VOTO

(…)

Na mesma linha, **não encontro razões para que a Companhia tenha restringido ao número máximo de três a composição de pool de empresas para concorrer ao objeto.**

Reconheço a discricionariedade de que dispõe a Administração neste terreno, de resto bem reconhecida pela jurisprudência desta Corte. Não erijo esse ponto como irregularidade individualizada que integra as razões de decidir. Porém, o que se expõe auxilia a construção do raciocínio que conduz à conclusão desfavorável.

Retomando, não se sustenta, portanto, a assertiva de que se determinou a quantidade de três empresas porque a atuação da SABESP está seccionada em três grupos distintos, posto que, se assim fosse, a Companhia poderia recorrer a um tipo de certame específico para cada frente de atuação.

(…)

Por tal vertente, a maior quantidade de empresas consorciadas possibilitaria mais oferta de serviços e, provavelmente, melhores preços.

No mesmo sentido, a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União também já se manifestou:

CONSÓRCIO – LIMITAÇÃO DO NÚMERO MÁXIMO DE EMPRESAS INTEGRANTES – JUSTIFICATIVA PRÉVIA – NECESSIDADE – TCU. Trata-se de Representação que alega possíveis irregularidades em edital de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção rodoviária. A representante noticiou suposta restrição ao caráter competitivo do certame, consistente na limitação, sem justificativa, do número de empresas participantes dos consórcios, em afronta ao entendimento exarado pela Corte de Contas federal no Acórdão nº 718/2011, TCU – Plenário. Ao iniciar a análise da questão, o relator esclareceu que, “no que diz respeito à limitação do número de empresas a integrarem consórcios, de fato, este Tribunal tem entendimento no sentido de que, uma vez admitida a participação de consórcios em processo licitatório, a limitação a um número máximo de empresas integrantes deve ser justificada”. Com base nesse entendimento, o julgador considerou que a manifestação do **pregoeiro em julgamento de impugnação feita administrativamente não atendeu a essa necessidade, uma vez que da justificativa apresentada “não se verificam os motivos que levaram à limitação ao número máximo de duas empresas na formação dos consórcios. Tem-se, apenas, o fundamento para possibilitar a participação de consórcios”. Diante disso, concluiu que a entidade “incorreu em irregularidade ao não motivar, previamente ao lançamento do Pregão Eletrônico 0049/17-22, as razões que a levaram a estabelecer a mencionada cláusula de caráter restritivo”. Não obstante, o relator observou que não foi comprovado prejuízo à**

competitividade ou à obtenção da proposta mais vantajosa, reputando suficiente dar ciência à jurisdicionada, no sentido de que **“no caso de limitação ao número máximo de empresas integrantes de consórcio, a ausência de motivação prévia e consistente constitui afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99”, manifestação acatada pelo Plenário.**¹³

Aliás, os artigos 3º, § 1º da Lei 8.666/93 trata de vedar a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias resultem em limitação à competição.

A razão da existência desses dispositivos é clara: prestígio ao interesse público, na medida em que com a “disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração”.¹⁴

Também nossos Tribunais Judiciais já tiveram a oportunidade de analisar situações análogas, conforme se pode verificar do excerto abaixo:

“É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações”¹⁵

O Tribunal de Contas da União também vai nesta mesma linha:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Representação contra concorrência 18/SRGR/SBKP/2003, patrocinada pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - Infraero, por meio de sua Superintendência Regional do Sudeste, com sede em Guarulhos/SP,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos artigos 1º, inciso II, da Lei 8.443/92, art. 237, VII, do Regimento Interno, e art. 113, § 1º da Lei 8.666/93, em:

(...)

