

Amparo, em 27 de Fevereiro de 2019.

Ilustríssimo Senhor

Dr. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Assunto: Irregularidades em Procedimento de Concessão Comum – Processo 4745/2.017 (PMI) – Amparo/SP

EDGAR JORGE, brasileiro, casado, inscrito no CPF 718.783.948-00, portador do RG nº 5.890.988-6 SSP/SP e portador do título de eleitor n.º 0087.6992.0132, zona 8ª, seção 0039, abaixo-assinado, com base no Artigo 110 da Lei Complementar nº 709/93, vem denunciar o Sr. **LUIZ OSCAR VITALE JACOB**, **Prefeito Municipal de Amparo - SP**, pelas razões relatadas neste documento.

1) *Os Fatos*

O Jornal Oficial do Município, em 21 de Dezembro de 2018, o Diário Oficial do Estado de São Paulo, no dia 22/12/2018 e o Diário Oficial da União, no dia 24/12/2018, publicaram Edital de Convocação para Audiências Públicas, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.666/93, visando a concessão comum dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Foram previstas 03 audiências para prover ACESSO, ESCLARECIMENTOS DE DÚVIDAS E RECOLHIMENTO DE SUGESTÕES.

A primeira audiência foi realizada no dia 10/01/2019, na sede operacional do SAAE (Explanação do processo de concessão da Autarquia – aspectos internos relevantes); a segunda, em 17/01/2019, na Câmara Municipal (Explanação do processo de concessão da Autarquia – ao Legislativo) e a terceira, dia 24/01/2019, no Paço Municipal (Explanação do processo de concessão da Autarquia – para a Sociedade Amparense).

Assim, visou o poder público, com três audiências de conteúdos diversos e complementares, atender ao disposto na lei de licitações.

2) *As irregularidades*

2.1 *O Prazo*

A legislação vigente é clara quanto à necessidade de Audiências Públicas em licitações de grande vulto e de obedecer o prazo de antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de divulgação da referida audiência, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da própria licitação.

É o que se extrai do artigo 39:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Entretanto, não foi respeitado o prazo mínimo de antecedência de 10 dias úteis, uma vez que a publicação ocorreu em 21/12/2018 e, por causa disso, a data mínima para realização de audiência pública seria 11/01/2019.

Note-se que, excluído o dia de início da contagem (21/12/18) e incluído o dia final (10/01/19), temos os seguintes dias úteis: 26/12, 27/12, 28/12, 02/01, 03/01, 04/01, 07/01, 08/01, 09/01 e 10/01.

As datas escolhidas também sugerem má fé do administrador, no sentido de minimizar a ciência de interessados e sua participação, optando pela publicação em época de final de ano e festas, quando as atenções dos cidadãos não se voltam, prioritariamente, à coisa pública.

Com isso, se a audiência foi realizada no décimo dia útil, evidencia o descumprimento formal do previsto no artigo 39 da Lei nº 8.666/93.

2.2 Não divulgação ou disponibilização da PMI – Proposta de Manifestação de Interesse (propostas de concessão comum), da análise da comissão e do Plano Municipal de Saneamento

As datas das Audiências Públicas foram agendadas e divulgadas nos veículos de comunicação usuais. Porém, os interessados só ouviram explicações de uma empresa contratada pelo Município, sem o fornecimento de qualquer material, ou sua disponibilização em outros meios.

O Município realizou o processo de PMI através do Edital de Chamamento Público nº 02/2017. Nele, em tese, teriam sido colhidas propostas que foram julgadas, conforme critérios da administração.

Porém, foram veiculados somente pequenos trechos das propostas, de forma oral, não havendo disponibilização das mesmas para consulta e sem informação de como poderiam ser obtidos esses documentos, imprescindíveis para uma análise satisfatória do que acontecia, por parte dos interessados.

No sítio eletrônico da Prefeitura de Amparo, posteriormente às Audiências, disponibilizaram as perguntas feitas por escrito, durante as mesmas suas respectivas respostas.

Ademais, as referidas Propostas de Manifestações de Interesse, inclusive a que sagrou-se eleita como mais vantajosa, estariam consubstanciadas no Plano Diretor de Saneamento Básico do Município, mas, tampouco este foi divulgado, para ciência e análise dos interessados.

