

CORPO DELIBERATIVO

Presidente _____ Conselheiro Iran Coelho das Neves
Vice-Presidente _____ Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt
Corregedor-Geral _____ Conselheiro Ronaldo Chadid
Ouvidor _____ Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo
Diretor da Escola Superior de Controle Externo _____ Conselheiro Waldir Neves Barbosa
Conselheiro _____ Jerson Domingos
Conselheiro _____ Marcio Campos Monteiro

1ª CÂMARA

Presidente _____ Conselheiro Marcio Campos Monteiro
Conselheiro _____ Waldir Neves Barbosa
Conselheiro _____ Flávio Esgaib Kayatt

2ª CÂMARA

Presidente _____ Conselheiro Jerson Domingos
Conselheiro _____ Ronaldo Chadid
Conselheiro _____ Osmar Domingues Jeronymo

AUDITORIA

Coordenador da Auditoria _____ Auditora Patrícia Sarmiento dos Santos
Subcoordenador da Auditoria _____ Auditor Célio Lima de Oliveira
Auditor _____ Leandro Lobo Ribeiro Pimentel

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Procurador-Geral de Contas _____ João Antônio de Oliveira Martins Júnior
Procurador-Geral-Adjunto de Contas _____ José Aêdo Camilo

SUMÁRIO

ATOS DE CONTROLE EXTERNO 2

LEGISLAÇÃO

Lei Orgânica do TCE-MS..... [Lei Complementar nº 160, de 2 de Janeiro de 2012](#)
Regimento Interno..... [Resolução nº 98/2018](#)



ATOS DE CONTROLE EXTERNO

Juízo Singular

Conselheiro Waldir Neves

Decisão Liminar

DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 100/2020

PROCESSO TC/MS: TC/9657/2020

PROCOLO: 2054167

ÓRGÃO: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA

JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A): WALTER BENEDITO CARNEIRO JUNIOR

TIPO DE PROCESSO: DENÚNCIA

RELATOR: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

DENÚNCIA – CONCORRÊNCIA PPP – RESPOSTA DO JURISDICIONADO À INTIMAÇÃO – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.

Vistos, etc.

BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado qualificada nos autos, formulou Denúncia em face da **Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL**, tendo como objeto o Processo Licitatório na modalidade Concorrência SANESUL nº 01/2020 - PPP.

O expediente foi recebido como Denúncia pela Presidência deste Tribunal, por meio do Despacho DSP – GAB.PRES. – 26193/2020.

Ao receber os autos neste gabinete, foi proferido o Despacho DSP –G.WNB-26240/2020, determinando a intimação dos responsáveis para no prazo de 5 dias manifestarem-se sobre as alegações constante da denúncia. Após a resposta dos responsáveis, os autos retornaram para decisão.

É o relatório, decide-se.

Esclarece-se inicialmente que, segundo informações da SANESUL houve o aditamento do prazo para abertura das propostas, sendo remarcado para o dia 19 de outubro de 2020.

A presente licitação a ser realizada na modalidade Concorrência, tem como objeto a seleção da Proposta Comercial mais vantajosa, com vistas à contratação da Concessão Administrativa para a prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, bem como a exploração de Receitas Extraordinárias, na Área da Concessão Administrativa, em caráter de exclusividade, compreendendo a realização dos investimentos necessários à ampliação, operação e manutenção dos Sistemas de Esgotamento Sanitário.

Relata a Denunciante, a necessidade de suspensão da realização do procedimento licitatório com a concessão de medida cautelar, diante da possibilidade de haver prejuízo ao erário caso a licitação permaneça nos termos constantes do Edital, considerando a vigência da nova Lei nº 14.026/2020, que alterou a Lei nº 11.445/2007.

Traz como principal irregularidade, o fato de que edição da Lei nº 14.026/2020, que estatuiu Novo Marco Legal do Saneamento Básico, proibiu a celebração e renovação dos contratos de programas, afetando diretamente o cronograma original da Licitação, pois a maioria dos 68 Municípios onde os serviços serão executados têm prazo de vigência expirando no curso da PPP.

