



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Tribunal Pleno - **SEÇÃO MUNICIPAL**

Sessão: **19/3/2014**

Exame Prévio de Edital - Julgamento

M007 00003900.989.13-8, 00003908.989.13-0, 00003910.989.13-6 e
00003958.989.13-9

Interessada: Prefeitura de Ribeirão Preto

Assunto: Edital da concorrência nº 24/2013, visando à prestação dos serviços de limpeza urbana, manejo, tratamento, destinação e disposição final de resíduos de serviços de saúde e da construção civil, por meio de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, solicitado para exame prévio em virtude das representações interpostas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Jonas Mateus de Oliveira, André Luis Donega Moresca e Ordem dos Advogados do Brasil - 12ª Subseção (Ribeirão Preto).

Valor estimativo: R\$ 272.087.580,00 correspondentes aos investimentos (cláusula 3.2)

Responsável: Darcy da Silva Vera - Prefeita

Advogado(s): Ana Maria Seixas Paterlini - (Procuradora Municipal - OAB/SP 125.438), Nina Valéria Carlucci - (Procuradora Municipal - OAB/SP 97.455), Elke Gomes Veloso - OAB/SP nº 137.615, Ieda Manzano de Oliveira - OAB/SP 196.583, Alexsandro Fonseca Ferreira - OAB/SP nº 174.487, Camila Roberto Ramos - OAB/SP 219.135 e outros.

Relatório

Em exame, **representações** interpostas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a partir de expediente encaminhado por vereador local, por Jonas Mateus de Oliveira, André Luis Donega Moresca e Ordem dos Advogados do Brasil - 12ª Subseção (Ribeirão Preto), contra o edital da concorrência nº 24/2013, instaurado pela Prefeitura de Ribeirão Preto, visando à prestação dos serviços de limpeza urbana, manejo, tratamento, destinação e disposição final de resíduos de serviços de saúde e da construção civil, por meio de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, nos moldes definidos no ato convocatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Especificamente em relação ao edital em tela, o Ministério Público de Contas insurgiu-se contra os seguintes pontos:

- aglutinação dos serviços;
- tipo inadequado de licitação;
- previsão equivocada e subjetiva de pontuação da metodologia de execução;
- validade da proposta econômica de no mínimo noventa dias corridos;
- limitação do número de empresas consorciadas;
- proibição da participação de empresas estrangeiras;
- exigências ilegítimas relativas à regularidade fiscal;
- vícios relacionados à demonstração da capacidade técnico-operacional; e
- transferência do ônus quanto ao pagamento do estudo que precedeu o Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo dos Resíduos Sólidos.

Já o segundo e terceiro representantes mencionaram como defeitos do procedimento os pontos abaixo delineados, alguns em comum com aqueles já descritos pelo Membro do MPC:

- divergência entre o aviso da licitação e o conteúdo do edital;
- falta de clareza do objeto, inexistindo prescrição relativa à adoção das práticas inerentes a não geração, redução e reutilização previstas na Lei nº 12.305/10;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

- obrigação prevista no item 1.4 do anexo III (diretrizes para a apresentação da proposta técnica) direcionada ao vencedor do certame, que terá de destinar os resíduos para aterro definido;
- inexistência de projeto básico que mensure de forma precisa custos e gastos da concessão;
- ausência de licenciamento ambiental prévio;
- falta da previsão de medidas mitigadoras ou compensatórias inerentes aos impactos ao meio ambiente;
- inexistência de previsão da utilização de mão de obra dos catadores, contrariando a lei nº 12.305/10;
- ausência do Plano de Saneamento Básico e Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos;
- necessidade de estudo do impacto ambiental;
- aglutinação indevida de serviços no objeto da parceria;
- impropriedade na inserção de estudos de viabilidade técnica no objeto de licitação;
- ausência de projeto básico ou informações elementares sobre a área do antigo aterro e suas condições;
- insustentabilidade do projeto da parceria na relação entre o aporte de investimentos privados e a contrapartida do Poder Público;
- ilegalidade na vedação da participação de empresa estrangeira;
- impropriedade da antecipação do recolhimento da garantia de proposta;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

- garantia irrisória da contraprestação do parceiro público;
- restritividade da prova de qualificação técnica previstas nos itens 12.8.2.8, 12.8.2.9 e 12.14 e despropositada substituição de documentos prescrita no item 12.10;
- irregularidade da limitação de atestados técnicos;
- critérios subjetivos para a avaliação da metodologia de execução; e
- ilegalidade na exigência de compromisso de terceiro alheio a disputa para acompanhar a proposta econômica.

