ACÓRDÃO - AC00 - 1599/2024

PROCESSO TC/MS	: TC/573/2022
PROTOCOLO	: 2148814
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE APARECIDA DO TABOADO
JURISDICIONADO	: JOSÉ NATAN DE PAULA DIAS
DENUNCIANTE	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL – SANESUL
ADVOGADOS	: EDER ALVES DOS SANTOS – OAB/MS 13.147; LUCAS ORSI ABDUL AHAD – OAB/MS 15.582; DOUGLAS DE OLIVEIRA SANTOS – OAB/MS 14.666 E OUTROS.
RELATOR	: CONS. SUBS. CÉLIO LIMA DE OLIVEIRA

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EMERGENCIAL EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CONTRATAÇÃO DIRETA SEM PRÉVIA AVALIAÇÃO E PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DOS ATIVOS NÃO AMORTIZADOS – LIMINAR DEFERIDA POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EMERGÊNCIA – DESCABIMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA – EVENTUAL INDENIZAÇÃO À EMPRESA DENUNCIANTE – INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE SER PRÉVIA A LICITAÇÃO DO SERVIÇO – CUMPRIMENTO DA DECISÃO LIMINAR – SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO – ADOÇÃO DE MEDIDAS PREPARATÓRIAS PARA A REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – ARQUIVAMENTO.

1. Sobre a eventual indenização à empresa Denunciante, não há obrigatoriedade de ser prévia a licitação do serviço, como consta no § 6º do art. 42 da Lei n. 8.987/1995.

2. Verificada a inexistência de situação de emergência, diante da continuidade da prestação dos serviços pela Denunciante, apesar do convênio de concessão ter expirado, resta demonstrada a ilegalidade da dispensa emergencial de licitação para concessão dos serviços de água e esgoto sanitário.

3. Procedência parcial da denúncia, sem penalizar o jurisdicionado com multa, tendo em vista o cumprimento da decisão liminar, com a suspensão do procedimento de contratação emergencial e posterior arquivamento, e a adoção das medidas preparatórias para a realização da licitação.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 12 a 15 de agosto de 2024, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **procedência**

parcial da Denúncia, em razão da ilegalidade da dispensa emergencial de licitação para concessão dos serviços de água e esgoto sanitário, sem imposição de sanção em razão do cumprimento da decisão liminar e tomada de providências para a realização da licitação; pelo **arquivamento** destes autos após as intimações e o trânsito em julgado desta decisão, nos termos do artigo 129, I, "b", c/c os artigos 186, V, do RITCE/MS, com **quebra do sigilo** do feito por estar em fase final e não haver dados sensíveis; e pela **intimação** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50 da Lei Complementar Estadual n. 160/2012.

Campo Grande, 15 de agosto de 2024.

Conselheiro Substituto **Célio Lima de Oliveira** - Relator

(Ato Convocatório n. 01/2023)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Célio Lima de Oliveira – Relator

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia, com pedido de liminar, formulada em razão da instauração de procedimento de Dispensa de Licitação por Emergência para entregar os serviços de água e esgoto, com fornecimento de insumos e mão de obra a outra empresa.

Em síntese, a denunciante alegou que o Município denunciado cometeu ilegalidade ao abrir procedimento de contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento em situação emergencial inexistente, já que apesar de expirado o convênio concessório em 05/07/2020, continuava prestando o serviço. Argumentou, ainda, que tal contratação direta não poderia ser realizada sem a prévia avaliação e pagamento de indenização dos ativos não amortizados.

A Denúncia foi recebida pela Presidência deste Tribunal de Contas (peça 6).

Em seguida, os autos foram encaminhados ao Relator, que concedeu a liminar solicitada, em razão da não comprovação de situação emergencial que justificasse a dispensa de licitação para contratação da prestação dos serviços de gestão e gerenciamento operacional do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE do Município denunciado (peça 7).

O jurisdicionado interpôs agravo contra a decisão liminar, ao qual foi negado provimento (peça 42).

