TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
GABINETE DO CONSELHEIRO
RODRIGO CHAMOUN

PROCESSO TC	**7639/2011**
JURISDICIONADO	**SERVIÇOS AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO MATEUS - SAAE**
INTERESSADO	**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – Promotor de Justiça da Comarca de São Mateus – Dr. Edilson Tigre Pereira**
RESPONSÁVEIS	**Sr. Luiz Carlos Sossai, Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus/ES - SAAE e Sr. Amadeu Boroto, Prefeito Municipal de São Mateus**
ASSUNTO	**DENÚNCIA**

Excelentíssimo Senhor Presidente,
Excelentíssimos Senhores Conselheiros,
Excelentíssimo Senhor Procurador-Chefe do Ministério Público Especial de Contas.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS QUANTO AOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A despeito da juntada do Voto datado de 05/06/12, fls. 620/658, retirei o processo da Pauta de Julgamento da 42ª Sessão Ordinária de 2012, em razão da solicitação da defesa oral sustentada pelo representante do Consórcio Águas do Cricaré, que veio a apresentar a este Relator os motivos do procedimento licitatório – Concorrência Pública nº 002/11, realizado pelo SAAE do Município de São Mateus, com intuito de implantação/melhoria do Saneamento Básico naquele município, através de contratação na modalidade "Locação de Ativos", conforme respaldo jurídico e legal nos moldes implantados pela SABESP de São Paulo, consoante se verifica na documentação encaminhada de fls. 674/809.

I.1- Da análise das questões preliminares:

I.1.1 - Ausência de adequação deste processo ao Regimento Interno desta Corte de Contas:

Destaca o Consórcio que o expediente encaminhado pelo membro do Ministério Público Estadual ao ilustre Procurador de Contas não se enquadra nos requisitos de admissibilidade expressos nos incisos II e III do Regimento Interno desta Corte de Contas, atraindo seu não recebimento, por inépcia formal, vez que não reportados as irregularidades ou qualquer outro vício maculador do certame deflagrado pelo SAAE de São Mateus.

Considera plausível, entretanto, pelo princípio da fungibilidade, sua autuação de 'Denúncia' para 'Consulta', pois entende que a matéria 'Locação de Ativos', por novidadeira no Estado do ES e revestida, em tese, de enormes benefícios para o Poder Público e a população em geral, requer uma análise aprofundada pela área técnica deste Tribunal em autos apartados.

Outrossim, nos autos principais, requer o Consórcio o reconhecimento de inexistência de irregularidade que justifique a suspensão ou cancelamento da Concorrência Pública nº 002/11, podendo esta evoluir para seus ulteriores termos de direito com a imediata formalização do contrato administrativo vinculado e demais atos administrativos correlatos.

Não há que se dar provimento ao pedido do Consórcio, no sentido de considerar o presente expediente como "CONSULTA", pois nele não se encontram as formalidades exigidas pelo art. 122, § 1º da supracitada LC nº 621/12[1], em especial por se tratar de

[1] Art. 122 - O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais; II - Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais; III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça; IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado; V - Secretário de Estado; VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais; VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios. § 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades: I - ser subscrita por autoridade legitimada; II - referir-se à

caso concreto e não ser subscrita por autoridade legitimada, respectivamente indicada nos incisos IV e I deste dispositivo legal.

Percebo, contudo, que com a entrada em vigor da LC 621/2012, há que se alterar a autuação deste feito fazendo constar REPRESENTAÇÃO ao invés de DENÚNCIA, considerando a legitimidade do Ministério Público, nos termos do art. 99, § 1º, inciso II da LC nº 621/12[2], em face de fortes indícios de irregularidades mencionados, inclusive, com apresentação de documentação de suporte.

I.1.2 – Arguição de suspeição do Promotor de Justiça por inimizade capital, desvio de conduta e abuso de autoridade

Arguiu o Consórcio a suspeição do Promotor de Justiça Edilson Tigre Pereira, tendo em vista a existência de um rancor extremo entre este e o prefeito Amadeo Boroto, cujo conhecimento é público e notório na cidade de São Mateus, derivado de convicções políticas oposicionistas do cidadão Edilson Tigre Pereira ao Prefeito Municipal, anexando como prova documental o ofício PCSM/nº 08911, datado de 01/12/11, endereçado ao vereador Carlos Alberto Gomes da Silva – Presidente da Câmara Municipal de São Mateus, conclamando àquela Casa Legislativa a opor-se a Concorrência Pública nº 002/11 (fls. 755/756) .

Neste expediente, o Consórcio alega possuir incitações à animosidade entre o Executivo e Legislativo Municipal, pois entende como manipulada a verdade dos fatos, induzindo a erro os vereadores, caracterizando-se como desvio de conduta do agente público (Promotor de Justiça) e abuso de autoridade do mesmo, passível da declaração de suspeição e impedimento de manifestar-se nestes autos, além das cominações expressas nos artigos 123, 124, inciso II da LC 95/97 – Lei Orgânica do Ministério Público Estadual.

matéria de competência do Tribunal de Contas; III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada; IV - não se referir apenas a caso concreto; V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente. [...]

[2] Art. 99 – Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica. § 1º - Têm legitimidade para representar ao Tribunal: [...] II – Magistrados e membros do Ministério Público; [...]

Também não há que prosperar à suspeição suscitada pelo Consórcio, vez que não se insere nas hipóteses revistas na LC 621/2012, em especial nos arts. 2º, XII e 23, razão pela qual entendo por não deferir este pleito.

I.2 – Do Mérito:

Em resumo foi enfatizado pelo Consórcio a absoluta lisura e correção da Concorrência Pública nº 002/11 do SAAE, tendo sido objeto da licitação adjudicado ao Consórcio Águas do Cricaré e que todas as fases do certame não foram alvo de qualquer recurso administrativo ou ordem judicial.

Evidenciaram a ampla utilização da locação de ativos para suprir as carências de recursos para saneamento básico, seu incentivo pelo Governo Federal, através do Ministério das Cidades, sua normatização e atuação da Caixa Econômica Federal como agente financeiro.

Entende como demonstrado a total ausência de exposição ao risco do dinheiro público com a formalização do contrato administrativo derivado e os prejuízos que o retardamento de sua formalização poderá atrair.

Da análise procedida nas argumentações e documentações encaminhadas pelo Consórcio, verifico que as mesmas não se coadunam com a situação fática ora apresentada, não havendo nenhum fundamento novo, capaz de alterar o posicionamento já espraiado no VOTO colacionado à fls. 620/658.

I.3 – Do Pedido:

Requer o Consórcio a determinação, em caráter de urgência, de notificação para ciência dos interessados e continuidade do certame com a formalização do contrato administrativo derivado e atos subsequentes.

Requer, ainda, que seja encaminhado autos suplementares para a área técnica multidisciplinar desta Corte, com o intuito de estudar o caso, e se conveniente, criar normas que parametrizem o emprego da modalidade de locação de ativos na área territorial sob jurisdição desta Corte de Contas.

Por fim, requer a inclusão deste feito na ordem do dia para julgamento na próxima sessão plenária, independentemente de publicação prévia de pauta, considerando a urgência do tema e das deliberações requeridas, tendo juntado documentação probante às fls. 762/809.

Neste contexto, considerando que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade da Representação, nos moldes do art. 99 da Lei Complementar n° 621/12 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo), reitero no mérito os termos do Voto de fls. 620/658, com algumas ressalvas, excluindo-lhe o tópico II às fls. 624 que tratava do recebimento da presente demanda como Denúncia, restando o voto vazado conforme abaixo transcrito:

(II) RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de solicitação protocolizada em 01/12/2011 neste Tribunal, pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo/Promotoria de Justiça Cível da Comarca de São Mateus, para análise técnica do Procedimento Licitatório que está sendo realizado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Mateus/ES – SAAE, na modalidade de Concorrência Pública - edital nº 002/2011, em face de fortes indícios de irregularidades no certame licitatório, tendo sido autuado neste Tribunal de Contas como Denúncia.

Juntamente com ofício, o Ministério Público anexou documentos referentes à Licitação (fls. 003 a 548), sendo que às fls. 03/05 consta a Notificação Recomendatória nº 002/2011 datada de 28/11/2011 em que o Parquet Estadual recomenda ao Prefeito de São Mateus que determine a suspensão do presente certame que está sendo realizado

pelo SAAE, até ulterior análise de todo o processo licitatório por parte da Promotoria de Justiça e do Tribunal de Contas.

De acordo com o Edital (fls. 10), a Concorrência nº 002/2011, do tipo Menor Preço do Valor Mensal de Locação, tem por objeto a *"contratação de Sociedades Empreiteiras para a Locação de ATIVOS, precedida de Concessão do Direito Real de Uso das Áreas, do Projeto Executivo e da Execução das Obras de Implantação de: 1) Sistema de Captação de Água, Estação de Tratamento e Bombeamento, Adutoras, Reservatórios e reforma de ETA (Estação de Tratamento de Água) existente na sede. 2) Sistema de Esgoto composto por: Estação de Tratamento de Esgoto para 244 l/s."*

Por este tipo de modalidade pretendida pelo Município, uma vez executadas as obras pela empreiteira vencedora, esta locará as instalações construídas ao SAAE de São Mateus/ES, pelo prazo de 30 (trinta) anos, o qual se incumbirá de operá-las e mantê-las.