Por seu turno, a Ordem dos Advogados do Brasil - 12ª Subsecção - sublinhou:

- que a lei Municipal nº 2.538/12 e alterações, bem como o Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos aprovado pelo município de Ribeirão Preto não atendem aos princípios e objetivos das leis que instituíram a Política Nacional de Resíduos Sólidos, as Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico e as normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privada;
- o Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos anexo ao procedimento licitatório em tela não pode ser considerado como um "Plano de Gestão Integrada" nos moldes exigidos pela legislação federal, uma vez que não contempla todos os requisitos exigidos nos inc. IV, VII, VIII, XV e XVI, art. 19 da Lei nº 12.305/10; e
- a complementação dos estudos necessários por parte da vencedora para fins de elaboração do Plano de Saneamento do município.

Agregou, à sua impugnação, que o Plano Municipal comporta algumas ausências, a saber:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

- regulamentação da forma como se dará a participação na coleta, destinação e disposição dos resíduos sólidos pelas cooperativas ou associações de catadores e da participação do município no retorno econômico das receitas alternativas;
- diferenciação quanto ao que se pretende como disposição final e destinação final ambientalmente adequadas dos resíduos sólidos;
- discussão a respeito da regulamentação da situação em que se encontram os "caçambeiros";
- forma de recuperação dos passivos ambientais e imposição de regramento e efetiva fiscalização do ente municipal na gestão dos resíduos; e
- estabelecimento de diretrizes sólidas e propostas concretas para a não geração, redução ou reutilização de resíduos, conforme exigência do art. 9º, § 2º da Lei nº 12.305/10.

Menciona, ainda, que em 1º de junho de 2011 foi publicado um "Procedimento de Manifestação de Interesse" (PMI) pela prefeitura, com o objetivo de autorizar que interessados apresentassem estudos técnicos, econômicos e financeiros necessários à análise da viabilidade e estruturação do projeto de parceria público-privada, os quais não foram apresentados na forma exigida, indagando o porquê do oferecimento do "Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos" em seu lugar.

Também destaca que os estudos de viabilidade econômico-financeira foram exibidos somente seis meses após as audiências públicas sobre a PPP pretendida, que não há total atendimento aos requisitos exigidos na Lei nº 11.079/04, e que se mostra preocupante a utilização de percentual acima de 5% da receita corrente líquida do município na PPP, já que obstaria a realização de novas parcerias e o recebimento de verbas federais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

A decisão monocrática que recebeu a matéria como Exame Prévio de Edital - na qual também se concedeu prazo para o oferecimento dos devidos esclarecimentos - foi referendada pelo e. Plenário, conforme evento 35 constante dos autos do processo 3900.989.13-8.

Em resposta, a Origem encaminhou seus documentos com as suas justificativas, separados em duas peças - uma protocolizada por procuradores municipais, outra por advogados legalmente constituídos - sintetizadas ao longo deste relatório, em face do volume de seus argumentos.

Na primeira delas, preliminarmente destacou que, antes de publicar o edital em análise, aprovou o Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo Urbano do Município, condição necessária à celebração do futuro contrato.

Também informou que o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) foi concluído em novembro de 2011 - o qual serviu de fundamento para a elaboração do Plano.

Esclareceu que a municipalidade desenvolveu os estudos técnicos e econômico-financeiros comprovando a viabilidade da prestação universal e integral dos serviços públicos de limpeza urbana, bem como elaborou as minutas do edital e do contrato que foram objeto de consulta e audiências públicas, conforme documentos que acostara aos autos.

Neste contexto, destacou que a Prefeitura de Ribeirão Preto, o Ministério Público e diversas entidades da sociedade passaram a discutir alterações na Política Municipal de Resíduos e no Plano Setorial, culminando na celebração de um "acordo multilateral".

Ainda em preliminar, mencionou que a Prefeitura pretende atingir, dentro de poucos anos, os objetivos maiores da universalização e integralidade do acesso de seus cidadãos aos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos e de limpeza urbana em conformidade com os investimentos de expansão e qualificação da pertinente



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

infraestrutura prevista no Plano Setorial de Limpeza Urbana e de Manejo de Resíduos Sólidos.

Quanto aos questionamentos, iniciou pelo enfrentamento daqueles prolatados pelo MPC, defendendo a absoluta adequação da composição do edital, modalidade de contrato, critério de julgamento, sistema de pontuação, prazo de validade das propostas, restrição ao número de consorciadas, disposições afetas à regularidade fiscal e da capacidade técnico-operacional, citando julgados em seu favor e a obediência ao ordenamento legal e às súmulas desta Corte.

Afirmou, ainda, que não houve qualquer desembolso pela prefeitura no tocante aos estudos - os quais por sua vez foram utilizados na elaboração do Plano Setorial de Limpeza Urbana - condição de validade da futura licitação.

Também procurou demonstrar - inclusive com a utilização de doutrina e julgamentos desta Corte - a improcedência das queixas dirigidas pelos senhores André Luis Donega Moresca e Jonas Mateus de Oliveira.