A Divisão de Fiscalização apresentou análise, propondo a determinação aos gestores para anular os atos e efetivar a contratação emergencial para a gestão e gerenciamento operacional do Serviço de Água e Esgoto do Município, por não ter sido efetivado o estudo de viabilidade adequado (peça 38).

O Ministério Público de Contas emitiu parecer sugerindo a realização de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) e, caso este não seja celebrado, opinou pela procedência parcial da Denúncia com recomendação e aplicação de multa ao responsável (peça 40).

Houve a intimação do jurisdicionado para se manifestar nos autos e, na resposta final, defendeu o procedimento e juntou documentos (peças 50-54).

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Célio Lima de Oliveira – Relator

II – MÉRITO

Esclarece-se que foram observadas as disposições descritas no art. 126 e seguintes do Regimento Interno, aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98/2018 (RITCE/MS), passando-se ao exame do mérito.

Antes, porém, é relevante destacar que no exame das irregularidades denunciadas será levada em conta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que, com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, abusa de termos como “necessidade e adequação da medida imposta” (Parágrafo único do art. 20), “modo proporcional e equânime” (Parágrafo único do art. 21) ou “natureza e gravidade da infração” e “circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (§ 2º do art. 22). Trata-se de homenagem ao Princípio da Proporcionalidade.

A empresa denunciante alega a inexistência de emergência para contratação dos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário pelo Município denunciado e ilegalidade na instauração do procedimento de dispensa de licitação sem que tenha havido a avaliação dos ativos e eventual pagamento da indenização.

Após concessão de liminar que determinou a suspensão da dispensa de licitação, o jurisdicionado alegou prejuízos ambientais e financeiros que teriam sido causados pela Empresa denunciante como fundamento para contratação emergencial (peças 18-33).

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização entendeu com razão a denunciante e concluiu:

> Diante do exposto, verifica-se que a denúncia é **PROCEDENTE** e que o caso aqui analisado apresentou as seguintes **IRREGULARIDADES**:
>
> 4.1. contratação emergencial realizada sem existir os fundamentos de risco de descontinuidade do serviço, calamidade pública ou perigo de falta de abastecimento, em inobservância ao art. 24, IV, da Lei n. 8.666/1993;
>
> 4.2. não avaliação dos ativos reversíveis da operação, bem como da não realização da indenização prévia dos bens prevista no art. 36 da Lei n. 8.987/1995, c/c. a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.564.416-PR. (fls. 644)

O Ministério Público de Contas apresentou o seguinte posicionamento:

A par do exposto, o Ministério Público de Contas se manifesta no seguinte sentido:

I. Antes da decisão sobre as irregularidades apuradas no curso da instrução:

I.1. Que seja avaliada a possibilidade celebração de **TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO** com a Sanesul e o Município de Aparecida do Taboado/MS, com comparecimento da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul - Agepan, na condição de interveniente, visando conciliar os interesses das partes na direção da inevitável extinção do vínculo atual e da realização de uma nova licitação para os serviços de gestão e gerenciamento operacional do SAAE, no menor prazo possível, sem prejuízo ao conjunto da sociedade local, com eventual descontinuidade do serviço essencial de fornecimento de água e tratamento de esgoto;

II. Na eventualidade de não prosperar a celebração do Termo de Ajustamento de Gestão:

II.1. Que a denúncia seja julgada **PARCIALMENTE PROCEDENTE** ante a demonstração de que a emergência que teria dado suporte à contratação direta pretendida pelo Município de Aparecida do Taboado/MS decorreu de inequívoca falha de planejamento e má gestão, gerando, desta forma, a situação de emergência fabricada, incapaz de justificar a contratação direta.

