



PROCESSO	8.490-5/2019
ASSUNTO	REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA
REPRESENTANTE	SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
REPRESENTADA	PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRASSOL D'OESTE
RESPONSÁVEIS	EUCLIDES DA SILVA PAIXÃO – Prefeito CÉLIA REGINA DE MATTOS PRADO – Presidente da Comissão de Licitação BRUNO VILAS BOAS PANARO LEITE – Membro Suplente da Comissão de Licitação DENÍLSON MAIA DE MELO – Membro da Comissão de Licitação
EQUIPE TÉCNICA	WENCESLAU DE SOUZA – Auditor Público Externo
ADVOGADO	NÃO CONSTA
RELATORA	CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

2. RAZÕES DO VOTO

74. Inicialmente, registro que estão presentes os requisitos de admissibilidade previstos na Lei Orgânica e no Regimento Interno deste Tribunal de Contas, bem como a instrução está completa e há parecer ministerial, portanto ratifico o juízo de admissibilidade e passo à apreciação do mérito.

75. Preliminarmente, destaco que o Senhor Euclides da Silva Paixão, em sua manifestação, alegou que o processo licitatório da Concorrência foi revogado, e, conseqüentemente a Representação deve ser arquivada em razão da perda do objeto.

76. Ora, nesse ponto, entendo que o fato irregular se concretizou no momento do lançamento do Edital da Concorrência, eivado de vícios apontados pela Equipe Técnica.

77. Nessa toada, não há que se falar em perda de objeto, em face da revogação do processo licitatório, pois, mesmo após o emissão de Relatório



Técnico Preliminar, não houve qualquer reparo no Edital por parte do Representado das inconsistências apontadas (nos subitens 1.1, 1.2 e 1.3).

78. Ademais, o cancelamento do procedimento licitatório foi após o questionamento do Tribunal de Contas, assim, seria muito cômodo praticar todo e qualquer ato administrativo irregular e posteriormente anulá-lo, em caso de questionamento, como pontuado pelo Ministério Público de Contas, sob o intuito de excluir a ilicitude da conduta.

79. Legítimo é o caso da revogação do procedimento licitatório por interesse público e outra situação, completamente diversa, é a sua anulação por algum vício. As jurisprudências dos diversos Tribunais de Contas têm considerado que o simples fato de ocorrer revogação ou anulação do pleito licitatório não elimina, em tese, a ilicitude que estava em curso, vejamos:

Acórdão 2470/2018 - TCU Plenário:

A revogação ou a anulação da licitação, após a instauração e a consumação do contraditório, conduz à perda de objeto da cautelar que determinou a suspensão do certame, mas não da representação em si, tomando necessário o exame de mérito do processo com o objetivo de evitar a repetição de procedimento licitatório com as mesmas irregularidades verificadas.[grifo]

80. Nesse ponto, infere-se o caráter educativo dos Tribunais de Contas, podendo no exame de mérito responsabilizar o gestor com vistas a orientar pedagogicamente a Administração, de modo a evitar a repetição das irregularidades examinadas.

81. Assim, este Tribunal de Contas se posicionou, na decisão que transcrevo à seguir:

Acórdão 69/2019-TP - (Processo 14.056-2/2018) .

Representação. perda do objeto. Anulação de pregão irregular. A anulação, pela Administração, de pregão presencial com atos irregulares praticados não ocasiona a perda do objeto do respectivo processo de representação que apura tais atos, na medida em que seu prosseguimento tem caráter didático para o gestor público sob a jurisdição do



Tribunal de Contas, evitando a reiteração dos mesmos erros.
[grifo].

82. Desse modo, entendo que o simples fato de anular a licitação não afastam as irregularidades constatadas.

2.1 DAS IRREGULARIDADES MANTIDAS PELA SECEX

2.1.1 Irregularidade 1

Responsável: Euclides da Silva Paixão – Prefeito

1) GB99 LICITAÇÃO GRAVE. Irregularidade referente à Licitação, não contemplada em classificação específica na Resolução Normativa 17/2010 – TCE-MT.