A outra peça de defesa referiu-se exclusivamente à representação intentada pela Seccional da OAB.

Resumidamente, sublinhou que o Plano Setorial de Limpeza Urbana atende tanto aos requisitos previstos no art. 19 da Lei nº 12.305/2010, como também ao disposto na Lei nº 11.445/2007 - além de ressaltar, dentre outros muitos elementos de defesa, precedentes deste Tribunal envolvendo parcerias similares de outros municípios.

ATJ opinou pela improcedência no que se refere exclusivamente aos aspectos de engenharia; já sua Chefia optou pela procedência parcial.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas propugnou pela anulação, enquanto que SDG manifestou-se pela procedência parcial, após o oferecimento de novos esclarecimentos, também apreciados pelo MPC.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

É o relatório.

fnp/



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

00003900.989.13-8

00003908.989.13-0

00003910.989.13-6

00003958.989.13-9

Modelos similares ao que pretende utilizar a Prefeitura de Ribeirão Preto já foram apreciados por esta Corte, como são exemplos os processos tratados nos TC-16337/026/11 e 33667/026/11, de minha relatoria, sessões do Pleno de 6/4/2011 e 26/10/2011, respectivamente, referentes aos municípios de São Bernardo e Barueri.

Como mencionei naquelas ocasiões, o tema assume enorme relevância não só em nível municipal, mas em todas as esferas de governo, diante da necessidade de se buscar soluções que conciliem a produção de resíduos - intensificada com o crescimento populacional, estabilidade econômica e expansão das cidades e indústrias -, com a preservação do meio ambiente.

Por sinal, esta preocupação também já fora externada pelos Senhores Conselheiros em nossas reuniões plenárias, algumas já de longa data - como as que ocorreram em 15/9/2010, na qual o eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini realçou a necessidade de acompanhamento destes contratos por esta Corte -, e 8/6/2011 - ocasião em que o eminente Conselheiro Renato Martins Costa realçou a importância de ações efetivas e distribuídas entre as várias esferas governamentais, relacionadas a empreendimentos e serviços ligados à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Reflexo destas inquietações pode ser exteriorizado, ainda, na edição das Leis federais 11.445/07 e 12.305/10 - a primeira estabelecendo diretrizes nacionais para o saneamento básico, a segunda instituindo a "Política Nacional de Resíduos Sólidos" - a qual reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com demais entes, com vistas à gestão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Também não se pode perder de vista que desde 2004 a Administração dispõe de um instrumento legal (lei nº 11.079), baseado em grande parte na experiência britânica, tendo por fundamento uma "parceria" entre o ente público e privado - mais conhecida como "PPP", dividida em concessão patrocinada ou administrativa - interessando a este exame apenas a última hipótese, pois dela se valeu a Prefeitura de Ribeirão Preto para fins de instauração da concorrência em exame.

Este modelo, *grosso modo*, possibilita o financiamento privado para projetos de interesse da sociedade que envolvam investimentos e gastos vultosos, para os quais o Governo não teria condições de arcar somente com recursos provenientes dos impostos.

É com base na observância a estas normas legais e as diretrizes fixadas, somadas aos enriquecimentos dos debates promovidos por Vossas Excelências em oportunidades anteriores e com a jurisprudência atual da Casa, que a matéria deve ser apreciada.

Neste compasso, se para as licitações regidas pela Lei 8.666/93 seria temerária a junção de todas as atividades inerentes ao objeto que ora se aprecia, no caso da "PPP" esta preocupação, a princípio, não se justifica.

Isto porque, neste modelo, há a necessidade de se visualizar tanto o aspecto relativo à obtenção de receitas como também o referente à amortização - circunstâncias que, ausentes, poderiam implicar no desinteresse do investidor privado, tornando inócuo o procedimento licitatório.

Esta contextualização encontra-se refletida no art. 4º da Lei nº 11.079/04, em especial nos inc. II, VI e VII, ao estabelecer como diretrizes a ser observadas nas parcerias público-privadas o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, a repartição objetiva de riscos entre as partes, a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Se há eventuais reflexos negativos à amplitude do universo de competidores decorrentes da composição do objeto, tal preocupação encontra-se mitigada, igualmente, diante da previsão da participação de empresas em regime de consórcio.

O tipo de licitação eleito também não indica qualquer afronta ao ordenamento jurídico, uma vez que encontra respaldo no art. 12 da Lei nº 11.079/04 (permite a oferta da melhor proposta em razão da combinação do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração com o de melhor técnica) - entendimento explanado várias vezes por esta Corte, inclusive em sede de consulta formulada pela Prefeitura de Piracicaba (TC-13841/026/06, sessão de 4/7/2007).

Prosseguindo neste exame, importante acrescentar o histórico que precedeu a licitação em tela, como forma de auxiliar na convicção acerca de alguns dos apontamentos narrados no relatório.