Consta às fls. 546 dos autos, que o SAAE estima para a execução das obras de implantação do Sistema de Captação de Água o valor de R$ 97.583.000,00 (noventa e sete milhões quinhentos e oitenta e três mil reais) e para as obras de implantação da Estação de Tratamento de Esgoto o valor de R$ 31.720.000,00 (trinta e um milhões setecentos e vinte mil reais).

Em sua primeira manifestação nos autos, em 07/02/2012, a 4ª Controladoria Técnica informou que a "*locação de ativos*" trata-se de uma "*novidade no âmbito do Estado do Espírito Santo*", ressaltando não ter encontrado menção a esse instituto seja na Lei de Licitações ou mesmo na Lei de Concessão ou na Lei que rege as Parcerias Público Privadas. Registrou ser necessário o aprofundamento da análise jurídica, sugerindo um "*Estudo de Caso*" sobre o assunto.

Com intuito de instruir os autos, a Prefeitura solicitou a juntada do Parecer nº 031/2012, da lavra do Assessor Jurídico Municipal, datado de 17/02/12, bem como cópia do

parecer elaborado no ano de 2008 pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo abordando a locação de ativos realizada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

No Parecer nº 031/2012, o Assessor Jurídico Municipal opinou pela adjudicação do objeto licitado em favor de Consórcio Águas do Cricaré, firmado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda. e Amafi Comercial e Construtora Ltda. Porém, não consta dos autos documentação que comprove a adjudicação e/ou homologação do certame ou mesmo o atendimento à Recomendação do Ministério Público Estadual de suspensão da licitação.

O processo em questão foi também analisado pela 8ª Controladoria Técnica, a qual, em 20/03/12, pronunciou-se conforme a seguir transcrito:

> *"[...]*
> *O NEO identificou o objeto como sendo **locação de ativos**, uma novidade no âmbito do Estado do Espírito Santo. Diante da dificuldade de identificar o regramento jurídico aplicável à espécie, o coordenador daquela unidade sugeriu análise mais aprofundada da questão, sob modalidade "estudo de caso".*
> *Os autos foram, então, encaminhados a esta Controladoria para o pronunciamento respectivo. Contido, o estudo de caso refere-se a demandas internas que exigem esclarecimento jurídico e podem resultar em orientação de caráter geral para as unidades do Tribunal.*
> *Tal conclusão é passível se for considerado que as consultas são demandas externas, feitas pelos devidos legitimados, que vão proporcionar aos jurisdicionados direcionamento técnico, de caráter normativo, sobre as matérias de jurisdição desta Corte.*
> *Tanto um quanto outro instrumento é atribuição desta Controladoria, conforme art. 66, III, d, do Regimento Interno. Contudo, diferem quanto aos efeitos e à forma de tramitação. O estudo de caso, por ser demanda endógena, terá repercussão junto às unidades deste Tribunal, ao passo que a Consulta, por originar-se de demanda exógena, resultará em orientação aos jurisdicionados.*
> *Em ambas as hipóteses, entende-se que a análise deve ser feita em tese, desvinculada de qualquer caso concreto, a fim de resultar em orientação de caráter geral, seja de ordem interna ou externa, conforme a situação.*
> *Como o feito versa sobre denúncia apresentada pelo Ministério Público, sugere-se que seja encaminhado ao Exmo. Conselheiro Relator, a fim de definir a tramitação a ser observada.*
> *Caso haja definição pelo estudo de caso, sugere-se que a questão siga o rito próprio em autos apartados, devendo-se providenciar traslado das peças juntadas aos presentes autos para instruir a manifestação a ser elaborada por esta unidade em tese. Tal providência, no entendimento desta Controladoria, garante maior celeridade na apuração do caso concreto,*

pois os autos seguirão de maneira desvinculada".

Vieram, pois, os autos conclusos a este Relator para apreciação e deliberação quanto às manifestações do Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO (fls. 550/551) e da 8ª Controladoria Técnica (fls. 586/587).

Insta registrar que em 24/05/2012, o Prefeito Municipal de São Mateus por intermédio do ofício nº 126/2012 datado de 22/05/2012 (fls. 590) informou que **somente firmará o contrato com a empresa vencedora do certame Concorrência nº 002/2011 após o posicionamento desta Corte de Contas a respeito do assunto**:

> "*Valho-me do presente para informar que foi realizada uma Concorrência Pública nº 01/2011, pela Autarquia Municipal de Água e Esgoto – SAAE, visando à locação de ativos para Estação de Tratamento de Água e Esgoto, neste Município.*
> *Frisa-se, que esta Administração Pública, ao tomar conhecimento da denúncia junto a ESTE Tribunal, realizada pelo Promotor de Justiça Cível, Dr. Edilson Tigre Pereira, e em atendimento à recomendação deste, se absteve de formalizar a contratação da empresa declarada vencedora do certame.*
> *Assim, venho ratificar o posicionamento, no sentido de que o Contrato somente será firmado, caso o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo pela legalidade do procedimento adotado por esta Municipalidade.*
> *[...]*"

Ainda objetivando subsidiar a análise por parte deste Tribunal, o Prefeito Municipal, em 31/05/2012, protocolizou o ofício nº PMSM/GAB/Nº 137/2012 em que informa algumas peculiaridades da Concorrência nº 002/2011, nos seguintes termos:

> *"[...]*
> *A partir do vigésimo segundo mês do contrato, contado a partir da ordem de serviço, o SAAE São Mateus passará a pagar o VML – Valor Mensal da Locação à Sociedade de Propósito Específico – SPE constituída pelo consórcio vencedor, utilizando-se de recursos provenientes das seguintes origens:*
> *1 – Receita tarifária do próprio SAAE proveniente do crescimento da arrecadação da tarifa, em razão do aumento de oferta de água, de eventuais reajustes tarifários e aumento na receita da tarifa de esgoto, pois incide sobre o consumo de água;*
> *2 – Subvenção proveniente do Município de São Mateus ao SAAE, legalmente autorizada pela Lei nº 792/67, em especial pelo seu artigo 4º, alínea "c". [...]"*

É o relatório. Passo à análise.

(III) FUNDAMENTAÇÃO

III.1 – DA LOCAÇÃO DE ATIVOS X PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dos elementos carreados aos autos, constata-se que, de fato, a figura da "locação de ativos" como forma de solução para a execução de serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto é uma inovação, não possuindo precedentes em nosso Estado.

As manifestações colhidas até o momento, seja da área técnica, seja por parte do Município, são uníssonas ao reconhecer a inexistência de norma em vigor que alcance em sua plenitude o modelo eleito pelo SAAE de São Mateus para prover o serviço público em questão.

Corroboro, pois, a opinião da Área Técnica de que a locação de ativos não encontra, a princípio, respaldo na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na Lei de Concessão Comum (Lei nº 8.987/95) e na Lei nº 11.079/2004 que trata de Parceria Público-Privada. Constato, ainda, que nem mesmo o Código Civil, a Lei 11.107/2005 que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos ou a próprio Lei 11.445/2007 que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, há menção direta a essa modalidade inovadora.

Tais constatações levam ao corolário lógico que é a reflexão quanto à viabilidade de se implementar o modelo em questão – locação de ativos, em face de estar a Administração Pública jungida ao princípio da legalidade, pelo qual qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, ou seja, a Administração Pública só pode atuar onde a lei autoriza.

Como ensina Hely Lopes Meirelles "*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim, para o administrador público significa deve fazer assim*".

Para melhor entender a pretensão municipal com a licitação que está sob o pálio de apreciação deste Tribunal, necessário transcrever trecho do relatório final da consultoria contratada pelo Município de São Mateus para estudar o assunto, colacionado à fl. 125 dos autos:

> "*[...]*
> *De acordo com o trabalho de consultoria prestado, foi possível observar algumas características fundamentais referentes ao Município de São Mateus que auxiliaram na escolha da alternativa, das quais relatamos abaixo:*
>
> - *Necessidade eminente e urgente de implantação de um sistema de abastecimento de água na cidade em função da falta de água, em diversas regiões da cidade, principalmente no Balneário de Guriri, onde a população da cidade dobra durante o verão e feriados no final de ano e carnaval;*
> - *Falta de recursos para implantação do sistema do porte necessário para a cidade;*
> - *Falta de recursos para contra prestação no caso da opção Parceria Público Privada;*
> - *Comprometimento político com a população do município na solução da questão nesta gestão ainda;*
> - *Manter os funcionários alocados no SAAE evitando o desgaste social e político com o desemprego dos mesmos;*
> - *Necessidade de aumento de receita durante os próximos anos, tornando o SAAE auto-suficiente e gerador de receitas para a Prefeitura de São Mateus;*
>
> *Diante do descrito acima, a <u>Locação de Ativos</u> foi a Modalidade de financiamento escolhida pelos seguintes motivos:*
>
> - *Não onera o Município durante a execução das obras aumentando a margem de manobra financeira;*
> - *A operação do sistema é da própria Companhia, aumentando/mantendo o número de funcionários;*
> - *Esta modalidade não está sujeita aos limites de crédito da prefeitura;*
> - *É feita através de um processo licitatório simples regido pela Lei 8.666/93, máximo 5 meses até a contratação da empresa;*
> - *O Município não precisa tentar obter o financiamento o que demanda muito tempo;*
> - *O controle das operações continua com o Município;*
>
> *9.4) Outras considerações*
>
> *O vencedor da licitação na modalidade Locação de Ativos é o que apresentar menor valor de locação, isto é, o menor valor presente líquido (VPL) para o fluxo de VML (valores mensais de locação durante os 32 anos de projeto.*
>
> *A taxa de juros a ser considerada, é a taxa de juros de mercado que atualmente varia em torno de 8% a 12% dependendo da instituição a ser definida e da condição financeira do Contratante.*
>
> *O prazo de pagamento do financiamento é de 30 anos após a conclusão das obras que significa a possibilidade do Município em diluir os valores possibilitando e viabilizando seu fluxo de caixa.*
>
> *A carência para pagamento do financiamento é de 2 anos, isto é, inicia a partir do momento*

> *da conclusão das obras e do seu aceite.*
>
> *As garantias que o município pode oferecer são as contas de água e esgoto, bem como os royalties advindos da receita obtida com a exploração e manutenção do petróleo (Petrobras).*
>
> *Na fase de habilitação, as licitantes deverão apresentar Termo de Compromisso de instituição financeira, demonstrando a capacidade financeira da empresa em contrair tal investimento bem como da própria instituição em oferecer linha de financiamento conforme exigências do Edital de licitações.*
>
> *Observar as garantias a serem apresentadas pelo Contratado, nos termos da Lei 8666, assegurando o cumprimento do objeto do Contrato*".