1.1) Ausência de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira para a concessão de serviços públicos. - Tópico - 2. Análise Técnica.

1.2) Ausência da publicação de justificativa da concessão. - Tópico - 2. Análise Técnica.

1.3) Iniciar procedimento licitatório para concessão de serviços público sem lei autorizativa. - Tópico - 2. Análise Técnica

a) Análise da Relatora

83. Antes de adentrar na análise de mérito da irregularidade, é importante reforçar que o Edital da Concorrência 1/2019, da referida Licitação, tem como objeto a outorga, em caráter exclusivo, da concessão de serviços públicos para operação, administração, manutenção, conservação e exploração comercial do terminal rodoviário "Arlindo de Campos" do Município de Mirassol D'Oeste.

84. Para tanto, **a modalidade de licitação adequada para as concessões de serviços públicos**, em regra, **é a concorrência**, conforme dispõe o artigo 2º, II, III, da Lei 8.987/1995 e, **serão regidas, basicamente pelos artigos 14 a 22** da Lei supracitada e legislação correlata, além da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993¹.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

¹ Oliveira Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativo. 3ª. Ed – Rio de Janeiro. 2014 – pág. 134.

C:\Users\lucasp\AppData\Local\Temp\BF75E3B9E7C47EFE2058399F4915CCB3.odt



concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

85. Previamente à análise do achado 1 e seus subitens, convém lembrar, também que os editais de concorrência pública, nos termos dos artigos 15, § 2º e 18, IX, da Lei 8.987/1995 e artigo 12, § 2º da Lei 11.079/2004, deverão conter, respectivamente, parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas; critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; e exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade.

86. O edital é, sem dúvida, a parte mais importante do procedimento licitatório, uma vez que estabelece a ligação entre a Administração Pública e os licitantes, reflete as disposições legais pertinentes, define o objeto e as condições pelas quais o poder concedente pretende delegar a concessão do serviço público².

87. Pois bem. A irregularidade apontada pela SECEX versa sobre a ausência de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira para a concessão de serviços públicos.

88. A meu ver, quanto ao **subitem 1.1 da irregularidade GB99**, constato que, o Edital³ do Processo Licitatório da Concorrência 1/2019, e o seu Termo de Referência, não fazem menção a estudos e projetos necessários à elaboração

² TOLOSA FILHO, Benedicto de. Lei da concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada. Rio de Janeiro: AIDE, 1995

³ Doc. Digital 71939/2019 pág.30 à 51

C:\Users\lucasp\AppData\Local\Temp\BF75E3B9E7C47EFE2058399F4915CCB3.odt



dos orçamentos e apresentação das propostas da concessão do Terminal Rodoviário Arlindo de Campos do Município de Mirassol D'Oeste.

89. Como é cediço a Lei 8.987/1995, apresenta os requisitos necessários para a elaboração do Edital de concessão, previstos no artigo 18, IV e artigo 21, os quais transcrevo à seguir:

Art. 18 O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e **conterá, especialmente:**

[...]

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, **estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;**

[...]

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, **projetos**, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, **estarão à disposição dos interessados**, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital. [grifo]

90. Com efeito, o Tribunal de Contas da União, se posicionou no sentido de que constitui falha grave, ensejadora de aplicação de multa, a realização de licitação com projeto básico deficiente, vejamos:

Acordão 302/2016-Plenário – Relator: Marcos Bemquerer.

Enunciado: A realização de licitação com base em projeto básico deficiente, impreciso e que não contempla todos os elementos necessários e suficientes para bem caracterizar e orçar a totalidade da obra constitui falha grave ensejadora de aplicação de multa aos responsáveis.

91. Isto posto, em consonância parcial com o Ministério Público de Contas, mantenho o **subitem 1.1**, desta irregularidade, com expedição de recomendação.

