



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

Interessados: Sr. Nabor Wanderley da Nóbrega Filho (Prefeito Municipal de Patos).

Objeto: licitação.

EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Prefeitura Municipal de Patos. Licitação – Modalidade Concorrência Nº 02/2012. Apuração de graves irregularidades pelo Órgão Técnico. Citação. Revelia. Inobservância quanto ao dever de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Parecer Ministerial pugnando pela Irregularidade do procedimento licitatório examinado, bem como do contrato dele decorrente. Aplicação de Multa. Recomendação.

PARECER Nº 01477/12

Versam os presentes sobre a análise do procedimento licitatório nº 002/2012, na modalidade Concorrência, levada a termo pelo Prefeito Municipal de Patos, Sr. *Nabor Wanderley da Nóbrega Filho*, cujo objeto foi à outorga de Concessão dos Serviços de Implantação e Operação de Aterro Sanitário em Patos – PB, compreendendo os Serviços de Tratamento e Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos na Cidade de Patos ou em sua Região Metropolitana.

A d. Auditoria em relatório preliminar (fls. 1032/1038), após examinar os elementos de informação que integram os presentes autos opinou pela NOTIFICAÇÃO do alcaide Municipal de Patos, para que se pronuncie sobre os seguintes itens:

1. QUANTO AO CONTEÚDO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:

1.1 Não consta no Edital os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço, de acordo com o artigo 18, inciso VII da Lei 8.987/95;

2. QUANTO AO CONTEÚDO DO CONTRATO:

De acordo com as exigências da Lei 8.987/95, o CONTRATO Nº 1692/2012, às fls. 1010/1024, não traz em suas cláusulas, previsões relativas:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

2.1 Aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, conforme inciso III, art. 23, da Lei 8.987/95;

2.2 Aos direitos da concessionária e aos direitos e garantias do Poder concedente, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, de acordo com o inciso V, art. 23;

2.3 A exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, conforme inciso XIV, art. 23, da Lei 8.987/95;

2.4 A estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95;

2.5 A exigência da garantia de fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95.

3. OBSERVAÇÕES/IRREGULARIDADES:

3.2 A CLÁUSULA NONA – DOS SERVIÇOS ADICIONAIS prevê que “**qualquer modificação** para mais ou para menos que venha a ocorrer deverá ser objeto de negociação entre as partes, cabendo a Concedente rever o valor outorgado de modo a manter, durante todo o prazo da Concessão o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato”. Grifo nosso. Tal cláusula torna obrigatória a revisão dos valores contratados em qualquer hipótese.

O artigo 65, II, d) traz as hipóteses onde cabem revisões para se restabelecer a manutenção do equilíbrio financeiro, que são: na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, por tratar-se de álea econômica extraordinária e extracontratual.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 15ª edição; p. 676 e 680, também discorre acerca do risco do empreendimento pelo particular concessionário:

*Cumprе esclarecer que a **garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá a concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro.***



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por sua conta, risco e perigos, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser, como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou mal sucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico.

(...)

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.

Significa, portanto, que esta previsão de revisão do valor outorgado, informando que “qualquer modificação para mais ou para menos que venha ocorrer deverá ser objeto de renegociação entre as partes”, conforme fl. 1016 dos autos, revela-se desproporcional, pois transfere o risco do contrato também para o Poder Concedente, contrariando as normas gerais de licitações e contratos;

3.3 Após análise da Proposta Comercial da Empresa LIGHT ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA, verificou-se que não consta a composição de custos do valor global da tarifa por tonelada (R\$ 42,00). Assim, a Auditoria solicita que a composição seja enviada para uma melhor análise. Por conseguinte, verificou-se também a ausência da planilha orçamentária referente à implantação do aterro sanitário;

3.4 Após análise do processo verificou-se que tanto a Prefeitura Municipal de Patos quanto a Empresa LIGHT ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA, não anexaram ao processo a planilha de composição do BDI.

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, seguiu-se a notificação do interessado (fls. 1040/1041), que deixou escoar o prazo sem apresentação de esclarecimentos.

Cota ministerial às folhas 1046/1049, pugnando pela renovação da citação postal do Sr. Nabor Wanderley da Nóbrega Filho, estabelecido na **Av. Epitácio Pessoa, nº 91, Centro, Patos, Paraíba, CEP: 58.700-000** para, querendo, se manifestar sobre os fatos plasmados no relatório técnico de fls. fls. 1032/1038.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

O Relator, por despacho de fl. 1050, determinou a remessa dos autos a Secretaria da 2ª Câmara desta Corte de Contas para efetuar a notificação sugerida pelo *parquet*.

Procedeu-se a renotificação do Sr. Nabor Wanderley da Nóbrega Filho, segundo documento de fls. 1054/1056. Porém, conforme certidão de fl. 1058, emanada da Secretaria da 2ª Câmara desta Corte de Contas, o interessado **deixou escoar o prazo que lhe foi** assinado sem apresentar defesa.