9.2. determinar à Infraero que, a fim de conferir a máxima competição às licitações, admita a participação de consórcios sempre que a amplitude do objeto ou a diversidade de

¹³ TCU, Acórdão nº 745/2017 – Plenário). (TCU, Acórdão nº 745/2017 – Plenário

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed., Dialética, p. 69.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça - STJ, RESP 474781; Processo: 200201479471; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 08/04/2003 – in DJ 12/05/2003

elementos que compõem o objeto evidenciem a dificuldade de o objeto ser implementado por uma única empresa;¹⁶

A doutrina brasileira também converge para o entendimento de que, não obstante haja, por parte da Administração, o exercício de competência discricionária para a admissão ou não de consórcios em licitações, esta análise deve ser pautada por critérios de razoabilidade, de forma a impedir a excessiva limitação do número de licitantes em condições de participar da licitação.

Neste sentido os ensinamentos de Adilson Abreu Dallari, para quem:

Mas não são apenas problemas de ordem econômica que ensejam a constituição de consórcios. É muito freqüente que a elevada complexidade técnica de certas obras públicas requeiram a conjugação de esforços de empresas especializadas em determinados setores ou partes do empreendimento. A comprovação da aptidão técnica para realizar obras de maior vulto e de maior complexidade técnica depende, muitas vezes, do somatório do acervo técnico de empresas que para isso se consorciam¹⁷.

Marcelo Palavéri, em obra que aborda com aprofundamento irretocável a jurisprudência recente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre uma série de temas relevantes relacionados a licitação, assim se posiciona:

A permissão para que os interessados licitem o objeto em consórcio no mais das vezes está relacionada ao que se disputa, sendo admitida quando a Administração pretende ampliar a competitividade, quase sempre quando se vê diante de objetos complexos, envolvendo uma pluralidade de atividades (...)¹⁸

Ora, no caso dos autos está-se a falar de licitação de natureza complexa envolvendo o fornecimento de uma série de equipamentos e sistemas e realização de uma série de obras de natureza sobremaneira complexa.

E ainda que assim não fosse, é certo que somente se admitiria o advento de qualquer limitação não expressamente prevista em lei caso a mesma fosse devidamente justificada, o que, ao que consta do edital, não é o caso.

¹⁶ TCU. Processo nº TC-020.391/2003-3. Acórdão nº 310/2004 – Plenário, Min. Relator: Walton Alencar Rodrigues, publicada no DOU de 07/04/2004.

¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu/ Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Saraiva, 7ª Edição, pgs. 11 e 12.

¹⁸ PALAVÉRI, Marcelo, Licitações Públicas – Comentários e Notas às Súmulas e à Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Editora Fórum, pgs. 669/670

Em outras palavras, da análise dos documentos disponibilizados aos interessados se conclui que a administração pública NÃO MOTIVOU a restrição estabelecida no edital, violando, neste cenário, o princípio da ampla competição.

Assim, fica claro que o único propósito da limitação em questão em relação a um certame do porte do presente seria alijar da disputa empresas de menor porte que poderiam, entre si, se consorciar e executar com perfeição o objeto licitado.

Diante do exposto, tem-se que, especificamente no caso dos autos, a vedação à participação de consórcios na licitação ora analisada, por se afigurar indevida e excessivamente restritiva ao universo de licitantes, devendo ser retificada.

2.5. DA INDEVIDA RESTRIÇÃO AO UNIVERSO DE LICITANTES PELA AMPLIAÇÃO DA ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR E DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR – VIOLAÇÃO À SÚMULA 51 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Na hipótese dos autos, conferiu-se às sanções de impedimento de licitar e contratar e suspensão temporária do direito de licitar indevida abrangência nacional, o que vai de encontro ao entendimento sobre a matéria do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Com efeito, o edital de licitação contempla previsão de restrição à participação na licitação de empresa que tenha sofrido sanção de impedimento de licitar e contratar ou de suspensão temporária de participação de licitação aplicada pela “**administração pública**”. É o que se constata do teor de seu item 8.2.ii:

8.2. Não será admitida a participação nesta CONCORRÊNCIA de pessoas jurídicas, isoladamente ou em CONSÓRCIO que:

[...]

