



Edição Extraordinária Nº 1183 – Ano 6 – 19/08/2020

Procuradoria-Geral

DECISÃO FINAL

Processo Administrativo nº: 02/2020

Tratam os autos acerca de Processo Administrativo em face da Empresa Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA, nos termos da Portaria nº 016/2020 e da Lei Federal nº 9.784/99.

Deflagrou-se, pois, o presente Processo Administrativo para apurar possível nulidade na contratação da empresa COPASA por meio da Dispensa nº 008/2010.

Nesse sentido, aprovo o Relatório Final da Comissão Processante bem como o Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Município de Nova Serrana, adotando-os como razões de decidir, para:

- a) **Declarar a Nulidade** da concessão do serviço de abastecimento de água à Copasa em razão da Nulidade da contratação por meio de dispensa, com posterior cassação da concessão pública outorgada à COPASA.
- b) A fim de garantir a continuidade do serviço público de abastecimento de

água no Município de Nova Serrana, **modular os efeitos** desta declaração de nulidade nos seguintes termos:

b.1) Ficam convalidadas as normas de regulação, estrutura tarifária e demais deliberações expedidas pela ARSAE – Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais;

b.2) A nulidade declarada nesta decisão operará com efeitos prospectivos, sendo assim, a extinção da concessão dos serviços de abastecimento de água à COPASA somente ocorrerá depois de decorridos 06 (seis) meses contados da publicação desta decisão (vigência extraordinária).

- c) **Determinar** que, durante o período de vigência extraordinária, a COPASA permanecerá responsável pelos serviços de abastecimento de água no Município de Nova Serrana/MG.



- d) **Determinar** a realização de estudos e levantamentos necessários para realização de nova concessão por meio de procedimento licitatório.

Determino ainda, a notificação da COPASA para no prazo de 10(dez) dias, caso queira, interpor recurso administrativo, nos termos do art. 59 da Lei 9.784/99, o qual deverá ser dirigido ao Prefeito Municipal.

Publique-se a presente Decisão juntamente com o Relatório Final da Comissão Processante e o Parecer Jurídico da Procuradoria Geral no Diário Oficial do Município de Nova Serrana.

Nova Serrana, 19 de agosto de 2020

EUZÉBIO RODRIGUES LAGO

Prefeito Municipal

PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo nº: 02/2020

Objeto: Apuração de nulidade na contratação da empresa Copasa por meio da Dispensa nº 008/2010.

RELATÓRIO:

Submete-se a apreciação o presente processo administrativo oriundo da Portaria nº 016/2020 para apuração de legalidade na

contratação da empresa COPASA por meio da Dispensa nº 008/2010.

Consta na mencionada Portaria que a concessão do Serviço de Abastecimento de Água foi realizada por meio da Dispensa nº 008/2010. Mencionando o disposto contido no art. 14 da Lei Federal nº 8.987/1995, o qual dispõe que toda concessão de serviço público será objeto de prévia licitação. E ainda, o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal. E por fim, mencionou o art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Sendo designados servidores para compor a Comissão do Procedimento Administrativo.

A COPASA foi notificada e apresentou defesa preliminar (fls.225/300).

A Comissão Processante solicitou prorrogação do prazo para concluir as atividades da Comissão (fls. 301).

E, por fim a Comissão Processante apresentou Relatório Final às fls. 302/306.

Relatado o pleito passamos ao Parecer.

FUNDAMENTAÇÃO:

Cumprido esclarecer que a análise neste parecer se restringe a verificação dos requisitos formais para deflagração do processo administrativo e a suposta irregularidade na



concessão à COPASA para prestação de serviço de água no município.

Destaca-se que a análise será restrita aos pontos jurídicos, estando excluídos quaisquer aspectos técnicos, econômicos e/ou discricionários.

Prefacialmente, vale aclarar que o serviço público digna-se a atender os interesses da coletividade por ser relevante para o funcionamento da vida em sociedade bem como para os próprios usuários.

A obrigatoriedade dos entes públicos licitem é estabelecida pelo artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.”

Tendo em vista o dever do Estado de fornecer serviço público adequado aos administrados, cabe explicitar uma das formas da prestação desse serviço: a prestação indireta por meio da concessão, autorizada pelo art. 175 da CF.

Registra-se que concessões serão sempre submetidas **à licitação, nos termos do art. 175 da Carta Magna, ei-lo:**

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (Grifo nosso).