Também não foram amplamente divulgados os critérios utilizados pela Comissão, constituída pelo Município, para classificar, como vencedora, uma proposta que estipulou valor de investimento de, aproximadamente R\$ 72.000.000,00 e R\$ 3.000.000,00 a título de Outorga, em detrimento de outra proposta, que estipulou investimentos de R\$ 122.000.000,00 e R\$ 5.000.000,00 de Outorga.

Conforme Marçal Justem Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a exigência de audiência pública ***“trata-se de uma decorrência imediata do princípio da soberania popular, em virtude do qual se impõe aos eventuais gestores da coisa pública a condição de representantes do povo”*** e, ainda, que ***“a finalidade da audiência reside em assegurar a transparência da atividade administrativa, permitindo-se a ampla discussão do administrador com a comunidade”***.

Como poderia haver ampla discussão quando somente o Administrador possui ciência e conhecimento do que será discutido?

Como poderia haver discussão e transparência, sem a ampla divulgação do processo de Proposta de Manifestação de Interesse, do Plano de Saneamento e da análise técnica da Comissão constituída para este fim?

Apenas por amor ao debate, buscamos consultar a lei de aprovação do Plano de Saneamento Municipal, sendo direcionado ao site <https://leismunicipais.com.br/>, ou, acessando o site da Câmara Municipal, onde, buscando a Lei Municipal nº 3954/2.017, que aprova o plano de Saneamento, não consta nenhum anexo disponível.

Portanto, em nenhum momento o senhor Prefeito Municipal agiu com a transparência mínima necessária, nem efetivou a ampla divulgação necessária, para conhecimento e análise dos interessados, ferindo de morte os

princípios norteadores da administração pública, em especial, o da estrita legalidade, moralidade e publicidade.

2.3 As Audiências Públicas

Conforme já explanado, houve três Audiências Públicas, com conteúdos e abordagens diversas, sendo que, para obter todas as informações (verbais, ressalte-se) para compor sua opinião, o interessado deveria comparecer a todas elas. Desse modo, não há exagero se dissermos que todas as três audiências poderiam se configurar como uma única audiência.

Causa estranheza que o objeto das referidas audiências, conforme divulgado no Jornal A Tribuna, do dia 21/12/2018 (fls A5), foram voltadas a, respectivamente, “aspectos internos” (a primeira, no SAAE), “ao legislativo” (a segunda, na Câmara de Vereadores) e “sociedade amparense” (a terceira, no Paço Municipal). Isso, nos parece, consubstancia, de forma velada e descabida, restrição aos demais interessados quanto aos assuntos a serem debatidos.

2.3.1 Os locais de audiência – limitação física – acesso restrito

À exceção da terceira Audiência Pública, realizada no Paço Municipal, que comporta cerca de 200 pessoas, as demais audiências restringiram o acesso do público interessado.

A primeira Audiência, realizada no dia 10/01/19, às 16:00 horas, ocorreu no refeitório do SAAE, local que estava em obras e com capacidade máxima para 50 pessoas. Diversos interessados ficaram do lado de fora, por falta de espaço físico, aguardando que alguém saísse para que pudessem entrar. Por essa razão, tiveram acesso apenas parcial ao conteúdo apresentado. E, ainda, a referida audiência aconteceu em pleno **horário comercial**, onde muitos interessados cumprem suas obrigações laborais que os impedem de participar.

A segunda Audiência, realizada no Auditório da Câmara Municipal, no dia 17/01/19, às 19:00 horas, local que possui capacidade máxima para 80 pessoas. Novamente, grande parte dos interessados ficou em pé e fora do espaço onde pudesse ter acesso adequado à apresentação. Diversas pessoas chegavam e, ao ver a fila para entrar, desistiam de tentar ter acesso.

Portanto, é evidente a dificuldade de acesso e o prejuízo ao conforto e concentração, em relação aos assuntos tratados, da população que tentou participar das duas primeiras Audiências Públicas. Mas, sabe-se, era

viável que todas elas fossem realizadas no Paço Municipal, local onde houve maior presença de público, por conta da facilidade de acesso.

As listas de presença das três audiências mostrará que o interesse da população participar apenas se materializou naquela em que se permitiu e facilitou o acesso físico (a terceira, no Paço Municipal).