(ii) Estejam cumprindo pena de suspensão temporária do direito de participar de licitações ou **impedidas de contratar com a Administração Pública**, nos termos da Súmula n.º 51, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

Ocorre que, trazendo o disposto nos artigos 87, III e IV da Lei nº 8.666/93, dos quais decorrem as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade, tem-se que:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração**, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Da leitura dos dispositivos legais em referência se depreende que no inciso III do artigo 87 se estabeleceu que a sanção de **suspensão temporária de participação em licitação** abrangeria a “Administração”, enquanto na hipótese do inciso IV do mesmo dispositivo legal a sanção de **declaração de inidoneidade** seria aplicável no âmbito da “Administração Pública”.

A própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por seu turno, traz em seu bojo, mais especificamente no artigo 6º, incisos XI e XII, a definição e a diferenciação do que se deve entender por “**Administração**” e o que se deve entender por “**Administração Pública**”. Vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XI - **Administração Pública** - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII – **Administração** - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

A análise conjunta dos artigos 87 e 6º, ambos da Lei nº 8.666/93, extermina qualquer dúvida que se possa cogitar quanto a extensão da sanção de suspensão temporária de participação em licitação, na medida em que por

administração se deve entender “o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Por sua vez, no que toca à sanção de impedimento de licitar e contratar, também referido no item 8.2 (iii) do edital, destaca-se o que prescreve o Art. 7º da Lei nº 10.520/02:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Uma leitura atenta do dispositivo legal acima destacado, especialmente no que se refere à conjunção “ou” quando se tratou da abrangência da sanção, revela que **a mesma é restrita ao ente que aplicou a sanção.**

Ou seja, a sua extensão para as hipóteses de aplicação por qualquer ente da “Administração Pública” implica em indevido alargamento da sanção.

E não foi por outra razão que esta o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a Súmula 51, visando justamente impedir a prática de restrição indevida à competição por parte dos administradores mediante alargamento indevido da abrangência das sanções em relação aos limites legalmente traçados. Veja-se:

SÚMULA Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

E no caso dos autos, basta um passar de olhos pela redação do item 8.2 (iii) do instrumento convocatório para se verificar que o Município de Santa Cruz das Palmeiras restringiu indevidamente o universo de licitantes ao contradizer o teor da Súmula 51.

Cumprido ressaltar que, em que pese o próprio item ter referenciado a Súmula 51, o seu teor se contradiz com o teor do verbete sumula. A partir da redação,

evidencia-se contradição justamente pela consideração da sanção a quem tenha sido apenado por qualquer órgãos da “administração pública”.

Neste caso, a falta de clareza e a presença de obscuridades no item são capazes de afastar os licitantes de boa-fé, resultando na conclusão pela indevida imposição de restrição de participação no certame.

2.6. DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO (REGULARIDADE FISCAL) DESVINCULADA DO OBJETO LICITADO

O instrumento convocatório questionado contempla ainda restrição consistente na inclusão de condições de habilitação que não guardam qualquer relação com o objeto licitado, o que, conforme se evidenciará adiante, tem ensejado a adoção de reiteradas reprimendas dos tribunais pátrios.

De acordo com o item 8.3.1.2 do edital, caberia às proponentes para fins comprovar a sua inscrição no Cadastro Estadual de Contribuintes. Veja-se:

12.3.2. Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual e municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do LICITANTE, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

Ademais, segundo o item 8.3.1.3 do edital, caberá a todos os proponentes comprovar a sua regularidade, de forma indistinta, também perante a Fazenda Estadual. *Verbis*:

12.3.3.2. A prova de regularidade para com a Fazenda Estadual do domicílio ou sede da LICITANTE, se estiver inscrita, ou outra equivalente, na forma da lei;

Por sua vez, o objeto ora licitado tem por atividade-fim a execução dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município, a qual, não há como se questionar, é naturalmente sujeita – ainda que em tese – ao recolhimento de tributos de ordem municipal.