92. Já em relação ao **subitem 1.2**, apontado pela SECEX, verifico que o poder concedente não atendeu as regras estabelecidas pela Lei 8.987/1995, ao



deixar de publicar previamente ao Edital da Concorrência 1/2019, da Licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo, conforme o artigo 5º, à seguir transcrito:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. [grifo]

93. Apesar da norma em tela se mostrar lacunosa, porque o legislador deixou de prever o veículo onde se fará a publicação do ato a que se refere, bem como o prazo de antecedência a ser respeitado entre a publicação e a divulgação do edital, ressalto que a publicação é essencialmente relevante, sobretudo para o controle social, para o controle que o Tribunal de Contas poderá realizar, antes mesmo do procedimento de licitação, para a fiscalizar os motivos que levaram a tal concessão.

94. Cabe mencionar que essa ausência de justificativa não se trata de mero erro formal ou pequena desconformidade legal.

95. Ademais, como já destacado pela Equipe Técnica, os custos dos serviços públicos da concessão geralmente não são suportados pelo poder concedente, e, sim pelos próprios usuários desses serviços. No entanto, o poder público não deve considerar apenas a renda do projeto proposto ou ainda a sua desoneração em face de encargos que serão repassados ao futuro concessionário, deve sopesar ainda, as vantagens sociais que podem resultar da implantação da concessão.

96. A divulgação da Justificativa do mérito da concessão visa, também, garantir o cumprimento do Princípio Constitucional da Publicidade.

97. Portanto, os argumentos da defesa (perda do objeto ou a anulação do certame) não alcancem o saneamento da irregularidade ocasionada pela desconsideração da fase preparatória ao Edital, por não cumprir os requisitos essenciais estabelecidos na legislação pertinente.



98. Desse modo, acompanho parcialmente o *Parquet* de Contas e mantenho o subitem 1.2 da irregularidade, com expedição de recomendação.

99. Quanto o subitem 1.3, referente à ausência de edição de lei que autoriza e fixa os termos da concessão, observei que o artigo 2º, da Lei 9.074/1995, estabelece, normas para outorga e prorrogação das concessões de serviços públicos, conforme segue abaixo:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987, de 1995. [grifei]

100. Insta esclarecer que a autorização legal deve ser prévia, de modo a evitar eventuais fraudes e prejuízos, conforme leciona Marçal Justen Filho⁴ (2003, p. 178),

Não se admite, portanto, que o Executivo desencadeie licitação para concessão sem a existência da autorização legislativa. Nem seria viável argumentar com a possibilidade de ratificação posterior dos atos administrativos, com efeito retroativo. [grifo].

101. Nessa linha de raciocínio, explica o autor não se tratar de “[...] *formalismo excessivo, mas de se evitar o risco de situações fáticas irreversíveis*”, diante da possibilidade de serem conferidas concessões fraudulentas. E conclui na afirmativa de que “[...] *a autorização legislativa deve ser prévia e sem ela os atos praticados pelo Executivo deverão ser reputados nulos*”. E mais:

Essa interpretação deriva do princípio da legalidade, que exclui a possibilidade de o agente administrativo atuar sem a prévia autorização legislativa, nas hipóteses em que as suas competências foram vinculadas. Não é casual, por isso, que a Lei determine a nulidade das licitações quando determinada autorização legislativa, indispensável para a contratação, não estiver presente no momento da instauração da licitação. O exemplo mais evidente é o da previsão orçamentária,

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003



indispensável para o aperfeiçoamento de certos contratos e que se constitui em requisito para o desencadeamento da licitação. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 178). [grifo].

102. Assevero que as concessões para exploração de serviços de utilidade pública devem também ser autorizadas por lei especial, na qual a Câmara delimite o âmbito do contrato a ser firmado entre o Município, representado pelo Prefeito, e o concessionário⁵, (Hely Lopes Meirelles, 2001, pág. 654), e mais:

As leis orgânicas dos Municípios deverão dispor sobre o quorum e o número de discussões para a aprovação da lei autorizadora. Tais exigências, como é bem de ver, podem ser aumentadas ou reduzidas, a critério da legislação de cada Município. O que convém se grave é que tais contratos não podem ser firmados sem prévia autorização da Câmara de Vereadores, por importar delegação de poderes do Município a terceiros para a exploração de determinado serviço de interesse público local. [grifo]

103. O que não se admite, no caso em apreço é o início do procedimento da Concorrência 1/2019, para a outorga da concessão, consubstanciado exclusivamente em ato administrativo, sem prévia autorização e regulação por meio de lei, contrariando o dispositivo do artigo 2º, da Lei 9.074/1995. Interpretação diversa distorce a regra do artigo 175 da Constituição.