Ademais, a administração poderia ter suprido a demanda excedente de público transmitindo, ao vivo, as Audiências, o que, dou-me o direito de presumir, não seria interessante para ela, vez que o objetivo claro era não ser transparente.

Outra medida que minimizaria as dificuldades, seria disponibilizar as imagens gravadas em canal ou sítio eletrônico próprio, porém, como já dito, transparência, participação popular e ampla divulgação do material, não era, não é e nunca será objetivo deste certame.

2.3.2 A participação dos interessados – vedação ao debate, discussão e sugestões verbais – questionamentos escritos – ausência da comissão responsável – ausência de ata

Todos sabemos que o escopo da Audiência Pública é a transparência do procedimento de grande vulto e da atividade administrativa, permitindo a mais ampla discussão do Administrador com a sociedade.

No entanto, as audiências públicas realizadas no Município, nas datas mencionadas, foram apresentadas por uma empresa terceirizada, por um ocupante de cargo em comissão da Autarquia a ser concedida e de um ocupante de cargo em comissão da Agência Reguladora do Município. Durante as explanações, eram recolhidos os questionamentos do público, apenas por via escrita, e, ao final, eram escolhidas “a dedo” as perguntas que o administrador tinha intenção de responder, sendo VEDADO O USO DA PALAVRA AOS INTERESSADOS.

Após, as perguntas escritas foram reproduzidas e respondidas em sítio eletrônico da prefeitura. Porém, nem todas o foram, como por exemplo, a pergunta que fiz por escrito na Audiência da Câmara e outra que fiz diretamente no sítio da Prefeitura e que, até 20/02/2019, ainda não havia sido respondida.

Novamente, fica evidente o intuito de vedar a ampla discussão com a população e a transparência da Audiência pública, caracterizando um “jogo de cartas marcadas”, pois, não há sinal de que queiram discutir a ideia da concessão, mas, apenas, simular (e mal!) o cumprimento das formalidades

legais e impor, de forma ditatorial, sobre a população, as intenções políticas desta administração.

Novamente citando Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos), "a audiência pública não pode ser substituída pela sistemática da *prestação de informações por via escrita*. **Ou seja, é viciada a audiência que o administrador se recusa a prestar informações, a discutir as escolhas e fornecer explicações. Tal se caracteriza, inclusive, quando a Administração optar por "reduzir a escrito" perguntas e respostas. Essa solução torna inútil a audiência, reconduzindo a questão às hipóteses de pedido de esclarecimento e de impugnações, previstas no art. 41, §1º". (grifo nosso)**

Está claro que a empresa contratada para apresentar a proposta de Concessão e a Administração fugiram do debate, da análise profunda, do confronto de opiniões, retratando fielmente o caráter ditatorial e antidemocrático, que a Lei busca, exatamente, evitar. Como bem asseverou o ilustre mestre supra citado, há que se diferenciar Audiência pública de meros esclarecimentos:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Também se registre que as referidas audiências possuíam tempo limite de duração, de 2 horas e trinta minutos, sendo esclarecido que seriam respondidas as questões dos presentes, apenas se tivesse tempo hábil. Então, de modo evidente, ocorreram discursos protelatórios, homenagens a autoridades presentes e vagas explanações desnecessárias, para, ao final, responderem somente as questões que lhes interessavam.

Com isso, muitas perguntas foram respondidas de forma vaga e genérica em sítio eletrônico, conforme pode se extrair do link <http://www.amparo.sp.gov.br/concessao-saae/>.

Ainda, teria sido essencial a presença e a participação de membros da Comissão do PMI, que foi responsável pelo julgamento das propostas. E também neste sentido, mais uma vez, o ilustre doutrinador já fartamente citado, afirma que “também não se admite a frustração da audiência pública por via de outras soluções, tais como a “ausência do responsável”. Assim, se não estiver presente o titular do conhecimento para fornecer informações pertinentes, deverá suspender-se a realização da audiência e convocá-la novamente.”

Por fim, não houve confecção de Ata de Audiência, assinada ao final pelos interessados e com conhecimento de todo o teor, e, tampouco, o direito de obterem cópias da respectiva em sessão.