Em seguida, vieram os autos a este Ministério Público Especial para análise e emissão de parecer.

É o relatório. Passo a opinar.

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade de licitação pública decorre de expressa determinação constitucional e deve ser realizada tendo como parâmetros os princípios magnos da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Constituição Federal, ao tratar da matéria, estatui:

“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.**”*

Assim, somente através do regular processo licitatório, a Administração terá condições de escolher a melhor proposta para firmar o contrato administrativo, resultando em eficiência e economicidade na gestão dos recursos públicos.

Neste mesmo sentido, o Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas (Lei n.º 8.666/93), regulamentando o dispositivo constitucional acima transcrito, determina em seu art. 2.º que todas as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, contratadas com terceiros, deverão ser antecedidas de procedimento licitatório, propiciando, assim, igual oportunidade a todos os interessados e inibindo, conseqüentemente, a discriminação ou favorecimento entre os participantes do certame. Trata-se, portanto, de procedimento administrativo com **marcos legais estritamente definidos**, insuscetível de discricionariedades na forma de realizá-lo.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

Pois bem. No caso em disceptação, o Corpo Instrutivo identificou graves falhas no procedimento licitatório em análise, consoante explanado no relatório técnico de fls. 1032/1038. O interessado, malgrado citado, deixou escoar *in albis* o lapso temporal para a apresentação de defesa e documentos, demonstrando descaso para com o controle externo e incúria com a eficiência econômica da edilidade.

Destarte, Importante ressaltar que, a ausência de quaisquer esclarecimentos e/ou justificativas pela autoridade responsável, não tem o condão de impedir a ação fiscalizatória desta Corte, só concorrendo para macular ainda mais a gestão do interessado.

Ademais, em razão da inércia defensiva, os fatos constatados pelo Corpo Instrutivo merecem subsistir, porquanto ***“o ônus da prova em relação à boa e regular aplicação de recursos públicos incumbe a quem os recebe, posto que é inerente à função de administrar coisa alheia, o dever de prestar contas”***¹.

Sobre a temática em foco, o vetor jurisprudencial do Tribunal de Contas da União aponta para o seguinte norte:

“A não comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão n.º 176, verbis: ‘Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova’” (Acórdão n.º 8/2006 – Tomada de Contas Especial – Plenário, Relator: Augusto Nardes).

“TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ÔNUS DE COMPROVAR O EMPREGO DE RECURSOS PÚBLICOS. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. REVELIA. CONTAS IRREGULARES. 1. O ônus de comprovar a regularidade integral na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente os gastos efetuados (...). 2. A ausência de comprovação da aplicação dos recursos, em decorrência da omissão no dever de prestar contas do responsável, importa no julgamento pela irregularidade das contas, na condenação em débito e na aplicação de multa” (Acórdão n.º 8/2007 – Tomada de Contas Especial – 1ª Câmara, Relator: Ministro Augusto Nardes).

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 197.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

“TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CITAÇÃO REGULAR. RESPONSÁVEL REVEL. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. AUTORIZAÇÃO PARA COBRANÇA JUDICIAL DAS DÍVIDAS. REMESSA DE CÓPIA DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO PARA AJUIZAMENTO DAS AÇÕES CABÍVEIS. O dever de prestar contas dos recursos públicos recebidos está explicitado no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, segundo o qual prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Em consonância com o dispositivo constitucional supra, o Decreto-lei nº 200/67, em seu art. 93, dispõe que quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes (...). Os agentes públicos, dessa forma, gerenciando bens, dinheiros e valores que não lhes pertencem, não se podem manter à margem de apresentar os resultados de sua regular aplicação. A omissão nesse dever autoriza a presunção de irregularidade na aplicação dos recursos recebidos; pois, considerando que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor (aquele responsável pela efetiva aplicação dos recursos), obriga-se este a comprovar que os recursos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. A omissão, dessa forma, implica na sua responsabilização pessoal” (Acórdão 78/2006 – Tomada de Contas Especial – 1ª Câmara, Relator: Ministro Guilherme Palmeira).

Demais disso, registre-se o Enunciado de Decisão n.º 176, também da Corte de Contas da União:

“Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova”.

EX POSITIS, nos termos da Auditoria, fls. 1032/1038, opina este representante do *Parquet Especial* junto ao Tribunal de Contas pela:

1. IRREGULARIDADE do procedimento licitatório ora analisado, bem como do Contrato dele decorrente;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

PROCESSO TC N.º 07742/12

2. APLICAÇÃO DE MULTA à autoridade ordenadora da despesa, com fulcro nos termos do art. 56, II, da LOTCE- LC 18/93;

2. RECOMENDAÇÃO ao Prefeito Municipal de Patos, no sentido de estrita observância às normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, com vistas a evitar a repetição das falhas aqui constatadas e, assim, promover o aperfeiçoamento da gestão.

É como opino.

João Pessoa, 12 de dezembro de 2012.

Marcílio Toscano Franca Filho, Dr. jur
Procurador do Ministério Público junto ao TCE/PB