Além disso, apresentou os seguintes questionamentos:

- a) Inviabilidade do Projeto – necessidade de revisão das premissas jurídicas, técnicas e econômico-financeiras pelo agravamento das fragilidades com o advento do Novo Marco;
- b) Evidências de inviabilidade do projeto, pois os Municípios de Aparecida do Taboado e Coxim não possuem contrato de programa formalizado autorizando a prestação do serviço de saneamento básico;
- c) Vício de motivação, haja vista que os estudos técnicos realizados não consideraram os contratos que irão se findar no curso da PPP;



- d) Ausência de parâmetros objetivos para a elaboração de propostas, considerando que o edital não reflete o alto risco de encerramento antecipado dos contratos de programa;
- e) Subdelegação em percentual acima dos 25% previsto no art. 11-A da Lei nº 11.445/2007;
- f) Gestão pela SANESUL em desacordo com o art. 24, § 4º, da Lei nº 11.445/2007;
- g) Ausência de estruturação do projeto sob a forma de prestações regionalizadas;
- h) Alteração do edital sem a republicação, conforme preceitua o art. 21, § 4º, da Lei nº 8666/1993;
- i) Exigência cumulativa de índices/patrimônio líquido na licitação e garantia do contrato;
- j) Ausência de disponibilização das minutas de contrato com o agente depositário;
- k) Exigência da implantação de Central de Atendimento aos Usuários;
- l) Ausência de previsão da Taxa de Regulação no Contrato de PPP;

A SANESUL em sua resposta traz conceitos doutrinários sobre a natureza jurídica das Parcerias Público Privadas PPP, inclusive apresenta a legislação que regulamenta o assunto, haja vista que a licitação versa sobre a contratação de PPP.

Com relação ao principal questionamento feito pela Denunciante, acerca da proibição da celebração e renovação dos contratos de programas, afetando diretamente o cronograma original da Licitação, pois a maioria dos 68 Municípios onde os serviços serão executados têm prazo de vigência expirando no curso da PPP, a SANESUL destacou na resposta:

“De qualquer forma, tudo o quanto acima demonstrado não significa, por óbvio, ignorar a possibilidade fática de que um ou mais municípios poderão, no âmbito da sua discricionariedade, decidir por não prorrogar o vínculo jurídico com a SANESUL nem celebrar outro tipo de contrato com dispensa de licitação.

Também não significa ignorar que a SANESUL, mesmo tendo vantagens competitivas saudáveis e que lhe colocarão em posição de destaque em eventuais licitações que venham a ser lançadas por esses municípios no futuro, ainda assim possa vir a perder alguma licitação e efetivamente vir a deixar de atuar, ao fim e ao cabo, em determinado município atualmente por ela atendido.

Em razão disso, e como reconhece a própria denunciante, a matriz de riscos do contrato da PPP Administrativa determina que, nessa hipótese eventual e futura, caso esse risco se materialize e um ou mais municípios deixem de ser atendidos pela SANESUL, o contrato de PPP Administrativa estará sujeito a uma revisão extraordinária para se apurar os eventuais impactos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP.

Caso reste demonstrado impacto relevante na equação econômico-financeira inicial, o contrato de PPP deverá ser aditado para se prever a forma de recomposição do equilíbrio contratual, a qual não possui relação direta, vale frisar, com as tarifas pagas pelos usuários dos serviços prestados pela SANESUL nos demais municípios que permanecerão sendo atendidos pela SANESUL. Não há nada que permita concluir, como faz de forma temerária a denunciante, que os usuários dos municípios remanescentes serão impactados pela eventual saída de um município da base dos municípios atendidos pela SANESUL.”

Verifica-se, portanto, que a SANESUL não só considerou, como constou na sua matriz de risco, a possibilidade de alguns Municípios deixarem de celebrar contrato com a concessionária de serviços de abastecimento.

Ademais, destacou a capacidade financeira da SANESUL em suportar os reequilíbrios econômico-financeiros decorrentes do encerramento dos contratos de programas firmados com os Municípios:

“No entanto, para fins meramente especulativos, considerando a hipótese formulada na denúncia, de não-renovação dos contratos de programa ao longo da execução contratual da PPP, estima-se um impacto mínimo e residual sobre a tarifa-teto.