Nesse contexto, segundo a Prefeitura, em apertada síntese, a contratação de uma locação de ativos é feita por licitação, sendo vencedor aquele que oferecer o menor valor mensal de locação (VML) pelo bem a ser construído. O vencedor da licitação deve constituir uma sociedade de propósito específico (SPE), que celebrará o contrato com o SAAE.

Pelo modelo apresentado, não haverá delegação de serviços públicos ao contratado, o qual tem por obrigação construir as obras previamente estipuladas nos imóveis/bens públicos municipais, cedidos temporariamente ao vencedor do certame para esse fim, permanecendo a operação do sistema com o próprio SAAE. Ao final da locação, ou seja, 30 anos depois, as obras construídas são revertidas ao Poder Público contratante.

Nos termos do item 21.1.1 do Edital "*a SPE é responsável pela obtenção dos RECURSOS FINANCEIROS, segundo seu PLANO DE NEGÓCIO, necessários à execução da LOCAÇÃO DE ATIVOS, de modo que se cumpram, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas no CONTRATO*", que deverá ocorrer em 06 (seis) meses consecutivos e ininterruptos contados da data de vigência do contrato.

Uma vez assegurados os recursos financeiros, começa a obra, sendo que no presente caso, conforme dispõe a cláusula 5ª da minuta do contrato parte integrante do Edital

(fls. 51/52), o prazo de vigência é de 32 (trinta e dois) anos, sendo dois para execução da obra e trinta anos para a locação.

Pois bem.

Trata-se de uma figura inovadora, na qual o Município de São Mateus é pioneiro no Estado do Espírito Santo. É, na verdade, um modelo recém-introduzido no país também.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar que em pesquisas realizadas para este voto, somente logramos êxito em localizar a SABESP e a SANASA, companhias de saneamento de São Paulo e Campinas, respectivamente, que utilizam, ainda que timidamente, modelo semelhante.

Impende destacar, que por ser figura nova, numa análise preliminar, não há precedentes em Tribunais de Contas sobre julgamento de mérito de processos envolvendo locação de ativos em saneamento básico. Tramitam, contudo, no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo os processos nºs TC 018687/026/10 e TC 033341/026/11, ainda pendentes de julgamento que tratam de locação de ativos precedida de concessão do direito de superfície das áreas para a execução por SPE de obras de saneamento básico.

É fato, contudo, que a ausência de legislação específica sobre o caso, traduz-se em um dificultador na consecução desse procedimento.

Nesse aspecto, não se pode olvidar que a fiscalização a cargo do Tribunal de Contas deve ocorrer sob a luz da legalidade, legitimidade e economicidade, nos exatos termos dos arts. 1º, I, § 1º[3], da Lei Complementar nº 621/2012 e ao art. 132, caput do Regimento Interno[4].

[3] Art. 1º - Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado do e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete: I – exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e das entidades da administração direta e indireta

Entretanto, como bem ensina o Professor Antonio Roque Citadini, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, *"a priorização dos controles da Administração por critérios de mera legalidade é, sem dúvida, herança de certo bacharelismo da sociedade contemporânea. O estabelecimento do critério de controle meramente formal reflete o predomínio da Ciência Jurídica nas atividades públicas."*[5]

Há que se ressaltar, que a interpretação pela literalidade das normas hoje não é mais suficiente na análise dos atos sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Contas. Emerge, pois, um novo conceito de análise e fiscalização dos atos administrativos, obrigando a modificação do enfoque no julgamento dos atos colocados à sua verificação, promovendo uma análise holística de todos os fatos sob óticas multidisciplinares, tendo por regra matriz os princípios constitucionais e infraconstitucionais que envolvem a matéria.

Ademais, deve-se, de fato, abranger a forma e a substância dos atos praticados o que somente poderá ser obtido se não se perder de vista os motivos e a finalidade dos mesmos.

III.2 – REGRA CONSTITUCIONAL DE OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO E COMPARAÇÃO ENTRE O MODELO UTILIZADO E AS OUTRAS MODALIDADES EXISTENTES NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL:

LEI 8.666/93 – Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

A Administração Pública exerce atividade enfatizando o interesse público. Ocorre que, para atingir o interesse da coletividade, a administração precisa valer-se de serviços e

---

dos Poderes constituídos, bem como da aplicação das subvenções e renúncias de receitas. [...] § 1º - Na fiscalização e no julgamento das contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas. [...]

[4] Art. 132 - A fiscalização a cargo do Tribunal, mediante a realização de auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tem por objetivo verificar a legalidade, legitimidade, moralidade, economicidade, impessoalidade, publicidade, eficácia e eficiência da gestão.

[5] O Controle Externo da Administração Pública, São Paulo, Max Limonad, 1995, pág.17.

bens fornecidos por terceiros, razão pela qual é obrigada a realizar contratos para realização de obras, prestação de serviços, etc.

Então, como não se poderia deixar a critério do administrador a seleção dos fornecedores, pois daria margem a escolhas impróprias, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal[6] dispôs sobre o delineamento basilar da Administração Pública, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, determinando que as contratações serão precedidas de licitações públicas, ressalvados os casos previstos em lei.

No caso dos autos, o SAAE realizou procedimento licitatório com base na Lei de Licitações e Contratos, o qual ainda será objeto de análise por parte dessa Corte de Contas em momento oportuno.

Por hora, contudo, a discussão que antecede essa análise do edital e demais condições da licitação levada a efeito pela municipalidade, diz respeito à viabilidade jurídica da utilização dessa modalidade nova de contratação – locação de ativos.

> **LEI 8.987/95 – Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.**

A concessão regulada pela Lei 8987/95 é, em sua melhor conceituação, a transferência da administração de um serviço ou de um bem público à iniciativa privada, precedida ou não de realização de obra, por período pré-estabelecido, sob fiscalização e regulação do Poder Concedente ou Agência Reguladora.

A concessão é outorgada por meio de licitação e o concessionário é remunerado pela cobrança de tarifas dos usuários, em face dos serviços prestados, ou seja, há a

[6] Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

transferência da execução e da arrecadação. Ao seu término, para evitar que a prestação dos serviços sofra qualquer solução de continuidade, ocorre a reversão dos bens vinculados ao patrimônio público.

Como pode ser observado, a realização de licitação é requisito essencial para a celebração dos contratos de concessões. Contudo, o próprio art. 14 da Lei 8.987/95[7] dispõe que a licitação será realizada "*nos termos da legislação o própria*", ou seja, é aplicada a Lei 8.666/93, que regula as Licitações e Contrato da Administração Pública.

> **LEI 11.079/2004 – Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da administração pública.**

Outra modalidade que poderia ser utilizada como solução para o saneamento básico é a contratação de Parcerias Público-Privadas, que são modalidades de concessão por meio das quais a Administração Pública delega a um parceiro privado a prestação de serviço público, com ou sem prévia construção de obra, mediante licitação.

A Lei Federal 11.079/2004[8] que instituiu a Parceria Público-Privada (PPP) considerou em seu artigo 2º, que a PPP se trata de contrato administrativo de concessão, admitindo duas modalidades: patrocinada ou administrativa. A natureza jurídica é a de contrato administrativo de concessão de serviço público.

A diferença entre a PPP sob modalidade de concessão administrativa e patrocinada é a forma de remuneração do parceiro privado. Na concessão patrocinada, adicionalmente à tarifa paga pelo usuário, há uma contraprestação pecuniária do parceiro público; na concessão administrativa, a remuneração do parceiro privado é integralmente paga pelo parceiro público.

[7] Art. 14 - Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.
[8] Art. 2º - Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...]

No âmbito estadual a PPP é regulada pela Lei Complementar nº 492/2009, sendo que o art. 2º da referida lei[9] dispõe que as PPP constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular. Já o artigo 6º da Lei Estadual[10] dispõe que uma das áreas possíveis de desenvolver parceria com o setor privado é a de saneamento.

LEI 11.107/2005 – Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

A Lei dos Consórcios Públicos foi um marco regulatório para o serviço de saneamento básico e o seu advento proporcionou intensos debates e inovações na ordem jurídica, no particular.

Previstos no art. 241 da Constituição Federal[11], os consórcios públicos tem por objetivo consolidar a gestão associada entre os entes federados para consecução de fins de interesse comum. Essas matérias são as que inserem na competência comum do art. 23 da C.F[12]. Um serviço que uma pessoa jurídica pública não pode executar sozinha torna-se possível mediante a conjugação de esforços.