Aliás, o E. Supremo Tribunal Federal possui entendimento reiterado no sentido de ser descabida – inconstitucional - a incidência de ICMS sobre os serviços de fornecimento de água potável (RE 607.056).

Contudo, ocorre que se inseriu dentre as exigências de habilitação a necessidade de comprovação de regularidade indistintamente perante o fisco estadual – aqui englobando a exigência de prova de regularidade em relação ao ICMS. Ou seja, **exigiu-se a comprovação de regularidade fiscal completamente desvinculada da natureza do objeto licitado.**

E a exigência para fins de habilitação da comprovação de regularidade em relação a tributo que não guarda qualquer relação com o objeto licitado vai claramente de encontro ao entendimento pacificado na melhor doutrina pátria, aqui representada pelas lições de Marçal Justen Filho, para quem:

a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da 'fazenda' (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.¹⁹

Prossegue ainda o jurista:

Não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia da CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado.²⁰

Não discrepa deste o entendimento dos Tribunais de Contas, aqui sendo trazido em referência as conclusões unívocas quanto ao tema proferidas em julgados pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Para PFE (Evento 42), procedentes os apontamentos relativos à vedação de empresas em recuperação judicial e à exigência de regularidade fiscal perante o ICMS. Já Chefia de ATJ (Evento 38), Ministério Público de Contas (Evento 47) e SDG (evento 51) sugerem a procedência integral das impugnações.

19 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 403.
20 Idem.

Este o relatório.

VOTO

Preliminarmente, submeto para referendo deste E. Plenário as medidas por mim adotadas para determinar a suspensão do certame.

As impugnações são procedentes.

Em desconpasso com a Lei exigência de prova de regularidade com a Fazenda Estadual relativa ao ICM/ICMS (item 15.1.2). Referidos tributos não guardam relação com o objeto licitado (obras civis), de modo que eventual inadimplência a eles relacionada não deve ser obstáculo para o ingresso de empresas ao torneio.²¹

2.4. De igual forma, a comprovação de regularidade fiscal em tributos imobiliários impõe restrição indevida à ampla participação de interessados, não se harmonizando com o estabelecido no art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93, eis que a exigência não guarda relação com o objeto licitado, a exemplo do decidido nos processos TC-3049.989.13-04, TC-2835.989.13-85, TC-1582.989.14-16 e TC-2293.989.15-87, este último nos seguintes termos:

“No mérito, recorro que o entendimento relativo à comprovação da regularidade fiscal ganhou novos contornos, a partir do julgado contido nos autos do TC-32300/026/08 (sessão de 24/9/2008, sob relatoria do eminente Conselheiro Renato Martins Costa), na direção de que tal demonstração deve restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual – juízo que, à evidência, desaprova a exigência de tributos imobiliários (cláusula 7.3.2.3), como já destacado por ocasião da liminar que recebera a matéria nesta via processual”.²²

Ementa. Exame prévio de edital. Tomada de Preços. Prestação de serviços de vídeo monitoramento eletrônico de vias e estabelecimentos públicos. Exigências referentes à visita técnica e à comprovação da capacidade operacional fixadas regularmente. Comprovação da regularidade fiscal deve guardar relação com o objeto licitado. Quantidades e serviços para comprovação da capacidade técnica devem ser estipulados de forma clara. Estabelecimento indevido de prazo máximo para o recolhimento da garantia de participação. Procedência parcial. Correções determinadas.²³

3. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que eventualmente afrontem a legalidade e/ou impeçam a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, evitando sobrevida de eventual elemento prejudicial à competitividade.

Há muito, nesta Corte, está pacificado o entendimento de que a exigência de regularidade fiscal em relação a tributo que não guarda relação com o objeto licitado não se harmoniza com o artigo 29, II e III, da Lei nº 8.666/93.