Assim, dadas as indefinições que ainda cercam o Novo Marco Regulatório do Saneamento, e considerando a plena capacidade de a Sanesul seguir como prestadora dos serviços de saneamento nesses Municípios, os reequilíbrios econômico-financeiros, caso e quando necessários, apresentam-se como a solução mais adequada.

Além disso, nunca é demais lembrar que os arranjos contratuais realizados por meio de uma PPP, que de modo geral regulam situações por 20 ou 30 anos, são, por sua própria natureza, flexíveis e mutáveis, haja vista a necessidade de sua adaptação no tempo. Logo, os eventuais reequilíbrios devem ser tratados de modo natural e ordinário em contratos desta natureza. Neste sentido, aliás, é a posição da doutrina de Mauricio Portugal Ribeiro, quando diz que os contratos de Concessão e PPP “precisam ser flexíveis para serem alterados de forma a continuar atendendo ao interesse público e acompanhando o seu câmbio por prazos longos, como 20 ou 30 anos.”



Assim, e seguindo a lógica de que eventuais alterações fáticas e jurídicas sempre serão abarcadas pela possibilidade natural de reequilíbrio mediante procedimento de revisão extraordinária previsto no Contrato, não há como entender que este seja um risco para a contratação.

Dessa forma, por ter sido considerada possibilidade de saída de algum Município no curso da PPP e, apresentados na matriz de risco, não há falar em irregularidade do procedimento licitatório.

No que se refere ao percentual de subcontratações permitido na Lei nº 14.026/2020, a SANESUL destacou que a legislação autoriza ambos os institutos e apresentou a diferença entre a realização de PPP e o instrumento de subcontratação, *in verbis*:

“Ou seja: além de realizar a PPP, o prestador de serviços poderá subdelegar, observando, no caso de subdelegação, o limite de 25% do valor do contrato. O texto legal é tão claro e literal que dispensa maiores comentários, sendo flagrante a impropriedade da denúncia também nesse particular.

Soma-se a isto a relevante consideração de que contratação mediante uma PPP Administrativa e a realizada por meio de uma Subdelegação, são institutos absolutamente distintos

Para tanto, mostra-se necessário trazer argumentos que fundamentam a avaliação jurídica de que a PPP Administrativa em licitação não se confunde com uma Subdelegação, bem como deixar registrada a posição de que a própria Lei nº 14.026/2020 **não** trata os institutos de forma idêntica.
(...)

Registra-se, ainda, que mesmo ambas fazendo parte de um gênero de técnicas concessivas, a Subdelegação está, por natureza, vinculada à concepção jurídica de uma Concessão Comum (Lei nº 8.987/1995), possuindo regramento legal específico e diverso de uma PPP Administrativa.

Assim sendo, e observando a própria redação do novo art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, que trata os institutos como sendo diversos, pois faz nítida a separação das regras postas para a PPP e para a Subdelegação, bem como a diferença conceitual entre os pressupostos de uma PPP Administrativa e os pressupostos de uma Subdelegação, fica evidente que a contratação objeto da licitação não se confunde com uma Subdelegação, de modo que não há fundamento jurídico que justifique a vinculação da PPP ao limite de 25%.

Verifica-se, assim, que a lei permite tanto a realização de Parcerias Público Privada, quando a subcontratação, sendo que neste último caso apresenta limite no percentual de 25%, mas que não se aplica ao caso aqui discutido.

Conquanto a denunciante tenha apresentado outras possíveis irregularidades, esclarece-se que neste momento, faz-se apenas um juízo de cognição sumária, buscando verificar a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou o risco de resultado inútil do processo e, por isso, analisam-se somente os aspectos mais importantes, sem a necessidade de adentrar em cada um dos pontos destacados na denúncia, o que será objeto da decisão de mérito futura.