Através dos consórcios, os municípios adquirem mais oportunidades de investimentos dos governos federal e estadual. De natureza voluntária, os consórcios se dão através de parcerias formadas por dois ou mais municípios que se agrupam em torno de objetivos específicos.

O consórcio também permite que pequenos municípios ajam em parceria e, com o ganho de escala, melhorem sua capacidade técnica, gerencial e financeira, além de

[9] Art. 2º - As Parcerias Público-Privadas de que trata esta Lei Complementar constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas, nos termos fixados pelo artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/04.
[10] Art. 6º - As áreas passíveis de desenvolver parcerias com o setor privado são: [...] VI – saneamento básico; [...]
[11] Art. 241 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.
[12] Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
GABINETE DO CONSELHEIRO
RODRIGO CHAMOUN

viabilizar alianças em regiões de interesse comum, como bacias hidrográficas ou pólos regionais de desenvolvimento, melhorando a prestação dos serviços públicos.

LEI 11.445/2007 – Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências.

A Lei 11.445/2007 se norteia por princípios próprios e fundamentais para a boa aplicação destes recursos, entre eles, a eficiência e sustentabilidade econômica, a utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas, transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados, controle social, segurança, qualidade e regularidade.

Segundo modelagem apresentada pelo SAAE, não haverá delegação da prestação dos serviços de saneamento básico ao particular, o que revela a permanência do Poder Público na titularidade estipulada pelo art. 8º[13] e 9º[14] da dita Lei 11.445/07.

Tal fato mantém a responsabilidade de atuação da administração pública em incluir na elaboração do plano de saneamento básico, condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, na forma da cobrança, na composição das taxas e tarifas, na sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas e a política de subsídios, aspectos a serem assegurados mediante remuneração pela cobrança dos serviços, conforme dispõe o art. 29 da supracitada Lei reguladora[15].
Em âmbito estadual a Lei nº 9.096/2008 estabelece as Diretrizes e a Política Estadual de Saneamento Básico e dá outras providências, sendo que o art. 12 da citada lei

[13] Art. 8º - Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.
[14] Art. 9º - O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei; II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação; III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários; V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei; VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento; VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.
[15] Art. 29 - Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: [...]

dispõe que os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal e da Lei Federal nº 11.107, de 06.4.2005.

Não há, contudo, nesses diplomas mencionados, a previsão expressa do modelo de locação de ativos, embora reste cabalmente demonstrado neles que a política pública deve ser implementada, por se tratar de serviço essencial à população.

LEI CIVIL - LOCAÇÃO

A Locação de Ativos também não se subsume às hipóteses previstas nos artigos 565 e seguintes do Código Civil, não tendo as características da locação prevista no Diploma Substantivo pátrio[16].

Pelo contrato de locação previsto no Código Civil, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição (CC, art. 565). Por esta definição legal, podemos destacar que no contrato de locação de coisas, seus elementos fundamentais são os mesmos do contrato de compra e venda, quais seja, coisa, preço e consentimento. Finda a locação, fica o locatário obrigado a restituí-lo, no estado em que a recebeu.

Nesse aspecto também difere do modelo utilizado, pois em face das regras editalícias, por meio de uma licitação pública, a iniciativa privada constrói ativos de saneamento e se remunera pela locação dos mesmos, por um prazo determinado. Após o término do contrato, o ativo reverte ao Poder Público sem qualquer valor residual.

III.3 COMPARAÇÕES ENTRE AS NORMAS

[16] Art. 565 – Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Depreende-se das normas mencionadas acima, que a ora analisada Locação de Ativos, em que pese pince elementos de vários institutos conhecidos, em especial a concessão e a parceria público-privada, não se insere literalmente em nenhuma norma que rege esses institutos.

Isto porque ao optar pela contratação de locação de ativos, a municipalidade manteve a prestação direta do serviço público através do SAAE, o qual deverá continuar operando e mantendo o Sistema e arrecadando a tarifa correspondente, sem trespasse de qualquer dessas atividades ao particular.

Desse modo, a licitação no modelo proposto pode ser considerada uma modalidade nova de contratação no âmbito da Lei 8.666/93, sendo necessário para a configuração de sua viabilidade, se for o caso, a compilação de diversas normas vigentes.

A situação em foco desafia, pois, um estudo pormenorizado, inclusive ao se considerar que a prestação de serviços de saneamento básico é essencial para a população e precisa de ser viabilizada pelo Poder Público, como forma de garantir o mínimo de dignidade ao cidadão.

(IV) DO ESTUDO DE CASO

A par de todo o exposto, acompanho a manifestação da área técnica, entendendo pela necessidade de inaugurar um “Estudo de Caso” sobre essa inovação em nosso ordenamento jurídico, sendo necessário, contudo, antes de adentrar ao mérito do “Estudo de Caso”, tecer um histórico sobre o saneamento básico, a fim de contextualizar o assunto no caso sob análise:

IV.1 - HISTÓRICO

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
GABINETE DO CONSELHEIRO
RODRIGO CHAMOUN

● O SANEAMENTO BÁSICO NA ANTIGUIDADE

O saneamento básico é um desafio que persegue a humanidade desde quando os povos deixaram de ser nômades e passaram a se organizar em vilas e cidades. A importância do saneamento, bem como a sua associação à saúde humana nos leva numa verdadeira viagem às mais antigas culturas.

Em ruínas de uma civilização na Índia, que se desenvolveu há 4.000 anos, foram encontrados banheiros, drenagem nas ruas e esgotos nas construções. O velho testamento apresenta diversas abordagens vinculadas às práticas sanitárias do povo judeu como o uso da água para limpeza de roupas. Existem relatos do ano 2000 a.C., de tradições médicas, na Índia, recomendando que a água impura devesse ser purificada pela fervura sobre fogo.

Das práticas sanitárias coletivas mais marcantes na antiguidade, pode-se citar a construção de aquedutos, banhos públicos, termas e esgotos romanos. Destaca-se também a construção de aquedutos pelos Mouros, o reparo do aqueduto de Sevilha em 1235, a construção do aqueduto de Londres com o emprego de alvenaria e chumbo, além de, em 1183, do abastecimento inicial de água em Paris.

A expectativa de vida de nossos antepassados caçadores era de aproximadamente 25 anos, já na década de 20 de 1800, na Europa, encontrava-se perto dos 40 anos. A partir do final do século XIX, os registros de elevação deste índice apareceram com maior robustez.

O surgimento dos novos medicamentos, alimentação mais adequada, melhores condições de habitação e, fundamentalmente, as obras de separação da água de consumo do excremento humano, contribuíram para um novo marco na história civilizatória, permitindo, assim, uma vida mais longa e saudável para apenas aqueles que viessem a ter acesso a tais condições.

O aumento da esperança de vida, a diminuição da mortalidade infantil e da incidência de doenças infectocontagiosas passou a ser um cenário para poucos, enquanto uma maioria absoluta continuava convivendo com o consumo de água suja e esgoto ao céu aberto, dando início a uma verdadeira segregação entre aquela pequena porção da civilização que vivia mais e melhor e a outra grande parte que vivia menos e em condições sub-humanas.

Surge, então, o enorme desafio de universalizar os serviços de saneamento básico, que no cenário atual está absolutamente distante de se realizar, como veremos a seguir.

● A CRISE GLOBAL DO SANEAMENTO

Inicialmente, apresento dois pensamentos para ilustrar a verdadeira dimensão do tema. O primeiro de autoria do Conselho de Saúde de Boston, que em 1869, resumiu: ***"Não há missão mais nobre para o homem civilizado do que melhorar as condições sanitárias da humanidade"***. O segundo, consubstanciado no Comentário Geral n.º 15 das Nações Unidas sobre o direito à água, em 2002, defendeu: ***"O direito humano à água habilita todas as pessoas a água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a um bom preço para uso pessoal e doméstico"*.**

A violação do direito de acesso à água potável e ao saneamento básico tem um potencial destruidor nas óticas humanitária, ambiental e econômica. Portanto, superar a crise da água e do saneamento é um dos grandes desafios da humanidade, sobretudo porque há uma falsa impressão de que a água é um recurso natural inesgotável e que mesmo a irracionalidade do seu uso é incapaz de ameaçar a disponibilidade para as atividades domésticas, industriais e agrícolas.

O mundo está diante de apenas uma falsa impressão, visto que do total da água do planeta, aproximadamente 1% é potável, 97% é salgada e o restante concentra-se nas

geleiras. Estes dados podem variar um pouco de um relatório para outro, mas o fato é que a situação é crítica diante do consumo agressivo dos recursos naturais disponíveis.

A destruição das matas ciliares, a poluição dos rios, das lagoas, das nascentes, dos oceanos, dos lençóis freáticos, reforçados pela emissão desenfreada do esgoto doméstico e industrial, sem tratamento, na natureza produz um cenário sombrio na disponibilidade da água para o consumo e produção.

É muito difícil ser sintético em um assunto que desafia a humanidade desde quando os povos deixaram de ser nômades e passaram a se organizar em vilas e cidades. Muitos estudos de organizações governamentais e não governamentais foram coordenados pelos mais competentes especialistas, de diversas partes do mundo, diagnosticaram o problema e desenvolveram soluções para o saneamento básico.