A fim de esclarecer o tema, destaca-se que toda concessão será precedida de licitação, conforme previsto no art. 175 da CF, e deverá ser outorgada sem exclusividade já que o dispositivo constitucional não faz a ressalva do art. 37, XXI da CF, que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei.

Desta forma, extrai-se que a Lei nº 8.666/1993 é considerada a lei geral de licitações e a Lei nº 8.987/1995 é a lei que rege o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Será demonstrado a seguir que, via de regra para a realização de procedimentos licitatórios em que a outorga de concessão e permissões de serviços públicos estejam em jogo, a Lei nº 8.666/1993, como norma geral, somente será aplicada de forma supletiva



quando omissa a Lei nº 8.987/1995, já que o objeto da discussão é a concessão de um serviço público, nos moldes do previsto no art. 175 da Constituição Federal.

A esse respeito, observem-se, respectivamente, a redação do art. 124 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.”

Em continuidade do acima alegado, destaca-se o disposto no art. 14 da Lei nº 8.987/1995:

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”. (Grifo nosso).

A figura da licitação é tratada de forma tão relevante que na Lei nº 8.987/1995, em seu art. 43, o texto normativo previu que ficarão extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988. Tal extinção pode atingir ainda os contratos realizados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou

que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor da referida lei.

Insta mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.521-5/PR, na qual o Ministro Relator Eros Grau em seu voto manifesta que “ *O texto da Constituição do Brasil é claro: “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175, caput).*”

Naquilo que aqui importa, e por força constitucional, cabe ao Poder Público proceder a realização de licitação para a concessão de serviço público, o que deveria ter sido observado pelo município.

Ora, por força constitucional (artigo 175), não se admite concessão outorgada mediante contratação direta. A delegação, diz a Carta Magna, deverá ser sempre precedida de certame licitatório.

O texto constitucional não deixa dúvida. Ao decidir por delegar a prestação de serviços públicos por concessão ou permissão para terceiros, o Poder Público deverá fazê-lo sempre mediante licitação.

Assim, na medida em que toda a ordem jurídica deve ser aplicada de modo compatível e de acordo com as disposições constitucionais, dada a hierarquia normativa superior da Carta Magna, tendo o legislador constituinte previsto que a delegação da prestação de serviços públicos por concessão ou permissão para terceiros, deverá ocorrer sempre por meio de



licitação, não se admite, nesse caso, o afastamento do procedimento licitatório com base nas hipóteses do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Merece trazer à baila ainda que em sua defesa, a COPASA alegou que a contratação ocorreu dentro da legalidade, com respaldo na legislação que permitiu os chamados convênios de cooperação, normatizados pela Lei Federal 11.107/2005, regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017/07. E, que a contratação ocorreu através da modalidade contrato de programa, prevista no art. 24, XXVI da Lei 8.666/93, eis que da leitura de tal dispositivo, verifica-se que o mesmo se aplica as hipóteses de concessão de serviços públicos, apenas as demais espécies de contratação de obras e serviços.

Ademais, se faz necessário revelar que a COPASA é uma sociedade de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais, cuja composição societária é de 49,68% (quarenta e nove virgula sessenta e oito por cento) de capital privado.

Deveras, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 763.762/GO 2005/0105660-7, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 10/10/2005, o Superior Tribunal de Justiça assentou a necessidade de licitação para concessão de fornecimento de água, vejamos: “(...) *As sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico das empresas privadas, estando sob a égide da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre concessão e*

permissão de prestação de serviços públicos. (...)”.

No entanto, no presente caso, embora já vigorasse a Lei 8.987/95, trazendo todo um novo e rigoroso regramento para as concessões e permissões de serviço público, prevendo direitos, deveres e obrigações a serem obrigatoriamente observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tal conjuntura foi ignorada.

Por tudo isso, não se pode admitir que um contrato de programa firmado sem licitação e, portanto, sem competição e isonomia, que não oportuniza a participação de entes públicos e privados, como o ora questionado, não deve prosperar, eis que se encontra em desconformidade com a Constituição Federal e a Lei 8.987/95.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, esta Procuradoria Geral entende que podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- e) Nulidade da contratação da requerida por meio de dispensa, com posterior cassação da concessão pública outorgada à COPASA.
- f) Realização de processo licitatório, na forma da lei, para a contratação do serviço de água neste município.

Por fim, em razão do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos,



a COPASA deverá continuar com a execução dos serviços de água município de Nova Serrana até que seja realizado o devido processo licitatório.