21 TCE/SP – TC 009841.989.16-3, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, julgado em 27/07/2016.

22 TCE/SP – TC 010940.989.16-3, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 06/07/2016.

23 TC 00002598.989.13-5, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 11/12/2013.

Na hipótese em exame, a exigência de regularidade fiscal com a Fazenda do Estado, relativamente ao ICMS, não é compatível com o objeto licitado, que cuida do fornecimento de cartões magnéticos e/ou eletrônicos de alimentação, que não constitui fato gerador daquele tributo.²⁴

Destarte, é justamente pela ausência de correlação entre o objeto licitado e a exigência de habilitação formulada que se impõe a necessidade de retificação do certame.

2.7. DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO ACOMPANHADO DO RESPECTIVO CERTIFICADO DE ACERVO TÉCNICO (CAT) – VIOLAÇÃO À SÚMULA 23 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

A cláusula 12.2.1. (i) ao tratar a da qualificação técnica exige que seja apresentado atestado ou certidão emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, **acompanhada de Certificado de Acervo Técnico** expedido pelo CREA, comprovando a execução de obras e serviços de engenharia que profissional habilitado pelo licitante tenha executado. Vejamos:

12.2.1. Comprovação de possuir no seu quadro permanente, na data de apresentação da PROPOSTA, profissional(ais) de nível superior detentor(es) de:

(i) Atestado(s) ou certidão(ões) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, **acompanhado(s) do(s) respectivo(s)** Certificado(s) de Acervo Técnico, expedido(s) pelo(s) CREA(s) da(s) região(ões) em que a(s) obra(s) e serviço(s) tenha(m) sido realizado(s), que comprove(m) que o profissional executou ou participou da execução de obras e de serviços de engenharia, equivalentes ou semelhantes ao objeto desta LICITAÇÃO, consistentes em:

Ocorre que, a referida previsão restringe à ampla competitividade da Licitação, ao fazer exigência superior à disposta pela Súmula 23 do Egrégio Tribunal de Contas de São Paulo cujo teor é o seguinte:

SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a

24 TC 000998.989.14-9, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 25/02/2014.

apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

Da leitura do enunciado acima disposto se depreende que a comprovação da Qualificação Técnica Profissional se dá mediante a apresentação **apenas** da CAT (Certidão de Acervo Técnico), sendo, por conseguinte, vedada a exigência de documentação adicional.

A referida argumentação encontra respaldo em inúmeros precedentes do Tribunal de Contas do Estado:

A falha do dispositivo reside, em verdade, na **exigência cumulativa de “atestado(s) de responsabilidade técnica” e “certidão de acervo técnico (CAT)”**, posto que, de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte, referidos documentos consistem em modos alternativos para a demonstração da referida capacidade, conforme se extrai do seguinte excerto de interesse, de decisão proferida pelo Eminentíssimo Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, nos autos do TC-3222.989.15-4, sessão de 24/6/2015 do Tribunal Pleno:

De fato, para fins de comprovação da experiência do profissional, **mostra-se indevida a exigência cumulada dos atestados de responsabilidade técnica junto com as Certidões de Acervo Técnico**, segundo a inteligência que se faz do disposto no Enunciado Sumular 23 deste Tribunal. Sob esta ótica, caberá a exigência apenas da CAT ou, caso queira se valer de outro meio em caráter alternativo, aceite, por exemplo, somente atestados de responsabilidade técnica para estes fins, já que o inc. I, § 1º, art. 30 da Lei nº 8.666/93 expressamente os prevê em seu texto. Nesta direção, cito excerto do r. voto proferido pelo Eminentíssimo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, acolhido pelo Tribunal Pleno em nossa última reunião (Sessão de 17/6/2015), nos autos do processo 2037.989.15:

“As disposições dos subitens “3.1.2.3” e “3.1.2.4”, que requisitam atestado(s) de responsabilidade técnica acompanhados de Certidão de Acervo Técnico (CAT) para a comprovação da qualificação técnico-profissional deve ser compatibilizadas com a pacífica jurisprudência desta Corte, pois descabida a exigência cumulativa verificada. A Administração poderá exigir isoladamente a apresentação da CAT, nos termos da súmula 23 desta Corte, ou, se entender conveniente, lançar mão das alternativas que já contaram com a aceitação deste E. Plenário, consoante os precedentes citados no parecer do d. MPC e na manifestação da SDG.”.g.n.²⁵

Com efeito, a exigência do atestado **cumulado** à CAT implica em indevido alargamento de documentos necessários para a qualificação, restringindo a competitividade da licitação sem qualquer justificativa razoável para tanto.