Apesar dos diversos relatórios disponíveis para dar luz ao tema em questão, prefiro apresentar, sinteticamente, os 25 pontos de destaque num dos mais completos estudos já realizados no planeta sobre o tema: **O Relatório do Desenvolvimento Humano 2006,** publicado para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) com o tema **"A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água."**

1. Todos os governos deveriam ir além dos vagos princípios constitucionais, na legislação em vigor, para a preservação do direito humano à água de acordo com normas internacionais estabelecidas por agências como Organização Mundial da Saúde (OMS) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef).

2. No início do século 21, cerca de 1,1 bilhão de pessoas não tem acesso à água potável e cerca de 2,6 bilhões de pessoas, quase metade da população total dos países em desenvolvimento, não têm acesso a saneamento básico.

3. Os governos deveriam ter como objetivo mínimo um gasto de 1% do PIB para água e saneamento. Lidar com a desigualdade exigirá um compromisso com estratégias de financiamento, incluindo transferências fiscais, subsídios cruzados e outras medidas, que ofereçam às pessoas pobres água e saneamento a um custo acessível.

4. No mundo atual, cada vez mais próspero e interdependente, morrem mais crianças devido à falta de água potável e de instalações sanitárias do que por qualquer outra causa. A exclusão do acesso à água potável e ao saneamento básico destrói mais vidas humanas do que qualquer conflito armado ou ação terrorista. E também acentua as profundas desigualdades de oportunidades de vida que separam os países e as suas populações.

5. No início do século 21, o mundo tem oportunidade de dar mais um passo à frente em termos de desenvolvimento humano. A crise mundial no setor de água e saneamento básico poderá ser superada no espaço de uma geração. O mundo dispõe da tecnologia, dos meios financeiros e da capacidade humana para acabar de vez com a praga da insegurança da água na vida de milhões de seres humanos. O que falta é a vontade política e a visão necessárias para aplicar esses recursos em prol do bem comum.

6. Na América Latina, a porcentagem de excrementos humanos que recebe tratamento situa-se abaixo dos 14%: o restante é despejado nos rios e lagos ou abandonados, infiltrando-se no solo e contaminando águas subterrâneas.

7. A utilização de água subterrânea não tratada para consumo público já expôs cerca de 60 milhões de pessoas à contaminação por arsênico. Os custos humanos projetados para os próximos 50 anos incluem 300 mil óbitos por câncer e 2,5 milhões de casos de envenenamento por arsênico.

8. No Brasil, os 20% mais ricos da população desfrutam de níveis de acesso a água e saneamento geralmente comparáveis ao de países ricos. Enquanto isso, os 20% mais pobres têm uma cobertura tanto de água como de esgoto inferior à do Vietnã.

9. O preço da água potável reflete um princípio de injustiça muito simples: quanto mais pobre se é, mais se paga. Vinte por cento dos mais pobres na Argentina, El Salvador, Jamaica e Nicarágua gastam mais de 10% de sua renda na aquisição de água potável. Cerca da metade dessas famílias vivem no limiar da pobreza absoluta, com menos de 1 dólar por dia.

10. As pessoas mais pobres nas áreas urbanas dos países em desenvolvimento não só pagam pela aquisição de água, mais do que os residentes da mesma cidade que têm rendimentos mais elevados, como também despendem mais por este bem do que as populações dos países mais ricos. Algumas das pessoas mais pobres do mundo que vivem em favelas de Acra (Gana) e Manila (Filipinas) pagam mais pela aquisição de água do que as pessoas que vivem em Londres, Nova Iorque ou Roma.

11. O ponto de partida e o princípio unificador da ação pública para a água e o saneamento é o reconhecimento de que a água é um direito humano básico.

12. Durante a década de 90, defendeu-se muito a privatização como solução para os fracassos do setor público. O setor privado, conforme se defendia, iria criar ganhos de eficiência, gerar novos fluxos financeiros e ser mais transparente. Embora os resultados tenham sido divergentes, o setor privado não se mostrou uma solução mágica. Em muitos casos, não se materializaram as vantagens financeiras, de eficiência e de governança que se esperavam do setor privado. Ao mesmo tempo, são indiscutíveis os problemas do setor público existentes em diversos países. Do ponto de vista dos domicílios pobres, o debate sobre os méritos relativos dos setores públicos e privados é uma digressão em relação ao

que deveria ser a preocupação fundamental: o mau desempenho dos fornecedores públicos e privados de água na tentativa de superar o déficit global de água.

13. “Os governos nacionais têm de fazer mais. E a comunidade internacional também tem de fazer muito mais, através do auxílio, da transferência tecnológica, da criação de capacidades e de parcerias. Realço a necessidade de pôr a água e o saneamento no centro da agenda de desenvolvimento global, dentro de um plano de ação global para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Essa medida ajudaria a mobilizar recursos e a concentrar o foco das pessoas no desafio que todos nós temos de enfrentar” Luiz Inácio Lula da Silva, em contribuição especial para o RDH.

14. Uma política que visasse a recuperação total dos custos da implantação dos serviços de água colocaria a segurança hídrica fora do alcance de milhões de pessoas que atualmente não têm acesso a água. Lembremo-nos de que mais de 363 milhões de pessoas sem acesso a água pura vivem com menos de 1 dólar por dia. Com a recuperação total dos custos da água, a incidência de pobreza aumentaria cerca de 1% nos países de rendimento médio da América Latina e 2% nos países de baixo rendimento da região. Estes números apontam para o papel fundamental da despesa pública no financiamento da ampliação dos sistemas de água nos bairros pobres.

15. Só para alcançar a meta dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de reduzir pela metade o déficit global de cobertura de 1990, seria necessário fazer chegar saneamento adequado a mais de 120 milhões de pessoas todos os anos, de agora até 2015. Mesmo que esse objetivo fosse atingido, restariam 1,9 bilhão de pessoas sem acesso.

16. A escassez física de água, definida como quantidade insuficiente de recursos para satisfazer a procura, é uma das características inerentes à questão da

segurança da água em alguns países. Mas as situações de penúria absoluta ainda são a exceção e não a regra. A maioria dos países dispõe de água suficiente para satisfazer as necessidades domésticas, industriais, agrícolas e ambientais. O problema está na gestão.

17. Por volta de 2025, mais de 3 bilhões de pessoas poderão viver em países sujeitos a pressão sobre os recursos hídricos e 14 países vão passar de uma situação de pressão sobre os recursos hídricos para uma de escassez efetiva. Países densamente povoados, como a China e a Índia, integrarão o clube mundial dos ameaçados por falta de água.

18. Há um século, pelo menos, o consumo de água tem crescido a um ritmo muito mais rápido que a população. Nos últimos cem anos, a população quadruplicou, enquanto o consumo de água cresceu sete vezes. À medida que o mundo vai se enriquecendo, também vai se tornando mais sedento por água.

19. O rio Tietê, que corta São Paulo (Brasil), está cronicamente poluído por esgoto não tratado e alta concentrações de chumbo, cádmio e outros metais pesados. Por que tudo isso influencia a escassez? Porque a poluição da água afeta de maneira adversa o meio ambiente, ameaça a saúde pública e reduz o fluxo de água disponível para uso humano.

20. As alterações climáticas representam hoje o que podemos considerar uma ameaça sem paralelo ao desenvolvimento humano. Elas poderão elevar em 15% a 26% a subnutrição no mundo, aumentando em 75 milhões a 125 milhões o número absoluto de pessoas subnutridas até 2080. Mas o risco de pobreza sistêmica vai afetar um número de pessoas bem mais elevado. As quebras na produção agrícola vão gerar efeitos múltiplos que vão repercutir em economias inteiras, alastrando a pobreza das zonas rurais para as áreas urbanas.

21. No século 20, a ação do homem aumentou em cerca de 30% a presença de gases do efeito estufa na atmosfera em comparação à era pré-industrial. O impacto já está se tornando evidente. A temperatura da Terra elevou-se em 0,7º C ao longo do século passado, mas a velocidade da mudança está aumentando. Os dez anos mais quentes ocorreram de 1994 para cá. A década de 90 foi a mais quente desde o século XIV.

22. Os países ricos claramente precisam fazer mais para "descarbonizar" suas economias. Ao mesmo tempo, o aprofundamento do impacto ambiental nos países sem desenvolvimento não pode ser ignorado. É por isso que qualquer sucessor do Protocolo de Quioto terá de abranger não apenas todo o mundo desenvolvido, mas também os principais países em desenvolvimento, como Brasil, China e Índia.

23. As projeções do Painel Intergovernamental sobre as Mudanças Climáticas apontam para um declínio de 30% ou mais do fluxo de água em largas faixas do mundo em desenvolvimento, incluindo grande parte do Brasil, abrangendo as regiões semiáridas do Nordeste, bem como algumas regiões da Venezuela, e a Colômbia.

24. As simulações do impacto das alterações climáticas na produção agrícola no Brasil apontam para uma diminuição entre 12% e 55% nas colheitas das regiões áridas dos Estados do Ceará e do Piauí, que apresentam concentrações extremamente elevadas de pobreza e desnutrição nas zonas rurais.

25. A gestão dos recursos hídricos partilhados pode constituir um pretexto para a paz ou para a guerra, mas cabe aos políticos decidirem qual direção seguir. As bacias hidrográficas internacionais, represas ou reservas, incluindo lagos e lençóis de água subterrânea pouco profundos, partilhados por mais de um país, cobrem quase metade da superfície da Terra. Ao todo, 145 países situam-se em

bacias hidrográficas partilhadas, englobando mais de 90% da população mundial.