Nesta esteira, consta que em maio de 2012 a Administração cuidou de elaborar o "Plano Setorial de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos", consubstanciado na Lei Complementar Municipal nº 2.538/12 - o qual, segundo relata, fora concebido a partir dos estudos obtidos por meio do "PMI - Procedimento de Manifestação de Interesse", concluído em novembro de 2011 -, obedecendo aos termos do *caput* e § 2º do art. 19 da Lei nº 11.445/07, além de contar com o conteúdo mínimo imposto por este dispositivo legal¹.

¹ 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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Também ressaltou que tal plano adotou medidas hábeis a estimular a reciclagem, acompanhamento do ciclo de vida e a redução da geração de resíduos, formação e desenvolvimento das cooperativas de catadores e sua inclusão nos programas de coleta seletiva e reciclagem, dentre outras.

Este documento, pelo que pude extrair, não se confunde com o "Plano de Gestão Integrada" definido no art. 19 da Lei nº 12.305/10, mas a Origem justificou a omissão alegando que a sua confecção plena passa pela disciplina de algumas matérias ainda carentes de regulamentação federal - como é o caso dos acordos setoriais referentes aos produtos previstos nos incisos II, III, V e VI do seu art. 33.

A par destes esclarecimentos, em companhia da SDG, compreendo não haver motivos suficientes a ponto de impedir a continuidade da licitação, no tocante aos questionamentos relacionados a estes tópicos.

Permito-me assim concluir com a ponderação de que uma melhor compreensão dos efeitos destas nuances - abrangendo o plano anunciado, as medidas que o precederam, seus elementos integrantes e o pleno atendimento ao regramento legal aplicável - demanda uma apreciação pormenorizada e analítica - insuscetível neste momento em face do caráter apriorístico desta via processual - mas que pode e deve ser realizada na via ordinária, pela fiscalização da Casa, após a formalização do contrato.

Este desfecho, pelos motivos já expostos, também cabem às objeções relativas à lei municipal e diferenciação quanto ao que se pretende como disposição final e destinação final ambientalmente adequada - conceituadas no art. 3º da Lei nº 12.305/10.

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.

[...]

§ 2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Também não vislumbro óbices na exigência de metodologia de execução, no formato estabelecido pelo Anexo III. Como ressaltei ao apreciar a "PPP" do município de São Carlos (TC-6015/026/09), o conceito de proposta técnica não só supera como contém a concepção de metodologia de execução. Logo, não é ilegal requerer dos interessados em integrar uma parceria público-privada que a submetam a exame de qualificação.

No tocante à pontuação, "não é novidade que certo grau de subjetividade quando da avaliação da melhor proposta técnica sempre há de existir" - circunstância bem lembrada pelo eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues nos autos do TC-025.989.12 (sessão do Pleno de 14/3/2012).

No caso aqui, parecem-me aceitáveis e dentro de um limite tolerável os parâmetros de pontuação contidos no Anexo III do edital, ao conferir 0% nos casos de não apresentação ou item demonstrado incompatível com as exigências; 50% nas situações cujo conteúdo atende parcialmente as especificações, ou, ainda que atenda, não comprove a viabilidade operacional dos serviços ou deixe de considerar as variáveis envolvidas; e 100% desde que o conteúdo atenda as especificações técnicas, com a comprovação da viabilidade operacional e consideradas as variáveis que envolvam a prestação do serviço.

Ademais, o § 2º, art. 12 da Lei nº 11.079/04 impõe que o exame das propostas deverá ser feito por ato motivado, com base nas exigências estabelecidas, sujeito a interposição de recurso - expressamente previsto na cláusula 11.23 do edital -, contribuindo também para cotejar uma escala maior de objetividade à sua análise.

O prazo de validade das propostas de noventa dias não impõe correção. Conforme ilustra Marçal Justen Filho ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" - Dialética, 15ª Ed.), o artigo 64, § 3º da Lei nº 8.666/93 traduz-se em regra supletiva, a ser adotada quando o instrumento convocatório não dispuser a respeito.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Este raciocínio também encontra amparo tanto em decisões deste Plenário (vide processos 1731.989.13-3, sessão de 4/9/2013; 965.989.12-2 e 974.989.12-1, sessão de 3/10/2012), como também na esfera judicial (STJ, MS 15.378/SP, em 22/2/2005 - precedente colacionado pela SDG).

A limitação do número de consorciadas insere-se no campo do poder discricionário do Administrador.

Isto porque, se é certo afirmar que até a proibição da participação de consórcios no certame é possível, segundo a melhor inteligência que se faz do art. 33 da Lei nº 8.666/93, antagonizaria este entendimento caso não se admitisse a limitação de seus membros, valendo a máxima do "quem pode o mais, pode o menos".