II.2. Que seja emitida **RECOMENDAÇÃO** ao ordenador de despesas para que promova a anulação do procedimento de dispensa de licitação para contratação dos gestão e operação dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, com adoção das providências necessárias à extinção do vínculo mantido com a Sanesul e realização de uma nova licitação;

II.3. Que seja autuado processo de monitoramento, visando acompanhar e verificar a efetiva implementação e cumprimento, pelo Município de Aparecida do Taboado/MS, das recomendações;

II.4. Que seja **APLICADA MULTA** ao responsável por comprovada prática de ato administrativo sem a observância dos requisitos legais que regem as contratações públicas inscritos na Lei nº 8.666/93, nas disposições do art. 44, I e art. 42, I, II, V, VI e IX, ambos da Lei Complementar nº 160/2012.; (fls. 653)

Com relação à sugestão feita pelo Ministério Público de Contas para a realização de Termo de Ajustamento de Gestão - TAG, destaca ser desnecessária a celebração do Termo na atual fase em que se encontram os preparativos para a realização de licitação dos serviços de água e esgoto, eis que o Município já firmou contrato com empresa (fls. 1380-1396) para realização dos estudos técnicos necessários à concessão, revisando o Plano Municipal de Saneamento Básico e realizou Audiência Pública no dia 16/02/2024.

Além disso, conforme informou o jurisdicionado (peça 50), depois da suspensão e arquivamento do procedimento de contratação emergencial objeto desta Denúncia,

está sendo preparada nova audiência pública e a publicação de Edital para a possível concorrência pública, mediante a indenização de todo e qualquer valor em favor da Denunciante caso seja devido, situação precedida de levantamentos prévios de eventuais ativos não amortizados ou depreciados.

Quanto ao mérito, corroboro o entendimento do Ministério Público de Contas pela procedência parcial da Denúncia, pois, como já salientado na decisão liminar que suspendeu o procedimento de dispensa de licitação, não houve a situação fática de emergência, já que os serviços continuam sendo prestados pela Denunciante, apesar do Convênio de Concessão ter expirado em 05/07/2020, descabendo a contratação direta de outra empresa.

Por outro lado, deixo de acompanhar a sugestão do *Parquet* de Contas para recomendar ao jurisdicionado anular a dispensa de licitação, posto que esta já foi até arquivada quando da concessão da medida cautelar por este Tribunal de Contas e, a licitação de concessão do serviço que for realizada deverá ser encaminhada ordinariamente para o Controle Prévio e Controle Posterior, não sendo necessário o monitoramento sugerido.

Sobre a eventual indenização à empresa Denunciante, assiste razão ao jurisdicionado quando afirma que não há obrigatoriedade de ser prévia a licitação do serviço, como consta no § 6º do art. 42 da Lei n. 8.987/1995, *in verbis*:

> Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.
>
> ...
>
> § 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço.

Assim, conclui-se pela procedência parcial desta Denúncia, sem penalizar o jurisdicionado com multa, tendo em vista que houve o cumprimento da decisão liminar, suspendendo o procedimento de contratação emergencial e, posteriormente, arquivando-o. Além disso, comprovou-se a tomada das medidas preparatórias para a realização da licitação.

Por fim, como houve decretação de sigilo do processo (peça 6), este deve ser quebrado em razão da fase final deste feito e do fato de não haver dados que não possam se tornar públicos.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolhendo parcialmente o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I- pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da Denúncia, em razão da ilegalidade da dispensa emergencial de licitação para concessão dos serviços de água e esgoto sanitário, sem imposição de sanção em razão do cumprimento da decisão liminar e tomada de providências para a realização da licitação;

II- pelo **ARQUIVAMENTO** destes autos após as intimações e o trânsito em julgado desta decisão, nos termos do artigo 129, I, "b", c/c os artigos 186, V, do RITCE/MS, com quebra do sigilo do feito por estar em fase final e não haver dados sensíveis;

III- pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50 da Lei Complementar Estadual n. 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pela procedência parcial da denúncia e pelo arquivamento dos autos, com a quebra do sigilo do feito.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Célio Lima de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt, e os Exmos. Srs. Conselheiros Substitutos Patrícia Sarmento dos Santos e Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 15 de agosto de 2024.

Conselheiro Substituto **CÉLIO LIMA DE OLIVEIRA**

Relator (Ato Convocatório n. 01/2023)

MSS / VAB