Destaco dos 25 itens o mais estarrecedor: a falta de acesso à água e saneamento mata uma criança a cada 19 segundos, em decorrência de doenças contraídas por conta do consumo de água suja e do convívio com valas de esgoto ao céu aberto. Neste cenário morrem mais crianças do que por qualquer outra causa. *"A crise da água e do saneamento é, acima de tudo, uma crise dos pobres*", resume o relatório.

● O SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Em 1971 foi lançado o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), programa criado num período onde o setor público passou por uma especial expansão de seus serviços e estruturas, que se iniciou na Era Vargas e se estendeu até o fim do regime militar iniciado em 1964. Tal expansão foi marcada pela criação de agências e fundos públicos, que objetivavam a formulação e o financiamento das políticas setoriais. E no caso do saneamento, o PLANASA foi o instrumento utilizado, por pelo menos 20 anos, pelo governo federal para a expansão dos serviços.

A estratégia principal residiu na criação de uma linha de financiamento centralizada e pela criação de companhias estaduais descentralizadas, com o objetivo fundamental de universalizar os serviços de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgoto. Para um entendimento mais cartesiano do tema me atrevo a classificar este período como o primeiro ciclo do saneamento básico no Brasil.

O segundo ciclo, iniciado em 1986 com a extinção do Banco Nacional da Habitação e do PLANASA, foi marcado pela crise fiscal do Estado, por uma grande desestruturação institucional, pela queda do ritmo da expansão da oferta dos serviços, pela deterioração da gestão dos operadores, pela queda de qualidade do gasto público no setor e pela desarticulação das estruturas do Governo Federal.

A multiplicidade de órgãos intervenientes agindo isoladamente nas ações e a ausência de planejamento integrado é o retrato fiel da infeliz realidade. Nas duas últimas décadas, por exemplo, diversas estruturas de governo trataram desarticuladamente do mesmo tema, dentre eles os Ministérios da Saúde, do Turismo, do Meio Ambiente e das Cidades.

O terceiro ciclo tende a surgir com a Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais da política de Saneamento Básico com os principais objetivos:

a) determina o planejamento, a regulação, a fiscalização e o controle social como fundamentais para a gestão dos serviços;
b) estimula a solidariedade e a cooperação entre os entes federados;
c) define as regras gerais para a atuação dos prestadores de serviços público e privado e dos agentes reguladores;
d) prevê a obrigatoriedade da elaboração dos planos municipais, regionais e nacional de Saneamento Básico, bem como estabelece mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas para o Plano, em consonância com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico – SINISA;
e) define, entre outros, os princípios da universalização do acesso, da integralidade, da articulação com outras políticas públicas, da eficiência e sustentabilidade econômica, da transparência das ações e do controle social, da segurança, da qualidade e regularidade e da integração das infraestruturas e serviços com gestão eficiente dos recursos hídricos;
f) estabelece, ainda, as Diretrizes da Política Federal de Saneamento Básico e prevê o Plano Nacional de Saneamento Básico.

Por fim, não menos importantes que estes marcos regulatórios do Saneamento Básico no Brasil foram as edições das Leis de Políticas Nacionais e Meio Ambiente – Lei nº 6.938/1981 e de Recursos Hídricos – Lei nº 9.433/1997, respectivamente, cujas premissas vêm a fortalecer a ideia de que o saneamento básico assegura a qualidade

de vida e o desenvolvimento socioeconômico, assegurando às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, bem como a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Ademais, tendo por base os princípios que regem a política nacional do Meio Ambiente, em especial, o da dignidade da vida humana, nos moldes apresentados no art. 2º da citada Lei 6.938/1981[17], bem como os fundamentos e objetivos apontados nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.433/1997[18], respectivamente, temos como sopesar a importância do saneamento básico para toda e qualquer sociedade.

É importante salientar que o Brasil é signatário dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da Organização das Nações Unidas, sendo uma de suas metas até o ano de 2015, a redução pela metade da proporção de pessoas sem acesso ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, tendo como base o ano de 1990.

Entretanto, há de se registrar a distância colossal entre a aprovação de um bom marco regulatório nacional, o compromisso assumido com a ONU e a efetiva realização da universalização dos serviços. Com o atual ritmo de investimentos resta-nos fazer algumas perguntas chaves:

[17] Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

[18] Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I- a água é um bem de domínio público; II- a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV- a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V- a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI- a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.
Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I- assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II- a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

a) Quanto tempo levará para que todos os brasileiros tenham água potável a preço justo na porta de suas casas?
b) E o esgoto, continuará correndo em valas abertas transmitindo doenças e agredindo a natureza por mais quantas décadas?
c) É possível aceitar a morte de 20 crianças por dia pela falta de saneamento?
d) Quanto custa hoje e quanto custará para as próximas gerações os gastos com saúde pública por falta de saneamento? O Brasil consegue pagar esta conta?
e) A poluição das nascentes e rios propiciará um colapso na disponibilidade hídrica para o consumo, produção agrícola e industrial?

Conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD de 2010, o Brasil dispunha de 57,7 milhões de domicílios particulares permanentes. O cruzamento dessas informações com aquelas referentes ao número de economias ativas residenciais abastecidas por rede geral, obtidas pela Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - PNSB, mostra que a Região Sudeste apresentou, em 2008, uma cobertura de 87,5% dos domicílios abastecidos por rede geral.

Observa-se, contudo, que Região Norte (45,3%), menos da metade dos domicílios foram abastecidos por rede geral, permanecendo praticamente inalterado o quadro de oito anos atrás. Na Região Nordeste (68,3%), ocorreu um incremento de 14,4% no período de 2000 a 2008. As demais regiões mantiveram um padrão muito parecido de crescimento de domicílios abastecidos.

Portanto, deve-se salientar que o déficit na prestação do serviço de abastecimento de água pelas entidades continuou elevado, com aproximadamente 12 milhões de residências no País sem acesso à rede geral.

O problema foi mais crítico na Região Norte, onde cerca de 54,7% dos domicílios encontravam-se nessa situação, seguida das Regiões Nordeste (31,7%), Centro-Oeste (18,0%), Sul(15,8%) e Sudeste (12,5%).

Considerando a forma de execução do serviço de abastecimento de água por rede geral de distribuição, constata-se que ele é efetuado, na maior parte dos municípios, sem a participação da prefeitura. Em 3220 municípios (58,2% dentre os que efetuam abastecimento de água por rede geral), o serviço foi executado por outras entidades; a prefeitura foi responsável, de forma exclusiva ou em parceria com outras entidades, em 2 311 (41,8%) municípios do País.

Ainda, segundo a mesma pesquisa, pouco mais da metade dos municípios brasileiros (55,2%) tinham serviço de esgotamento sanitário por rede coletora, que é o sistema apropriado, marca pouco superior à observada na pesquisa anterior, realizada em 2000, que registrava 52,2%. Na Região Sudeste, mais da metade dos domicílios (69,8%) tinham acesso à rede geral. A segunda região em cobertura do serviço foi a Centro-Oeste (33,7%), com resultado próximo ao da Região Sul (30,2%). Seguem-se as Regiões Nordeste (22,4%) e Norte (3,8%).

No recorte por Unidade da Federação, os únicos estados com mais da metade dos domicílios atendidos por rede geral coletora de esgoto foram: Distrito Federal (86,3%); São Paulo (82,1%); e Minas Gerais (68,9%). O Rio de Janeiro (49,2%) e o Paraná (46,3%), com quase metade dos domicílios atendidos, se situaram acima da média nacional (44,0%), enquanto os demais apresentaram menos de 35% de cobertura, ficando as menores proporções com os Estados do Amapá (3,5%), Pará (1,7%) e Rondônia (1,6%).

Ao analisar os dados gerais da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD e da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico – PNSB/2008 pode-se concluir que mais da metade dos brasileiros não possuem acesso à rede geral coletora de esgoto e convivem, portanto, com o esgoto ao céu aberto. E os 44% dos domicílios cujo esgoto é coletado grande parte não é tratado. Vai direto para a natureza.

O mesmo relatório revelou que 30 milhões de brasileiros não têm acesso à água potável. Pra piorar, o desperdício se faz presente com quase 40% da água consumida

no Brasil desperdiçada devido a vazamentos, equipamentos velhos e uso inadequado. O que em termos monetários significa R$ 2 bilhões por ano, sendo duas vezes maior que a média mundial. Para se ter uma ideia, uma torneira pingando joga no ralo 46 litros de água por dia e ao escovar os dentes com a torneira aberta mais de 5 litros vão embora. Tal cenário comprova que se por um lado o Brasil padece de políticas públicas para o setor, por outro, os hábitos de consumo precisam de uma mudança urgente.

Estudos apontam que se o país continuar investindo 0,22% do PIB no setor, os serviços de oferta de água tratada e coleta e tratamento de esgoto só chegarão aos lares de todos os cidadãos daqui a 60 anos. Seria necessário triplicar os recursos empregados atualmente, para que a universalização acontecesse nos próximos vinte anos. E para isso virar realidade será necessário investir R$ 200 bilhões.