Ainda assim, apresentamos aqui o resumo das respostas dada pela SANESUL quanto a todos os questionamentos constantes na denúncia:

“Assim, nos termos da presente, não há que se falar em qualquer suspensão da Licitação nem tampouco em qualquer revisão do Edital, como indevidamente requer a denunciante, devendo o procedimento licitatório seguir seu curso regular, nos termos publicados, considerando que, conforme acima exposto:

(i) Juridicamente, o objeto da Licitação corresponde a uma PPP Administrativa, que possui regramento legal próprio, e no âmbito da qual a Administração Pública figura como usuária direta ou indireta do serviço. Portanto, o objeto da Licitação em nada se confunde com uma delegação/subdelegação de serviço público, nem tampouco a ele se aplica o limite de 25% estabelecido no art. 11-A da Lei 11.445/2007, como surpreendentemente tenta fazer parecer a denunciante;

(ii) A SANESUL permanecerá, portanto, (i) como delegatária e responsável pela exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos 68 municípios; (ii) responsável por cumprir as metas de atendimento e cobertura constantes dos planos de saneamento e dos contratos de programa por ela celebrados com cada um dos municípios; e (iii) responsável frente a todo e qualquer usuário dos referidos serviços públicos, inclusive por celebrar os contratos de prestação dos referidos serviços e realizar a sua cobrança mensal;

(iii) O novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020) não afeta (e nem poderia, nos termos da Constituição Federal) a legalidade e nem a possibilidade de prorrogação dos contratos de programa firmados



entre a SANESUL e os municípios (contratos estes firmados no âmbito da legislação vigente à época e que preveem clausulado de prorrogação), à luz do conceito de ato jurídico perfeito constitucional e legalmente tutelado;

(iv) Ainda que assim não fosse (ou seja, se estivesse correto o enviesado entendimento da denunciante de que os contratos de programa atualmente em vigor não poderão ser prorrogados), fato é que a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios atualmente atendidos pela SANESUL, ao fim da vigência dos contratos de programa, poderá ser prestada mediante a celebração de outras modalidades de instrumentos jurídicos, sendo a principal delas o contrato de concessão;

(v) Ainda no tocante à hipótese de eventual descasamento entre a vigência de algum contrato de programa e o Contrato de PPP (além de se tratar de um risco inerente à própria natureza do projeto vis-à-vis ao tratamento constitucional que o tema recebe), vale ressaltar que, com exceção do Município de Coxim, todos os demais contratos de programa firmados terão vencimento somente a partir de 2038, ou seja, a partir do décimo sétimo ano de execução do contrato da PPP, etapa na qual parcela considerável dos investimentos implantados pela SPE estará amortizada, o que implicaria impacto menos gravoso sobre os procedimentos de reequilíbrio a serem realizados no futuro;

(vi) É juridicamente mandatário e razoável que a SANESUL considere como premissa básica a manutenção de vínculo jurídico com os Municípios por ela atendidos durante o prazo de vigência da PPP a ser contratada, não havendo que se cogitar qualquer vício de motivação da Licitação em questão, considerando, inclusive, (i) a premissa de que a SANESUL continuará fazendo exatamente o que faz desde 1979, atendendo e se adaptando à evolução da legislação aplicável nos termos do seu Estatuto Social e da função social atribuída à Companhia; (ii) que a celebração de PPP Administrativa, por ser contrato de prestação de serviços que não implica delegação da exploração de serviços públicos, não depende da existência, validade e eficácia de um tipo específico de contrato mãe ou principal de delegação; (iii) os contratos de programa celebrados entre a SANESUL e os municípios por ela atendidos são atos jurídicos perfeitos e poderão ter seus prazos de vigência prorrogados nos termos contratualmente estabelecidos ou, ainda, poderão ter seus prazos de vigência estendidos como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; e (iv) ainda que assim não fosse, como já visto, poderão os municípios e a SANESUL, ao término do prazo de vigência dos contratos de programa, celebrar contratos administrativos com base na Lei Federal nº 8.666/1993 com dispensa de licitação, ou ainda, e caso seja esse o desejo dos municípios, poderá a SANESUL participar com excelentes chances de êxito de eventual licitação da concessão dos serviços, dada suas naturais vantagens competitivas;

(vii) Os parâmetros para elaboração das propostas são claros e objetivos: está mais do que cristalino que os licitantes devem adotar como premissa que a SANESUL permanecerá exercendo as suas atividades regularmente e por prazo indeterminado, como vem fazendo desde a sua criação pelo Governo do Estado do Mato Grosso do Sul e nos termos de seu Estatuto Social, adaptando-se, por óbvio, à evolução da legislação;