A propósito, o repertório jurisprudencial conta com vários decisórios que aceitaram a delimitação (160.989.12-5, 178.989.12-5 e 184.989.12-7 - sessão de 14/3/2012, sob minha relatoria; TC-009023/026/11, TC-9.582/026/11, TC-012.945/026/11, TC-013.245/026/11, TC-013.759/026/11 - sessão de 27/7/2011, sob a relatoria do e. Conselheiro Antonio Roque Citadini; TC-05563/026/11, TC-006034/026/11 e TC-006115/026/11 - sessão de 13/4/2011, de relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa).

Em relação à regularidade fiscal, recorro que nossa jurisprudência acampou a tese - hoje pacífica - de que as exigências afetas a este tópico devem restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual (cfe. TC-32300/026/08, sessão Plenária de 24/9/2008 de relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa).

De fato, não se mostra como mais adequado exigir a regularidade do recolhimento de tributos cujo fato gerador, que nos termos do art. 114 do Código Tributário Nacional é "*a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*" - esteja inconciliável com o objeto que se pretenda adquirir.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Isto, no entanto, não significa dizer ser atributo deste Tribunal enumerar quais os tributos incidentes em determinado procedimento licitatório, seja por escapar da esfera da competência direta desta Corte de Contas, seja porque poderia ocorrer um conflito nesta seara, inclusive com a utilização indevida da nossa decisão como argumento defensivo do contribuinte, em oposição à pretensão legítima de cobrança por parte das autoridades fazendárias legalmente incumbidas desta tarefa.

Exemplo de como o debate sobre o tema pode se mostrar tormentoso refere-se ao ICMS - cuja hipótese de incidência, a depender do objeto, nem sempre é clara na letra fria da lei.

Nestes termos, penso que duas soluções são possíveis para a resolução da controvérsia: ou o edital expressamente disponha que a comprovação de regularidade limite-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual, ou simplesmente prescreva, de forma genérica, os preceitos contidos no art. 29, III da Lei nº 8.666/93.

No caso, não vejo necessidade de alteração do conteúdo editalício, já que a redação dos itens impugnados indica a adoção desta segunda solução - indo ao encontro, inclusive, do decidido no processo eTC-2698.989.13-4 (Tribunal Pleno do dia 30/10/2013, rel. e. Conselheiro Renato Martins Costa).

Aliás, percebo que as cláusulas mencionam o verbete "regularidade" - inferindo abrigar tanto as certidões negativas como as positivas com efeitos de negativa, corroborando esta conclusão.

Já o teor da demonstração de experiência, nos exatos termos impugnados pelos Representantes, merece apreciação de forma segregada.

Iniciando pela prescrição contida no item 12.13, a limitação em até três atestados para fins de comprovação de experiência anterior, no caso concreto, mostra-se razoável, diante do vulto do empreendimento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Vale lembrar que o §1º do art.30 da Lei n.8.666/93 não estabeleceu nenhuma hipótese de limitação máxima ou mínima do número de atestados para se aferir a aptidão técnica dos proponentes, inferindo-se que pode ser admitida em determinados casos excepcionais que a justifiquem, como o que aqui se aprecia.

Concernente às parcelas eleitas como de maior relevância, agregada à significativa importância que assume o parecer da unidade da ATJ pertinente à área de engenharia - a qual considerou satisfatórios os esclarecimentos prestados pela defesa -, merece destaque o argumento da Municipalidade, na direção de que as exigências referentes à atestação técnico-operacional apresentam percentual igual ou inferior a 50% dos quantitativos previstos para o "ano 1" da execução - inclusive no que se refere às vertentes relacionadas ao Biogás, cuja quantidade exigida - na ordem de 400 Nm³/hora - equivale a este percentual na comparação com a sua produção relativa a 2013 (ano de lançamento do edital).

Estas informações, considerada a magnitude do empreendimento e o fato de que as atividades relativas ao biogás e ao transporte de caçambas integram o objeto da licitação, apontam que não houve desrespeito aos quantitativos previstos na Súmula nº 24, ou mesmo ao que apregoa a Súmula nº 30, tampouco ao que prescreve o art. 30 da Lei de regência - cujo teor possibilita a comprovação da aptidão em atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Ainda quanto aos atestados, a possibilidade do fornecimento de declaração da proponente, em substituição aos atestados previstos no item 12.10, traduz-se mais como medida incentivadora da disputa, e não como cerceadora da competição, haja vista consolidar-se como obrigação alternativa, dirigida, ao que tudo indica, às empresas não detentoras dos atestados exigidos. Logo, não merece acolhimento, uma vez que a pretensão do representante, aqui, conspira contra o princípio da ampla competitividade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Também não há a transgressão à Súmula nº 15, decorrente da redação do subitem 12.14, como suscitado. A declaração exigida na cláusula refere-se ao profissional integrante do quadro permanente da licitante - distanciando-se, portanto, do compromisso de terceiros - este sim proibido pelo Enunciado Sumular.