● O SANEAMENTO BÁSICO NO ESPÍRITO SANTO

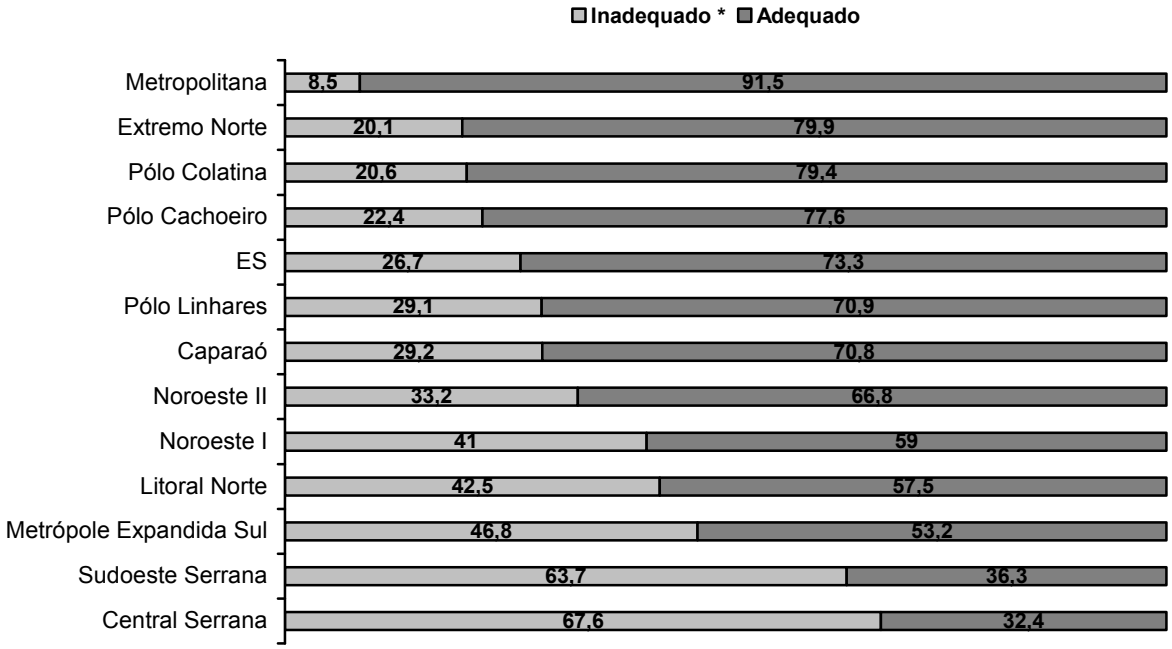
Segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD/2010 o Espírito Santo possui 1.101.394 domicílios particulares permanentes, dos quais 65% tem acesso à rede geral de abastecimento de água e 49% a rede geral de coleta de esgoto. Este último tendo grande parte do volume jogado sem tratamento na natureza.

Os serviços de saneamento básico (água e esgoto) são fornecidos por quatros estruturas jurídicas e operacionais diferentes. A CESAN atende 52 municípios e, segundo o PNAD/2010, 64% dos domicílios são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto. Os SAAE´s atendem 24 municípios e, segundo a mesma pesquisa, 66% dos domicílios são atendidos por rede geral de água e 48% por rede de coleta de esgoto. A SANEAR, em Colatina, atende 89% dos domicílios (água) e 82% (esgoto). Nos últimos dois sistemas grande parte do esgoto que é coletado não é tratado. Por último, Cachoeiro de Itapemirim por meio de uma concessão a iniciativa privada, Foz do Brasil, atingiu índices de cobertura de 94% (água) e 86% (esgoto coletado e tratado).

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
GABINETE DO CONSELHEIRO
RODRIGO CHAMOUN

Os dados mais estarrecedores são apresentados pela publicação **"Perfil da Pobreza no Espírito Santo: famílias inscritas no Cadúnico"** de autoria do Instituto Jones dos Santos Neves. Os indicadores foram construídos com base nas informações contidas no Cadastro Único que subsidiam Programas Sociais do governo federal (Cadúnico, base: junho de 2010) e se apresentam nos três gráficos a seguir:

G1 - Percentual de famílias com abastecimento de água - %

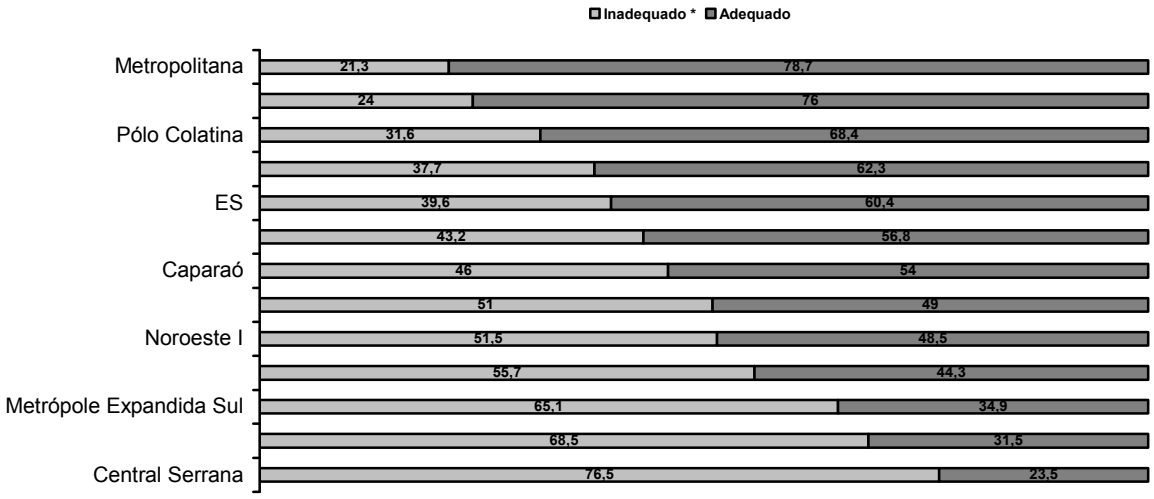


Fonte: GEPS/Cadúnico 06/2010

- * Abastecimento de água: "carro pipa", "nascente/poço" e "outro".

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
GABINETE DO CONSELHEIRO
RODRIGO CHAMOUN

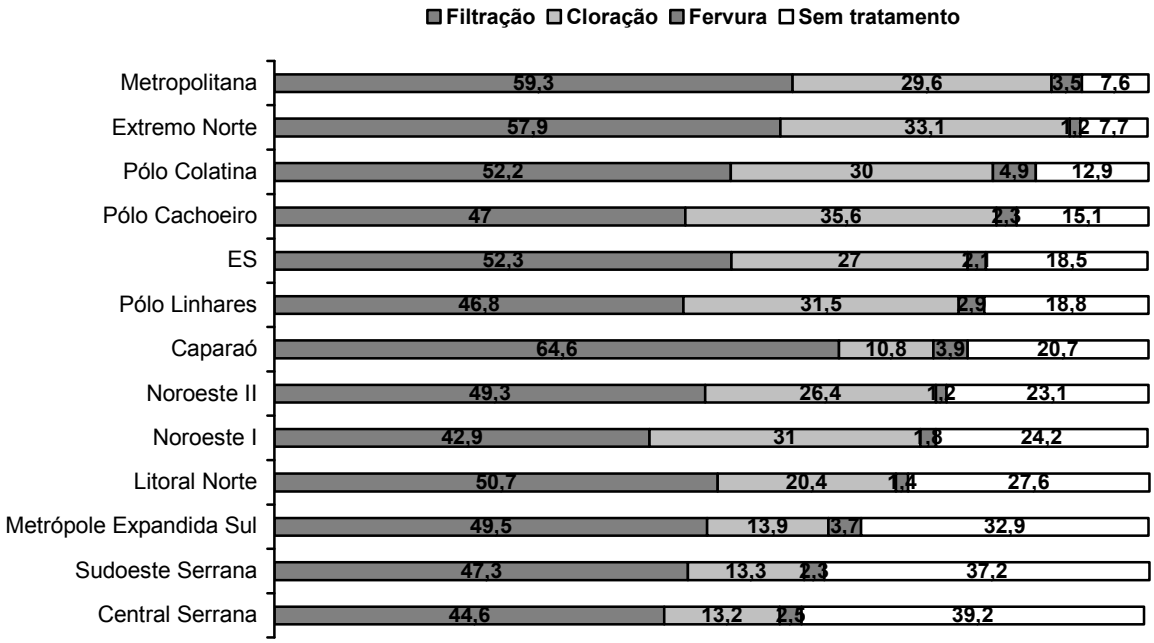
G2 - Percentual de famílias com esgotamento sanitário - %



Fonte: GEPS/Cadúnico 06/2010

- * Esgotamento inadequado corresponde as categorias: “céu aberto”, “fossa rudimentar”, “fossa séptica” e “outro”.

G3 - Tipo de tratamento de água - %



Fonte: GEPS/Cadúnico 06/2010

IV.2 – DOS FUNDAMENTOS PARA A RELIZAÇÃO DO ESTUDO DE CASO

Feito o histórico da situação do saneamento básico e uma vez constatada a importância de se viabilizar os meios para a implantação dessa política pública, resta clara a responsabilidade deste Tribunal de Contas em estudar exaustivamente a alternativa nova trazida à colação.

Contudo, como não se identificou, *a priori*, o regramento jurídico aplicável à Locação de Ativos, em atenção ao princípio da legalidade, entendo que deve ser feita uma análise aprofundada do assunto, por meio de "Estudo de Caso", na esteira da recomendação da 8ª Controladoria Técnica, conforme dispõe o art. 66, inciso III, alínea," d", do Regimento Interno desta Casa.

O estudo detalhado deverá avaliar a viabilidade jurídica da Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas.

A análise da equipe técnica deverá cotejar os fatos sob óticas multidisciplinares, tendo por regra matriz os princípios constitucionais e infraconstitucionais que envolvem a matéria, sem se dissociar da motivação e finalidade do ato administrativo que se pretende praticar.