104. Consequentemente, extrapola os ditames legais, a alegação do Responsável a justificar que, com a revogação do processo licitatório, perdeu-se o objeto e por isso deve ser arquivada a Representação, o que refuto em razão da desconsideração da fase preparatória ao Edital, por não cumprir os requisitos essenciais estabelecidos pela legislação pertinente, bem como, complemento com os mesmos fundamentos explicitados no achado 1.1.

105. Embora o Gestor tenha, de fato, desobedecido aos ditames legais quanto aos requisitos necessários para a elaboração do Edital de concessão, previstos na Lei 8.987/1995, artigo 18, IV e artigo 21, bem como dispositivo da Lei 9.074/1995, que estabelece, normas para outorga e prorrogação das

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.



concessões de serviços públicos, entendo que a pronta anulação do certame, logo após a determinação do Julgamento Singular 333/JJM/2019, publicado em 26/3/2019, deve ser considerada atenuante para aplicabilidade da pena, nos termos do artigo 22, parágrafo 2º e 3º, ambos da LINDB, c/c o artigo 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019:

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.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 13 A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

§ 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

106. Feitas essas considerações, é forçoso reconhecer, ante o princípio da razoabilidade, que a apenação do Responsável com multa seria medida de extremo rigor, na medida que a irregularidade cometida não chegou a produzir repercussões relevantes, no sentido de trazer prejuízos à Administração.

107. Dessa forma, com o devido respeito ao posicionamento técnico e ao entendimento ministerial, mantenho a irregularidade **GB99** de natureza **grave**, e seus subitens (1.1, 1.2 e 1.3), com expedição de recomendações ao Gestor.



2.1.2 Irregularidade 2

Responsáveis: Bruno Vilas Boas Panaro Leite - Membro Suplente da CPL;
Denílson Maia de Melo - Membro da Comissão de Licitação;
Célia Regina de Mattos Prado - Presidente da Comissão de Licitação;

2) GB13 LICITAÇÃO GRAVE. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

2.1) Exigência de apresentação de atestado de visita para habilitação. - Tópico - 2. Análise Técnica.

2.2) Não disponibilizar no edital da Concorrência 1/2019 e seus anexos as informações necessárias à elaboração das propostas, conforme exigido pela Lei 8.987/1995. - Tópico - 2. Análise Técnica.

a) Análise da Relatora

108. Pois bem. A meu ver, constato que houve uma **condição** para a participação no certame, conforme o disposto no item 7.4.3, do Edital do Processo Licitatório da Concorrência 1/2019, quanto à Qualificação Técnica, ao exigir atestado de visita técnica, que à seguir transcrevo:

7.4.3 Qualificação Técnica

a) A licitante deverá apresentar ATESTADO DE VISITA, expedido por servidor do Município, a qual deverá ser agendada na Secretaria de Obras e realizada até 24 (vinte e quatro) horas antes da sessão de abertura, das 07 às 13 hs, a fim de ter pleno conhecimento das instalações e da natureza dos serviços e obter todas as informações pertinentes à Concessão.

109. Nesse sentido, colaciono excerto de julgado do Tribunal de Contas da União:

[...]

9.2.2. abstenha-se de estabelecer, em licitações que venham a contar com recursos federais, cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto. Acórdão 2150/2008 – Plenário. [grifo]

110. Quanto às alegações de que a inclusão da visita técnica teve por intuito evitar futuros contratemplos, a exemplo do vencedor desistir da contratação ao tomar conhecimento do local, como também conhecer as



possibilidades de lucros e gastos, porque será responsável pela manutenção do local, lembro que a previsão de visita técnica em editais de licitação somente é permitida em casos excepcionais, conforme trata o artigo 30, III da Lei Geral de Licitações, que transcrevo a seguir:

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

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

111. Contudo, essa exigência deve ser muito bem fundamentada e justificada diante da complexidade do serviço a ser contratado, a fim de evitar que o órgão licitante tenha prévio conhecimento dos interessados em participar do certame, a evitar conluio.