E já que vem ao caso, o subitem 12.14.1 amplia o conceito de "quadro permanente", à luz do que preconiza a Súmula nº 25, ao permitir várias formas de comprovação da vinculação do profissional, inclusive por meio de contrato de prestação de serviço.

A origem esclarece que as previsões editalícias relativas à transferência do ônus relativo ao pagamento dos estudos têm por finalidade ressarcir os custos incorridos pela empresa que os entregou no âmbito do procedimento de manifestação de interesse (PMI) - circunstância que encontra respaldo legal, principalmente, no art. 21 da Lei nº 8.987/95, dada a sua aplicação subsidiária concedida pelo art. 3º da Lei das "PPPs" - o que torna o reclamo insubsistente neste quesito.

Atinente ao óbice relativo ao aviso de licitação, não vislumbro a falha suscitada, uma vez que a cópia encartada aos autos eletrônicos é suficiente ao atendimento do art. 21 da Lei nº 8.666/93, ao indicar, além dos esclarecimentos fundamentais, o local onde os interessados poderão ler, obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação.

Não procede, também, a queixa dirigida à inexistência de prescrições relativas à adoção das práticas inerentes a não geração, redução e reutilização de resíduos. Aqui, a Prefeitura explica que tais objetivos, detalhados no edital, atendem integralmente ao disciplinamento contido na Lei nº 12.305/10, citando exemplos neste sentido, como é o caso das atividades de implantação e manutenção de programa de educação e informação ambiental, coleta seletiva, estabelecimento e manutenção de central de triagem para operação das cooperativas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

As menções contidas no item 1.4 do anexo III, referentes às diretrizes para a apresentação da proposta técnica, no que concerne ao transbordo, transporte e destinação final dos resíduos não denotam uma ilegalidade, como quis fazer crer a peça vestibular. Vale destacar que o edital possibilita a apresentação de novas tecnologias para a prestação do objeto, e que a menção ao Centro de Gerenciamento de Resíduos de Guataporã no item 5.2.4 do plano Setorial tem a finalidade de demonstrar o "diagnóstico do sistema de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos" do município, consoante o inc. I do art. 19 da Lei nº 11.445/07, como asseverou a Origem.

Aliás, para casos da espécie torna-se desnecessária a elaboração de um "projeto básico" nos moldes previstos pela lei nº 8.666/93.

Isto decorre da própria essência das parcerias público-privadas - nas quais se busca a solução mais eficaz a determinada situação, a ser proposta pelo próprio particular - o que restaria inibido, caso o projeto básico viesse pronto e completo, sem margem a inovação.

Este raciocínio fica ainda mais evidente ao se verificar uma das razões ao veto do inc. II, art. 11 da Lei nº 11.079/04 pela Presidência da República, nestes termos:

"Contratos de parcerias público-privadas realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário."

Sendo assim, basta que o edital estabeleça elementos mínimos necessários à plena caracterização do objeto - o que, no caso, parecem suficientemente descritos no termo de referência, dentre outras passagens.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

A Prefeitura menciona não haver, ainda, o adequado dimensionamento das ações necessárias para a remediação ambiental do antigo aterro, mas esclarece que a contratada terá a obrigação de realizar ditos dimensionamentos, bem como tratar o biogás produzido naquela área.

Extraio que estas minúcias, somadas ao descrito no subitem 1.29 do anexo III (*trata do estudo para a remediação do antigo aterro, envolvendo a descrição da sua metodologia e dos diagnósticos*), e ao subitem 1.30 (*discorre sobre a implantação, manutenção e operação do biogás na área do antigo aterro, abrangendo o plano básico para sua implantação, manutenção e operação*), são suficientes para afastar as queixas dirigidas ao impacto ambiental, como também à inserção de estudos de viabilidade técnica do antigo aterro.

O questionamento dirigido à ausência de licenciamento ambiental prévio não tem razão de existir. Uma leitura atenta do art. 10, inc. VII da Lei 11.079/04 autoriza o Ente licitante - e assim este o fez - a substituir a licença antecipada pelas "diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento".

No tocante à utilização de mão de obra dos catadores, cooperativas ou associações, e ao retorno econômico a ser auferido pelo município com as receitas alternativas, a Comuna alega que estas disposições foram previstas no acordo Multilateral, no Plano Setorial de Resíduos e no edital de forma suficiente - a exemplo da cláusula 10.1.17 da minuta contratual (estabelece que o futuro concessionário deverá destinar 0,5% do faturamento anual bruto, auferido por meio da contraprestação pública, para o incentivo à formação, estruturação, organização, manutenção e capacitação dos grupos sociais de baixa renda), e da concessão de descontos obrigatórios pela contratada - em uma escala que vai de 2% a 10% -, argumentos que me convencem da improcedência destas controvérsias.