É necessário, ainda, em meu entendimento, que a equipe designada para estudar o caso em questão seja multidisciplinar, a fim de verificar a eficiência e economicidade deste modelo comparado a outras modalidades existentes no âmbito do Direito Administrativo.

Assim, conforme orientação da 8ª CT às fls. 586/587, o "Estudo de Caso" ora proposto deverá ser realizado em autos apartados, objetivando a verificação da viabilidade não somente jurídica, mas também econômica e financeira da contratação no modelo proposto, razão pela qual, se fará necessário providenciar translado das peças

juntadas aos presentes autos para instruir a manifestação a ser elaborada pela 8ª CT, devendo esta Controladoria providenciar a convocação de servidores de outros setores desta Casa para compor a referida equipe multidisciplinar, possibilitando uma análise mais abrangente da matéria, dando a celeridade necessária ao caso.

Verifico, ainda, que o assunto é urgente, tendo em vista as condições periclitantes de saneamento básico que a população do Espírito Santo hoje vive, conforme fartamente demonstrado em laudas anteriores. Destarte, o "Estudo de Caso" deverá ser priorizado pela área técnica que **disporá de 30 dias para a sua conclusão**.

Observará, por fim, a 8ª Controladoria Técnica, que o estudo ora proposto deverá ser dissociado da condição fática trazida aos autos pelo Ministério Público Estadual referente ao Município de São Mateus. O estudo abrangerá, pois, a análise da tese "locação de ativos" como solução para o saneamento básico em geral, devendo se abster de inserir nesse estudo questões concretas relativas ao SAAE de São Mateus.

(V) DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO

Apartada a questão do "Estudo de Caso", volto a análise para o caso específico do SAAE de São Mateus - Concorrência Pública nº 002/2001, cuja licitação, conforme informado pelo Prefeito Municipal, já foi realizada e o resultado homologado em favor de Consórcio Águas do Cricaré, firmado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda. e Amafi Comercial e Construtora Ltda.

Observa-se, numa análise preliminar, que o projeto básico é simples para a vultuosidade da contratação, não contemplando o nível de precisão adequado para caracterizar a obra e serviço (projeto executivo) que se pretende contratar, ferindo, a princípio, o art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93[19];

[19] Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
[...]
IX - Projeto básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que

De acordo com os documentos constantes dos autos somente foi apresentado estudo do custo da obra sem ao menos se traçar qualquer paralelo com o valor acessível da prestação relativa à locação a ser paga pelo órgão concedente, que deve ser avaliada com vistas a garantir serviço de qualidade, com eficiência, continuidade, cortesia na prestação e modicidade na tarifa cobrada, tendo em vista que ao final quem poderá suportar o preço deste investimento será o usuário dos serviços públicos de distribuição de água tratada e de coleta de esgoto (art. 40, inciso VII da LLC)[20];

A licitação será julgada com verificação de conformidade de cada proposta com os preços correntes do mercado, é o que dispõe o art. 43, inciso IV da Lei 8.666/93[21], o que não resta claro no presente certame, pois não constam a metodologia e os critérios para se chegar ao valor máximo de locação (VML).

Essas constatações, sem prejuízo de outras que ainda serão levantadas no curso do processo, são preliminares e, como tal, ainda carecem de análise aprofundada o que somente será levado a efeito após a conclusão quanto à viabilidade jurídica da utilização do modelo "locação de ativos" e após a análise pormenorizada de todo o processo licitatório, fases interna e externa.

---

possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:
a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

[20] Art. 40 - O edital conterá no preâmbulo (...):
VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

[21] Art. 43 – A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

(VI) DA SUSPENSÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO POR INICIATIVA DO MUNICÍPIO

Depreende-se do documento de fls. 590 dos autos, que o Prefeito Municipal de São Mateus, por meio do ofício nº 126/2012, de 22/05/2012, informou a esta Corte de Contas que, acatando a Notificação Recomendatória nº 02/2011 do Ministério Público Estadual, "**somente firmará o contrato com a empresa vencedora do certame Concorrência nº 002/2011 após o posicionamento pela legalidade desta Corte de Contas a respeito do assunto (Locação de Ativos)"**.

Ratifico o meu firme entendimento do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, inclusive podendo este, atuar de ofício. Deixo de propor, contudo, nesta oportunidade, a adoção de medida cautelar *inaudita altera pars,* para suspender o andamento do processo administrativo de contratação da locação de ativos, pois inexistente ao menos um requisito para a sua concessão, qual seja o *periculum in mora*.

Isto porque, ao menos neste momento, não há risco para a efetividade da decisão de mérito que o Tribunal de Contas venha adotar, uma vez que o Prefeito já manifestou formalmente a paralisação do processo administrativo em questão.

Cabe ressaltar que a análise de mérito deste Tribunal acerca das circunstâncias trazidas à colação poderá ensejar ao final, a anulação do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, caso confirmadas irregularidades, conforme previsto no art. 49 da Lei 8.666/93.

Nesse passo, registro que os responsáveis devem ser alertados de que caso o SAAE e/ou a Prefeitura de São Mateus adote qualquer medida no sentido de dar seguimento à Concorrência Pública nº 02/2011, estarão sujeitos às penalidades previstas na Lei.

(VII) DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa é a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas. A Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC nº 45/2004) [...]*
> *LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Ainda destaco que nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

> *Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...]*
> *II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documento neles contido e conhecer as decisões proferidas;*
>
> *Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo: [...]*
> *I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*
> *II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;*

Do exposto, resta claro que à empresa Consórcio Águas do Cricaré, formado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda e Amafi Comercial e Construtora Ltda, vencedora da licitação, deve ser dado ciência da presente denúncia e dos atos dela decorrentes.

(VIII) CONCLUSÃO

Assim, com base no artigo 12, inciso III e VII, da Resolução nº 182/2002[22], **VOTO** para que o Colegiado adote a seguinte decisão:

I – Seja recebido o expediente como **Representação,** considerando a legitimidade do Ministério Público, nos termos do art. 99, § 1º, inciso II da LC nº 621/12;

II – Acompanhando a área técnica, que seja realizado um **Estudo de Caso** para aferir a possibilidade jurídica da Administração Pública realizar licitação visando à contratação de Sociedades Empreiteiras para **Locação de Ativos**, precedida de Concessão de Direito Real de Uso das Áreas, **assinando um prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua conclusão.**

II.1 O Estudo de Caso a ser coordenado pela 8ª CT deverá contar com uma equipe técnica multidisciplinar com fito à verificação da viabilidade não somente jurídica, como também econômica e financeira da contratação no modelo proposto.

II.2 Determino que o "**Estudo de Caso"** seja realizado em autos apartados, devendo ser providenciado pelo NCD o traslado de cópia das peças juntadas aos presentes autos para instruir a manifestação a ser elaborada pela 8ª Controladoria Técnica (CT), sob os registros de que o estudo deverá cingir-se a uma análise em tese, abstraindo-se do caso concreto do SAAE de São Mateus, a fim de resultar em orientação de caráter geral, seja de ordem interna ou externa, conforme a situação;

III – ALERTAR ao prefeito e Diretor Geral do SAAE, Srs. Amadeo Boroto e Luiz Carlos Sossai, respectivamente, que a análise de mérito deste Tribunal acerca das circunstâncias trazidas à colação poderá ensejar ao final a anulação do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, caso confirmadas irregularidades;

[22]Art. 12 – São atribuições do Conselheiro: [...] III - apresentar, relatar, votar ou diligenciar, no prazo regimental, os processos que lhe forem distribuídos; [...] VII - requerer qualquer diligência e propor auditoria extraordinária ou especial necessárias aos esclarecimento de matéria que estiver em discussão, de fatos que chegarem ao seu conhecimento ou em virtude de denúnica recebida;

IV – ALERTAR ao prefeito e ao Diretor Geral do SAAE, Srs. Amadeo Boroto e Luiz Carlos Sossai, respectivamente, que no caso de adoção de qualquer outra medida dando prosseguimento a Concorrência nº 02/2011, este Tribunal deve ser previamente informado, sob pena de aplicação das sanções previstas na Lei por parte desta Corte de Contas.

IV – **NOTIFICAR** com urgência os Srs. Amadeo Boroto e Luiz Carlos Sossai, respectivamente, prefeito e Diretor Geral do SAAE, para encaminhar a este Tribunal de Contas cópia integral do processo administrativo que originou o procedimento Licitatório - Concorrência nº 002/2011 (fase interna e externa), no prazo de **10 (dez) dias** e ainda para que comunique previamente a este Tribunal de Contas, caso decida pelo prosseguimento da contratação, antes da conclusão da análise de mérito deste processo;

V – Com base na aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, lei geral de processo administrativo federal (art. 3º, inciso II e art. 9º, incisos I e II), e nos termos do art. 161, inciso I e inciso V do § 1º do Regimento Interno deste Tribunal, dar ciência à empresa Consórcio Águas do Cricaré, formado pelas empresas Construtora Brasília Guaiba Ltda e Amafi Comercial e Construtora Ltda. dos termos desta representação e da decisão ora proferida;

Após decisão do Plenário, **dê-se ciência aos Srs. Amadeo Boroto (prefeito) e Luiz Carlos Sossai (Diretor Geral do SAAE)**, conforme dispõe o art. 91, § 3º do **Regimento Interno**.

Por fim, após as notificações de estilo e traslado das peças, retornem os autos a este Gabinete para prosseguimento das análises.

Vitória/ES, 10 de julho de 2012.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro Relator