Nova Serrana, 17 de agosto de 2020

Fernanda Bechelane Maia

Procuradora Geral do Município de Nova Serrana

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE NOVA SERRANA MG.

PAD nº. 002/2020

Portaria nº. 016/2020

INTRODUÇÃO.

A Comissão Processante designada por Vossa Excelência para os trabalhos do Processo Administrativo 002/2020, instaurado pela Portaria 016/2020, estando constituída pelos servidores RILDO DE OLIVEIRA E SILVA, LUIZ FERNANDO TEIXEIRA SILVA E CLÉZIO STEFANO FERREIRA RAMOS, respectivamente presidente, secretário e membro, com o objetivo de apurar possível nulidade na contratação por dispensa 008/2010, que outorgou concessão de serviço de água no município, observando os princípios que regem o Processo Administrativo, o Contraditório e a Ampla Defesa consubstanciados na Constituição

Federal, vem a presença de Vossa Excelência, apresentar:

RELATÓRIO FINAL:

DA INSTAURAÇÃO.

A Portaria que designou a Comissão Processante foi publicada em 09/06/2020, sendo a requerida citada na data de 22/06/2020, conforme fls., 225. A requerida apresentou sua defesa em 01/07/2020, conforme fls., 225/226.

Este procedimento teve por objeto principal a apuração da suposta irregularidade na concessão à requerida da prestação de serviço de água no município por meio do instrumento de dispensa.

DA INSTALAÇÃO

Esta Comissão de Processo Administrativo iniciou seus trabalhos de acordo com a lei 9.784/1999, momento em que foram feitas as deliberações cabíveis e formalizou o início da instrução processual.

DA DEFESA PRÉVIA

A requerida conforme fls., 226/250 apresentou defesa prévia com documentos (FLS., 251/300) através de seu advogado Dr. Rafael Eugênio dos Santos Quirino, inscrito na OAB/MG sob número 119.835.

Em sua defesa a requerida alegou que o processo que culminou na sua contratação foi antecedido de todas as etapas necessárias, com a



atuação conjunta do Poder Legislativo e Executivo locais.

Ponderou que existiu legalidade na dispensa de licitação para celebração de contrato de programa, para tanto trouxe à colação dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A requerida discorreu sobre os chamados convênios de cooperação, normatizados pela lei federal 11.107/05, regulamentada pelo decreto federal 6.017/07.

Apontou em sua defesa as peculiaridades e normas que regem os chamados contratos de programa, modalidade pela qual se deu a contratação da requerida.

Alegou que a contratação do serviço de água por meio de dispensa ocorreu dentro da legalidade, com arrimo na legislação que permitiu os chamados convênios de cooperação.

Trouxe ainda na defesa o direito de ser indenizada pelos ativos existentes caso ocorra a declaração de nulidade da contratação.

Em suma foram os argumentos trazidos pela requerida em sua defesa.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE:

Por se tratar de matéria unicamente de direito (artigo 355 I do CPC), não se vê a necessidade de produção de outras provas, razão pela qual foi encerrada a instrução processual

com a defesa apresentada pela requerida, não havendo necessidade de intimar a COPASA nos termos do artigo 44 da Lei 9.784/99.

DO PARECER DA COMISSÃO

Esta Comissão na busca da certeza jurídica, no esforço de fazer prevalecer os Princípios da Administração Pública e da Ampla Defesa e do Contraditório e na busca da verdade real, representante não somente da Administração Pública, mas acima de tudo, do compromisso dessa Instituição com o Direito, com a verdade e com a justiça, esgotou todos os meios possíveis não havendo qualquer dúvida quanto à decisão que passa a expor.

A questão a se dirimir é se a contratação da requerida por meio de dispensa obedeceu as normas legais ou não, em linhas gerais a necessidade é de se apontar se efetivamente poderia ter sido a requerida contratada por meio de dispensa.

Em sua defesa a requerida traz a lume a legislação que deu azo à sua contratação por meio de dispensa, notadamente fundamenta seu direito na chamada lei que regulamentou os contratos de programa, permitindo a contratação pelo ente público de empresa pública por meio de dispensa, sem a



necessidade do devido processo licitatório.

A questão a ser perquirida é se efetivamente a contratação da requerida por meio de dispensa com arrimo no chamado dispositivo de contrato de programa, obedeceu aos termos daquela legislação, à constituição federal e à lei 8.666/93.