Nenhuma censura cabe ao lapso temporal estabelecido para o recolhimento da garantia de participação (até às 16 horas do dia anterior ao do recebimento das propostas). A



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

medida, restrita à caução em dinheiro, decorre do horário de funcionamento da Secretaria Municipal da Fazenda.

A alegada "garantia irrisória" por parte do poder público não se sustenta.

Sobre este tópico, a Prefeitura informa que assumiu o compromisso de constituir a caução de contraprestação pública por meio de recursos próprios, socorrendo-se do inc. VI, art. 8º da Lei das Parcerias.

Como já dito, busca-se com a "PPP" o financiamento do empreendimento de interesse público pelo parceiro privado - o qual, por sua vez, buscará o aporte dos recursos necessários no mercado, vale dizer, nos bancos ou entidades equivalentes - elevando-os a uma significativa importância neste modelo. É neste contexto que se insere o disposto no item 14.1.2, relativo à declaração de compromisso emitida por seguradora ou instituição financeira devidamente autorizada pelo Banco Central.

A sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria refletem uma das diretrizes estampadas no inc. VII, art. 4º da Lei nº 11.079/04.

Neste ponto, a Prefeitura menciona que a solução implementada no edital foi estruturada a partir dos diagnósticos, objetivos e metas estabelecidas no instrumento de planejamento dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos e de limpeza urbana do município.

Sob esta perspectiva, ressaltou a relevância do Estudo de Viabilidade Econômica e Financeira - EVEF, no qual se sobressai que a estrutura econômico-financeira possibilitará ao Poder Público uma redução acumulada nos gastos estimada em R\$ 224 milhões ao longo dos vinte anos, conforme tabela que apresentou em sua defesa.

De fato, uma visualização da parte anexada aos autos eletrônicos do referido trabalho indica alguns fatores favoráveis à iniciativa da Prefeitura, como são exemplos a redução do comprometimento da contraprestação em relação ao orçamento durante a vigência contratual - iniciando em



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

5,69% e decrescendo a 4,69% -, a diminuição dos gastos com a administração dos diversos contratos, e uma maior eficiência administrativa no setor público.

Outros argumentos nesta direção encontram-se sintetizados na cláusula 10.1.17 da minuta contratual (prevê como encargo do futuro concessionário a destinação de 0,5% do faturamento anual bruto, auferido por meio da contraprestação pública, para o incentivo à formação, estruturação, organização, manutenção e capacitação dos grupos sociais de baixa renda, em atendimento ao disposto no "Acordo Multilateral" firmado com o Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades), e no Anexo IV - "Diretrizes para elaboração da Proposta Econômica" (estipula a obrigatoriedade de a futura concessionária conceder os descontos progressivos na ordem de 2%, 4%, 6% e de 10%, relativos ao valor faturado no segundo, quarto, sexto e oitavo ano em diante, respectivamente), já mencionados neste voto.

É necessário considerar, ainda, que o valor da contraprestação pública não se resume somente à remuneração dos serviços públicos, já que engloba também gastos efetuados pelo futuro concessionário decorrentes de uma série de obrigações adjacentes à prestação direta dos serviços, como justificado.

Assumo que causa certa inquietação o comprometimento da receita corrente líquida com a parceria - há uma previsão inicial no patamar de 7,5% e final de 5,2% - hipótese apta a indicar, em tese, a proibição da concessão de transferências voluntárias pela União, de acordo com o art. 28 da lei nº 11.079/04.

No entanto, penso que esta situação, analisada isolada e aprioristicamente, não é suficiente para condenar a formatação proposta, seja pelos elementos favoráveis já descritos, seja porque representa apenas um incremento médio de 0,4% em relação às despesas atuais com os contratos de mera prestação de serviços, na ordem de R\$ 88 milhões, ao se considerar o comprometimento médio de 6,2%, ou ainda por não se distanciar em demasia, na progressão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

estimada, do limite percentual estipulado pelo preceito legal - abrاندando a preocupação externada.

E, diga-se, de passagem, que se trata de meras estimativas, com chances reais de queda, dependendo da eventual competição no certame licitatório, já que somente com a proposta vencedora é que se obterá um cálculo correto da despesa a ser suportada.

Ademais, além de não proibir a realização da licitação, mas somente obstar a concessão de repasse voluntário - mesmo porque a transferência de natureza compulsória goza de garantia constitucional -, é preciso reconhecer certa instabilidade do artigo 28, diante das alterações que lhe foram produzidas (vide as leis 12.024/09 e 12.766/12, as quais aumentaram o limite original de 1% para 3% em 2009, ampliado novamente para os atuais 5% em 2012).