(viii) A manutenção pela SANESUL da gestão comercial é da própria natureza desta PPP Administrativa, de modo que não há ofensa a qualquer diploma legal;

(ix) A eventual adoção ou não de modelo de prestação regionalizada (a ser, se for o caso, oportunamente discutida em sede de Governo do Estado e Assembleia Legislativa) não impacta em nada a PPP Administrativa objetivada pela SANESUL;

(x) O Edital não sofreu qualquer alteração que enseje sua republicação;

(xi) Não há qualquer ilegalidade no Edital em relação aos requisitos de qualificação econômico-financeira, bem como não há que se falar em qualquer alteração no que tange à garantia de execução do contrato;

(xii) O Edital e seus Anexos regulam clara e suficientemente o racional, as diretrizes e a estrutura do mecanismo de Garantia de Adimplemento da SANESUL, os quais serão observados e respeitados quando da celebração dos instrumentos contratuais que operacionalizarão o respectivo mecanismo de vinculação dos Recebíveis;

(xiii) Não há que se falar em qualquer ofensa à Lei Estadual nº 4.303/12, na medida em que as equivocadamente mencionadas “central de atendimento aos usuários” e “taxa de regulação” correspondem a obrigações que legalmente são de responsabilidade da SANESUL na qualidade de delegatária do serviço público e que, portanto, corretamente não estão previstas no bojo da PPP Administrativa.”

Por fim, no que se refere à concessão da medida cautelar, o art. 300 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente a este procedimento, estabelece:



“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.”

Com efeito, para se conceder a medida cautelar requerida pela Denunciante, haveria de restar demonstrado a existência de uma situação de risco ou de perigo iminente à efetividade do procedimento licitatório, sendo que não ficou caracterizado.

Assim, confrontando as questões trazidas pela Denunciante com os argumentos apresentados na resposta pela SANESUL não há elementos suficientes que evidenciam a necessidade de suspender o procedimento licitatório neste momento.

Impõe-se ressaltar que o Tribunal de Contas, no seu poder geral de cautela, pode a qualquer momento, diante de fatos novos apresentados, intervir no procedimento licitatório, inclusive suspendendo a sua regular tramitação.

Deixa-se claro, ainda, que todas as fases do procedimento são acompanhadas pelo Tribunal, independente de não se conceder no início uma medida cautelar, sem que isso impeça uma atuação futura, a fim de assegurar a regularidade na tramitação do certame.

Ainda sobre a questão da nova legislação, ressaltou o Senador Tasso Jereissati, relator e projeto da Lei, no Webinar de Saneamento Básico realizado por este Tribunal de Contas em 18/09/2020:

“O saneamento, que é uma das infraestruturas mais básicas e importantes para a saúde, vida e dignidade humana, foi ficando para trás ao longo do tempo. Então viu-se que uma das causas da expansão das outras infraestruturas no Brasil, evidentemente, foi a privatização. Mas que quero deixar bem claro que o novo marco do saneamento básico não é um projeto de privatização, ele não exclui e nem obriga a privatização. A questão básica é como chegarmos a universalização e em que período nós poderíamos chegar”.

Dessa forma, não podemos paralisar, com uma medida excepcional, um procedimento que busca a adequação aos novos marcos regulatórios do saneamento básico, sem que haja robusta prova de irregularidade, pois, conforme já ressaltei no despacho anterior, foram cumpridas todas as formalidades legais para a abertura do processo licitatório, como a realização de audiência pública com a participação da sociedade de diversos setores que possuem influência no assunto.

Além disso, apresenta-se oportuno destacar que, recentemente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sofreu alterações pela Lei nº 13.655/2018, apontando a necessidade de se observar o princípio da razoabilidade nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial.

Especificamente, no *caput* do art. 22 da LINDB, oferta-se um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA SANESUL Nº 01/2020 - PPP12/2020, REALIZADO PELA EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATOGROSSO DO SUL S.A. - SANESUL**, com fundamento no art. 4º, I, “b”, 3, c/c art. 149 do RITC/MS.

DETERMINO o encaminhamento ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, conforme determina o § 3º do art. 128 da Resolução TCE/MS nº 98/2018.

INTIME-SE o jurisdicionado para tomar conhecimento desta Decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 01 de outubro de 2020.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