112. Ressalto que a exigência de visita técnica como condição de habilitação em processos licitatórios, ausente de comprovação e fundamentação imprescindível para a execução do objeto, pode ocasionar restrição da competitividade, tendo em vista os elevados custos de deslocamento para determinadas localidades.

113. Acerca desse fato, este Tribunal de Contas possui entendimento consolidado, nos termos da Súmula 18:

A exigência de visita técnica como condição para habilitação em processos licitatórios, em regra, restringe a competitividade do certame, podendo ser admitida somente nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto licitado a justificar, sendo suficiente, para os demais casos, a simples declaração do licitante de que tem pleno conhecimento das condições e do local em que ocorrerá a execução do objeto (Processo: 219304/2016). [grifo]

114. Dessa maneira, a visita técnica deve ser considerada como uma faculdade das licitantes, e não uma imposição da Administração, que pode ser substituída por declaração da licitante de que tem inteiro conhecimento do



objeto. Esse é o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, no seguinte termo:

A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando imprescindível para a perfeita compreensão do objeto e com a necessária justificativa da Administração nos autos do processo licitatório, **podendo ser substituída pela apresentação de declaração de preposto da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto. A visita deve ser compreendida como direito subjetivo da empresa licitante, não como obrigação imposta pela Administração** (Acórdão nº 170/2018- Plenário). [grifo]

115. Assim, é razoável vislumbrar que a exigência contida no Edital da Concorrência 1/2019, restringiu a competitividade e não possui amparo legal, tendo em vista que não foi suficientemente justificada em face da complexidade do objeto ou em razão de situações excepcionais, contrariando o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, como também, o artigo 3º, § 1º, I, e artigo 30, III, da Lei 8.666/1993.

116. Já, em relação ao **subitem 2.2**, a Equipe Técnica apontou que não constou no Edital e seus anexos, informações necessárias para elaboração das propostas, conforme exigido pela Lei 8.897/1995, e diante da irregularidade apontada, é possível vislumbrar que estão ausentes as informações referentes ao artigo 18, I, IV, X, XI, XII, da Norma explicitada, sendo elas:

Art. 18 O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;



VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado. [gifo]

117. O Tribunal de Conta da União – TCU já se manifestou quanto à realização de licitação com projeto básico deficiente, impreciso e que não contemple todos os elementos necessários e suficientes para bem caracterizar e orçar a totalidade da obra, de modo a constituir falha grave ensejadora de aplicação de multa aos Responsáveis⁶.

118. Nessa toada, não encontra respaldo legal os argumentos da defesa, pois verifico que estão ausentes, no Edital, informações imprescindíveis para a realização da licitação de Concessão de serviços públicos, a exemplo das previstas no inciso IV do artigo 18 já transcrito, tais como metas, prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, a apresentação das propostas.

6 Acórdão 302/2016-Plenário

C:\Users\lucasp\AppData\Local\Temp\BF75E3B9E7C47EFE2058399F4915CCB3.odt



119. Verifico, também, que o instrumento convocatório é superficial ao definir as fontes de receitas futuras da concessionária, sendo que, na cláusula 5 do edital, referencia apenas o valor e a periodicidade da outorga e o valor máximo da tarifa de embarque.

120. Ademais, conforme destacado pela SECEX, não indica receitas acessórias, provenientes de receitas alternativas, complementares, ou seja, outras possíveis fontes de rendimentos decorrentes da exploração com a utilização de espaços para comércio e serviços, tais como: os aluguéis dos boxes que se encontram no interior do terminal, aproveitamento do potencial de publicidade e mídia do terminal rodoviário; e, ainda da implantação de projetos associados, como também, não esclareceu se essas possíveis receitas pertencerão à concessionária ou ao Município.

121. Com efeito, a ausência de tais informações de forma clara interfere diretamente na formulação das propostas.

122. Desse modo, vislumbro o descumprimento de regras contidas na norma regulamentadora das concessões, qual seja, a Lei 8.897/1995, especificamente no artigo a seguir:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei (8.987/1995).