Sensível a estes motivos e sem perder de vista as características intrínsecas de que se reveste o Exame Prévio de Edital - sobretudo o seu caráter eminentemente perfunctório -, prefiro acatar os elementos de defesa, deslocando o necessário exame desta vertente, inclusive no tocante aos referidos estudos, também à fiscalização competente, por se mostrar como o momento mais apropriado para esta apreciação.

De qualquer modo, considerando que o edital deverá passar por correção como mencionarei adiante, nada impede a Origem de, se for o caso, reavaliar a conveniência de manter o nível de comprometimento da receita do município em relação ao projeto.

Os demais questionamentos relativos a eventuais omissões concernentes ao Plano Municipal também foram afastados a contento pela defesa, diante da plausibilidade de suas alegações, na direção de que a atuação dos "caçambeiros" insere-se no conteúdo expresso no § 2º do art. 9º e no artigo 11 da Lei Complementar nº 2.538/12 (relativo a atividades a serem prestadas por particulares, necessitando de prévia autorização expedida pelo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

município), e que a definição das ações relativas ao passivo ambiental estão explicitadas no item 6.7 do mesmo ordenamento legal.

Além disso, vale realçar que a lei instituidora da Política Municipal de Resíduos definiu órgão regulador e fiscalizador específico (Corefirp - Comissão de Regulação e Fiscalização de Resíduos de Ribeirão Preto), no inciso XII do seu art. 2º.

A Prefeitura também cuidou de esclarecer, de forma satisfatória, o restante das impugnações, sobretudo no que se refere à regularidade do procedimento da consulta e das audiências públicas.

Sobre este assunto, sublinhou que a partir das diretrizes, metas e objetivos definidos no plano, a municipalidade desenvolveu, além dos estudos técnicos e econômico-financeiros, as minutas do edital e contrato, com a realização de consulta e audiências públicas - cujos documentos foram aperfeiçoados, em face das críticas e sugestões recebidas.

Informou que junto ao aviso da licitação, publicado em outubro de 2013, foram disponibilizados o edital e todos os seus anexos, dentre os quais o "Estudo de Viabilidade Econômica e Financeira" - (EVEF), atinente ao texto convocatório - o qual, por sua vez, teve inicialmente estabelecida como data de abertura o dia 10/12/2013.

Por fim, reservei para o final o único questionamento que, a meu ver, merece acolhimento, relacionado à proibição da participação de empresa estrangeira, prevista de forma enfática no item 7.1.1 do edital.

Reconheço que, contemporaneamente, as alterações promovidas principalmente pela Lei nº 12.349/10 ao estatuto das licitações revelaram uma maior preocupação com as empresas nativas ao estabelecerem margens de preferência a ser concedida aos produtos manufaturados e serviços nacionais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Todavia, isto não significa a possibilidade da exclusão das sociedades estrangeiras no certame licitatório, diante da prescrição contida no § 1º, art. 3º da Lei nº 8.666/93, cujo conteúdo veda aos agentes públicos o estabelecimento de cláusulas que definam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, domicílio ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Na realidade, compreendo como hipótese a excepcioná-la somente a regra estabelecida no § 12 daquele mesmo preceito legal, ao definir que *"nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176/01"* - situação que não se enquadra nestes autos.

Vale mencionar, como o fiz por ocasião do exame do edital da "PPP" de São Bernardo (TC-33667/026/11), que o objeto licitado comporta o uso de tecnologias externas, as quais têm o potencial de conduzir a um resultado altamente satisfatório, denotando um elemento a mais em prol da abertura do certame aos estrangeiros.

Diante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas nas peças vestibulares, voto pela **improcedência** das representações intentadas pela 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e por Andre Luis Donega Moresca, e pela **procedência em parte** daquelas formuladas pelo Ministério Público de Contas e por Jonas Mateus de Oliveira, devendo a Prefeitura de Ribeirão Preto que retifique o item 7.1.1 do edital, para fins de possibilitar a ampla participação de empresas na licitação, nos termos consignados neste voto.

Outrossim, atento à contribuição dada pelo eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini na sessão, recomendo que a Origem estipule claramente qual o destino final a ser



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

dado aos resíduos sólidos, bem como reavalie as demais prescrições do texto convocatório, especialmente as que guardarem relação com as que ensejam correções, a fim de verificar sua consonância com as normas de regência, jurisprudência e Súmulas desta Corte, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, conforme preceitua o art. 21, § 4º, da Lei federal nº 8.666/93.

Acolhido este entendimento pelo Plenário deste e. Tribunal, devem ser intimados Representantes e Representada, na forma regimental.

Com o trânsito em julgado, sigam os autos à fiscalização da Casa, para anotações.

Após, archive-se.