A lei que criou os chamados convênios de cooperação, que deu sustento para criação dos chamados contratos de programa, permitindo a contratação pelo ente público de empresas públicas trouxe uma série de requisitos a serem verificados para se permitir sua aplicação.

Não se olvide que o objetivo do legislador fora permitir que empresas comprovadamente públicas em sua essência, pudessem contratar com o poder público diretamente sem o crivo do processo licitatório.

Analisando a constituição societária da COPASA, a qual é uma sociedade de economia mista controlada pelo estado de Minas Gerais, observamos que 49,68% (quarenta e nove virgula sessenta e oito por cento) de seu capital é privado. Assim, permitir que sociedades de economia mista que operam quase na totalidade do capital privado, fiquem

livres de participar de concorrência pública ofende claramente o princípio constitucional da isonomia.

Mas a ofensa da contratação por dispensa no caso não ofende somente o princípio constitucional da isonomia, fere de morte o artigo 175 da Constituição Federal, bem como a Lei 8.987/95, conforme veremos a seguir.

Segundo o disposto no art. 175 da Constituição Federal, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.”

Observe que a Constituição federal não excepciona qualquer situação, nem mesmo exceções previstas em legislações infraconstitucionais.

A expressão “sempre através de licitação” não comporta outra interpretação senão a de que não se tratando de execução direta do serviço pelo município, restam vedadas qualquer outra forma de contratação sem a realização de procedimento licitatório.

Se a Constituição Federal exige a licitação para a concessão de serviços públicos as demais leis invocadas pela COPASA devem ser interpretadas a



partir da Constituição em razão de sua supremacia normativa e não o contrário.

Além disso, a Lei 8.987/95, em seu texto, deixa clara a obediência ao artigo 175 da CF, posto que cita, em vários artigos, a licitação na modalidade concorrência, como condição para a concessão de serviços públicos. No artigo 2º da Lei, na conceituação de concessão de serviços públicos, referida lei assim define: “concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”.

O artigo 14 da mesma Lei assim dispõe:

“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.”

Diante da leitura dos artigos supramencionados, resta claro que muito embora o inciso XXVI do art. 24 da Lei

8.666/93 preveja que a celebração de contrato de programa é permitida por meio de dispensa de licitação, parece óbvio que este dispositivo aplica-se apenas as demais espécies de contratações de obras e serviços, não se aplicando às hipóteses de concessão de serviços públicos, a licitação é **obrigatória**.

Em momento algum em sua defesa, a COPASA nega que a concessão de serviços públicos não observou a Constituição Federal e a Lei 8.987, pelo contrário, admite a ilegal contratação, limitando-se a alegação de que a Lei 8.666/93 assim permitiu.

Sendo assim, a manutenção da concessão do serviço de abastecimento de água é juridicamente insustentável pelo Município, diante da clara nulidade do instrumento de sua contratação.

Sobre a questão o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim decidiu:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ADITIVO CONTRATUAL QUANDO JÁ EM VIGOR A LEI Nº. 8.987/95 - PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - AUSÊNCIA - ILEGALIDADE - PRAZO DECADENCIAL PARA ANULAÇÃO DO ATO



ADMINISTRATIVO -
SITUAÇÃO
FLAGRANTEMENTE
INCONSTITUCIONAL -
INAPLICABILIDADE DO
ART. 54 DA LEI Nº.
9.784/99.

1 - A concessão de serviço público, após a vigência da Constituição da República/88 depende, sempre, da realização de prévio procedimento licitatório, não se aplicando, portanto, as hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

2 - O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que situações flagrantemente inconstitucionais, no caso, contratação para prestação de serviços públicos sem o devido procedimento licitatório, nos termos do art. 175, CR/88, não podem e não devem ser superadas pela incidência do disposto no art. 54 da Lei nº. 9.784/99, sob pena de subversão das normas previstas na Constituição da República (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0433.14.041159-9/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 13/04/2015)”

DA CONCLUSÃO DA COMISSÃO

Ante todo o exposto, com atenção ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, esta comissão entende pela nulidade da contratação da requerida por

meio de dispensa, recomendando a cassação da concessão pública outorgada à COPASA e a realização de processo licitatório na forma da lei para contratação do serviço de água no município, permitindo se que a requerida continue explorando o serviço até a contratação de nova empresa, visto tratar se de serviço essencial.

Este é o Relatório.

Nova Serrana, 07 de Agosto de 2020.

Rildo de Oliveira e Silva
Presidente

Luiz Fernando Teixeira Silva
Secretário

Clézio Stefano Ferreira Ramos
Membro