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. [grifo].

123. Por consequência, os Responsáveis incorreram na violação do parágrafo único do artigo supra, pois as receitas acessórias devem ser obrigatoriamente consideradas para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.



124. Além disso, o Termo de Referência no item 11; o Edital e o contrato indicam a previsão de uma reforma no terminal rodoviário a ser entregue pela concessionária ao final da concessão, porém, de forma vaga. Ademais, não foi apresentado anteprojeto de engenharia ou elementos de projeto básico que permitam a caracterização adequada da obra, contrariando o parágrafo XV, do artigo 18, da Lei 8.987/1995:

Art. 18 [...]

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; [grifo]

125. Ademais, convém lembrar que os anexos do Edital, Termo de Referência e Minuta do Contrato também apresentam divergências em relação ao próprio Edital.

126. Quanto às diversas irregularidades, verifico que a ausência de elementos necessários e suficientes para bem caracterizar o processo da concessão dos serviços públicos, na sua totalidade, maculou todo o procedimento, não se esperando nada menos que o cumprimento da Decisão Singular em suspender a Concorrência Pública 1/2019, bem como, a sua posterior revogação.

127. Todavia, destaco que a anulação do certame, pelo poder-dever de autotutela da Administração Pública, pode ser considerada como circunstância atenuante para a aplicação da sanção, nos termos do artigo 65, III, "b" do Código Penal, combinado com o artigo 4º e artigo 22, § 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, c/c o artigo 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019.

128. Ademais, verifico que são irregularidades formais sem indícios de sobrepreço.



129. Diante de todo o exposto, com o devido respeito ao posicionamento técnico e ao entendimento ministerial, mantenho a irregularidade **GB13** de natureza **grave**, e seus subitens, sem aplicação de multa e com expedição de recomendações aos Responsáveis.

2.1.3 Irregularidade 3

Responsáveis: Bruno Vilas Boas Panaro Leite - Membro Suplente da CPL
Denílson Maia de Melo - Membro da Comissão de Licitação
Célia Regina de Mattos Prado - Presidente da Comissão de Licitação

3) GB19 LICITAÇÃO GRAVE. Ocorrência de irregularidades relativas às exigências de regularidade fiscal e trabalhista das licitantes (artigo 29 da Lei 8.666/1993).

3.1) Exigência de certidão de quitação de tributos federais, contrariando a Lei 8.666/93. - Tópico - 2. Análise Técnica.

a) Análise da Relatora

130. A respeito da irregularidade 3, apontada pela SECEX, referente às exigências de regularidade fiscal e trabalhistas das licitantes contidas no Edital, constato que este requisita a certidão de **quitação** de tributos federais, vejamos:

7.4.2 Regularidade Fiscal [...]

b) Certidão de **quitação de tributos e contribuições federais** administrados pela Secretaria da Receita Federal. [grifo]

69. A princípio, cumpre-me ressaltar que a Lei 8.666/1993, impõe a prova da regularidade fiscal e não, quitação de tributos federais, conforme o dispositivo a seguir:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
[...]

III - **prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;** [grifo]



131. Assim, destaco que não se deve confundir a prova de regularidade fiscal com a prova de **quitação** de tributos, conforme súmula 283, do Tribunal de Contas da União:

Súmula 283: para fins de habilitação, a Administração Pública não deve **exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.** [grifo]

132. Vale mencionar que a fase de habilitação tem como objetivo reunir elementos para aferir a idoneidade do licitante e a possibilidade concreta de cumprimento das obrigações a serem pactuadas com a Administração.

133. Portanto, a comprovação de regularidade fiscal, prevista na Lei 8.666/1993, não se confunde com a **prova de quitação** de tributos, sendo que a **comprovação pode ser realizada mediante apresentação da certidão negativa ou certidão positiva, com efeitos de negativa, que possuem o mesmo caráter, nos termos da Lei 5.171/1.966:**

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por **certidão negativa**, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. [grifo].