²⁵ Plenário, Sessão 11/09/2019. TC-016508.989.19-1. Conselheiro Substituto Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

2.8. DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA DESVINCULADA DO OBJETO LICITADO

O artigo 30, inciso II, c.c. §3º da Lei 8.666/1993, ao tratar da capacidade técnica dispõe que os requisitos para qualificação devem ser especificamente atrelados ao objeto da contratação, de maneira a atender plenamente a necessidade da Administração. Vejamos:

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

(...)

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

(...)

§ 3º - Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

O caso presente se trata da concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos. Trata-se este, possivelmente, do processo de maior importância em termos técnicos, econômicos e sociais já deflagrado pelo Município de Santa Cruz das Palmeiras.

Com efeito, o resultado do certame impactará diretamente na qualidade de vida de toda a população municipal pelos próximos 35 (trinta e cinco) anos.

Pois bem, ocorre que, em contraponto à relevância inequívoca do processo, é certo que o Município de Santa Cruz das Palmeiras, no caso presente, **admitiu a participação no certame e a habilitação de proponente que não tenha, em sua história, operado nem ao menos por um único dia nos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário**. Explicando:

O item 12.2.4.ii estabelece os contornos da exigência de qualificação técnica operacional, estabelecendo que será habilitada para a disputa empresa que tenha participado da execução de obras relativas a atividades de saneamento. Assim estabelece a cláusula questionada:

12.2.4 Documentação, em nome da empresa LICITANTE, atestando o que segue:

(ii) Atestado(s) ou certidão(ões) emitido(s) pela contratante em nome da LICITANTE, seja ela pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) que a empresa executou ou **participou de execução de obras** e serviços de engenharia, com as características e quantitativos abaixo:

No caso, não há como se questionar, o núcleo da concessão não está compreendido na execução de obras, ainda que tais obras sejam afetas a sistemas de saneamento. O que busca o Município é conceder a operação dos serviços pelo alargado prazo de 35 (trinta e cinco) anos.

Assim, ainda que a execução de obras esteja contemplada no escopo da concessão, e isso não é negado, é certo que a qualificação técnica operacional deve ser, inquestionavelmente, comprovada mediante a apresentação de atestados comprobatórios da execução de serviços na área de saneamento.

Tampouco litiga em favor do Município a interpretação da Cláusula no sentido de que se fez referência a atestados de “obras e serviços de engenharia”. Se o foco do atestado a ser apresentado fosse, de fato, os serviços na área de abastecimento e esgotamento, não deveria constar da cláusula a referência à “execução de obras”.

Seja então pela admissão à participação na disputa de proponente que nunca tenha operado sistemas de saneamento, seja pela falta de clareza da Cláusula questionada, quando faz referência à “execução do obras”, é certo que a retificação do item questionado é medida que se impõe.

2.9. DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE CÓPIA DA CARTEIRA DE TRABALHO ACOMPANHADA A RESPECTIVA FICHA DE REGISTRO DO EMPREGADO (FRE) – VIOLAÇÃO À SÚMULA 25 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Súmula 25 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabelece que, “a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado **OU** contrato de trabalho, sendo

possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.” (negrito nosso)

Ocorre que, no caso em tela, ao invés de respeitar a jurisprudência do Tribunal de Contas admitindo a comprovação do vínculo com o responsável técnico por meio da apresentação de quaisquer dos documentos referenciados impôs obrigação de apresentação da FRE juntamente com a cópia da Carteira de Trabalho. Veja-se a redação do item 12.2.3 do edital que materializa a ilegalidade:

12.2.3.O vínculo do profissional com a LICITANTE poderá ser comprovado mediante apresentação da cópia da **Carteira de Trabalho (CTPS), acompanhada da cópia da respectiva Ficha Registro de Empregado (FRE)**, ou por meio da apresentação do Contrato de Prestação de Serviços. Quando se tratar de dirigente de empresa, tal comprovação poderá ser feita por meio da cópia da Ata da Assembleia, referente à sua investidura no cargo ou, no caso de sócio, mediante apresentação do respectivo Contrato ou Estatuto Social.

Com efeito, a exigência Carteira de Trabalho (CTPS) **acompanhada da cópia da respectiva Ficha Registro de Empregado (FRE)** implica em indevido alargamento de documentos necessários para a qualificação, restringindo a competitividade da licitação sem qualquer justificativa razoável para tanto, em violação direta ao teor da Súmula 25 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

3. CONCLUSÕES E PEDIDO

A presente impugnação se dedicou à demonstração da existência de graves ilegalidades no instrumento convocatório, as quais vão desde a realização de audiência pública com restrição a participação de munícipes e a ausência de lei autorizativa para a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário até o estabelecimento de cláusulas editalícias com restrição ao universo de licitantes e extrapolação dos limites legais.

Desta sorte, se requer o acolhimento dos termos do presente reclamo e o reconhecimento da existência das máculas apontadas com a subsequente retificação do procedimento licitatório em sua fase interna e a retificação posterior das cláusulas editalícias eivadas por vícios de legalidade, havendo somente então a republicação do

edital e a devolução da íntegra dos prazos para elaboração das propostas nos termos do Art. 21, §4º da Lei nº 8.666/93.

Termos em que,

p. deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2021

GABRIEL RINALDI DOS DANTOS

OAB/SP nº 441.540

RG 43.984.003-X

Documento Principal

Verso - 17/08/2020





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DE SÃO PAULO
IDENTIDADE DE ADVOGADO

NOME
GABRIEL RINALDI DOS SANTOS

FILIAÇÃO
MARFISA CONCEIÇÃO DOS SANTOS

NATURALIDADE
SÃO PAULO - SP

DATA DE NASCIMENTO
15/12/1985

INSCRIÇÃO
441540

RG
43984003x - SSPSP

CPF
348.966.618-69

EXPEDIDO EM
17/08/2020



CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS
PRESIDENTE





JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
CERTIDÃO

Certifico que, de acordo com os assentamentos do Cadastro Eleitoral e com o que dispõe a Res.-TSE nº 21.823/2004, o(a) eleitor(a) abaixo qualificado(a) está QUITO com a Justiça Eleitoral na presente data .

Eleitor(a): **GABRIEL RINALDI DOS SANTOS**

Inscrição: **3398 6945 0132**

Zona: 251 Seção: 0102

Município: 71072 - SAO PAULO

UF: SP

Data de nascimento: 15/12/1985

Domicílio desde: 13/06/2005

Filiação: - MARFISA CONCEICAO DOS SANTOS
- NÃO CONSTA

Ocupação declarada pelo(a) eleitor(a): ADVOGADO

Certidão emitida às 14:35 em 16/03/2022

Res.-TSE nº 21.823/2004:

O conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.

A plenitude do gozo de direitos políticos decorre da inoccorrência de perda de nacionalidade; cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado; interdição por incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; condenação por improbidade administrativa; conscrição; e opção, em Portugal, pelo estatuto da igualdade.



Esta **certidão de quitação eleitoral** é expedida gratuitamente.
Sua autenticidade poderá ser confirmada na página do Tribunal Superior Eleitoral na Internet, no endereço: <http://www.tse.jus.br> ou pelo aplicativo e-Título, por meio do código:

A4NK.5MXY.CARI.Q4RJ