134. Desse modo, ressalto que a regularidade fiscal não implica necessariamente na quitação total da obrigação com a Fazenda Pública, uma vez que pode haver a regularidade perante o Fisco, após o parcelamento de débito, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, conforme disposto no Código Tributário Nacional, Lei 5.172/1.966:

Art. 151 Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

VI – o parcelamento.



135. Em suma, à frente das informações e provas colacionadas aos autos, verifiquei manifesto atrito no Edital, com diversos dispositivos legais (Lei 9.074/1995, Lei 8.987/1995, Lei 8.666/1993) e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU.

136. Porém, conforme informado pelos Responsáveis, nos próximos editais de licitação, a fim de evitar má interpretação por parte dos licitantes, serão realizadas correções quanto ao termo utilizado.

137. Igualmente, em razão da anulação do certame pela própria Administração Pública, conforme já frisado nos parágrafos deste Voto, é forçoso reconhecer, em face do princípio da razoabilidade, que a apenação dos Responsáveis, com multa, seria medida de extremo rigor, na medida em que a irregularidade cometida não chegou a produzir repercussões relevantes, no sentido de trazer prejuízos à Administração.

138. Desse modo, entendo suficiente a expedição de **recomendação** para que, nos próximos editais, os Responsáveis utilizem a expressão "regularidade" ao invés de "quitação", ao exigirem a regularidade fiscal e trabalhista das licitantes, conforme previsto no artigo 29 da Lei Geral de Licitações.

139. Portanto, acompanho parcialmente a Área Técnica, e do mesmo modo, coaduno parcialmente com o Ministério Público de Contas, e mantenho a irregularidade **GB19** de natureza **grave**, sem aplicação de multa.

3. DISPOSITIVO DE VOTO

140. Diante do exposto, **acolho parcialmente o Parecer Ministerial 2.920/2019**, de autoria do Procurador de Contas William de Almeida Brito Júnior e, **VOTO** no sentido de:



I) **CONHECER** a presente Representação de Natureza Interna;

II) **JULGAR PARCIALMENTE** procedente; e

III) **RECOMENDAR** para que a atual gestão de Mirassol D'Oeste, cumpra com os artigos 18, IV e 21, da Lei 8.987/1995, em futuras licitações, observando:

a) os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira para a concessão de serviços públicos; e

b) a publicação de justificativa do procedimento licitatório de concessão, conforme determina o artigo 5º da Lei 8.987/1995; e

c) a prévia existência de lei para autorização de concessões que envolvam a delegação de serviços públicos, nos termos do artigo 2º da Lei 9.074/1995; e

IV) **RECOMENDAR** à comissão de Licitação, para que observe o artigo 30, em especial o inciso III da Lei 8.666/1993 e, cumpra com os artigos 18 e incisos I, IV, X, XI, XII, XV e artigos 21 da Lei 8.987/1995, 29 da Lei 8.666/1993, inciso III, em futuras licitações, em especial, que:

a) evite a exigência abusiva de apresentação de atestado de visita para habilitação nos termos do artigo 30, inciso III da Lei 8.666/1993; e

b) inclua informações necessárias para elaboração das propostas, conforme exigido pela Lei 8.897/1995, artigo 18, I, IV, X, XI, XII, XV; e

c) indique receitas acessórias, provenientes de receitas alternativas e complementares, nos termos do artigo 11 da Lei 8.987/1995;

d) providencie anteprojeto de engenharia ou elementos de projeto básico que permitam a caracterização adequada da obra, conforme determina o artigo 18, XV da Lei 8.987/1995; e



e) utilize a expressão “regularidade” aos invés de “quitação” ao pedirem prova de regularidade fiscal e trabalhista das licitadas, conforme previsto no artigo 29 da Lei 8.666/1993.

f) **ABSTENHAM-SE** de cometer, nos próximos Procedimentos Licitatórios as mesmas irregularidades apontadas na Concorrência 1/2019, objeto desta Representação, sob pena das sanções legais.

141. É o Voto.

Cuiabá, 3 de setembro de 2019.

(assinatura digital)
Jaqueline Jacobsen Marques
Conselheira Interina
Relatora
(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)