Neste sentido, já se manifestou o TCU:

GRUPO I – CLASSE V – PLENÁRIO

TC-010.098/2010-0

Natureza: Relatório de Auditoria

Unidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. - MT

Responsáveis: José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Cleilson Gadelha Queiroz (CPF 605.759.301-44), André Alves Cunha (CPF 573.920.057-15), Antônio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15), Augusto Cesar Alves de Pinto (CPF 462.477.937-15), Paulo César de Oliveira (CPF 044.673.611-20) e Wagner Antunes Ayres (CPF 797.778.137-91)

Advogado constituído nos autos: Vanessa Bianca Pereira de Oliveira Furtado (OAB/MG 115.374)

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2010. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. OBSTRUÇÃO À FISCALIZAÇÃO DO TCU. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CIÊNCIA À VALEC. DETERMINAÇÃO.

1.2 Análise

33. As razões de justificativa do presidente e dos membros da Comissão de Licitação da Valec não merecem prosperar pelos motivos a seguir expostos.

34. De acordo com a Ata da Audiência Pública realizada no dia 10/9/2008 no auditório do Dnit em Brasília (fl. 31, Anexo 7), essa Audiência tinha por objeto apenas a SUBCONCESSÃO dos trechos de Palmas/TO a Estrela D' Oeste/SP e as OBRAS compreendidas entre os municípios de Rio Verde/GO e Panorama/SP, pertencentes à Ferrovia Norte-Sul.

35. O trecho entre Palmas/TO e Estrela D' Oeste/SP foi objeto de audiência pública apenas para assuntos de SUBCONCESSÃO e não de OBRAS, portanto, não se pode considerar que a audiência contemplou o trecho entre Ouro Verde de Goiás e Rio Verde/GO.

36. Para melhorar o entendimento da situação, destaca-se que a Extensão Sul da FNS foi subdividida em cinco lotes nos trechos entre Ouro Verde de Goiás/GO (início do lote 1) e Estrela D' Oeste/SP (fim do lote 5). O trecho entre Estrela D' Oeste e Panorama, ambas no estado de São Paulo, ainda não foi licitado, estando em fase de estudos de viabilidade. A cidade de Rio Verde/GO está situada no início do lote 3. Do exposto, nota-se que para os lotes 1 e 2, situados entre Ouro Verde de Goiás e Rio Verde/GO não foi realizada a audiência pública.

37. Apesar da audiência pública não contemplar todo o trecho licitado da Extensão Sul da FNS, o Ministro-Relator, ao analisar a relação causa-efeito para fins de adoção ou de medida cautelar ao processo licitatório (fl. 289, Volume 1), considerou que a não realização da audiência pública no trecho entre Ouro Verde/GO e Rio Verde/GO, em princípio não havia causado prejuízo à competitividade da licitação, em razão da ampliação da competitividade observada na 1ª Sessão Pública relativa ao Edital 4/2010.

38. Em que pese a audiência pública não ter restringido a concorrência na licitação, sua finalidade não é apenas garantir a contratação da proposta mais vantajosa para a administração. De acordo com o doutrinador Marçal Justen Filho, "a finalidade da audiência reside em assegurar a transparência da atividade administrativa, permitindo-se a ampla discussão do administrador com a comunidade." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, ed. 14, São Paulo/Dialética, 2010, página 531).

39. Da transcrição acima, observa-se que a audiência pública visa assegurar, também, que a comunidade a ser afetada pelo

objeto da licitação tenha acesso às informações pertinentes, ajudando o administrador na tomada de decisões futuras.

40. Por fim, Marçal Justen Filho tece os seguintes comentários acerca da ausência ou defeito da audiência pública:

A ausência ou defeito na audiência pública pode funcionar como indício de irregularidade, mas não acarreta, por si só, vício do procedimento. Isso não elimina a responsabilidade administrativa do agente que deixou de observar a formalidade. Aliás, o meio mais satisfatório para evitar que a Administração simplesmente ignore a necessidade de realizar a audiência pública reside na severa responsabilização administrativa. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. 14, São Paulo/Dialética, 2010, página 532).

41. Ainda há outro agravante. Além da não realização da audiência para o trecho compreendido entre Ouro Verde/GO e Rio Verde/GO, a audiência realizada para o trecho entre Rio Verde/GO e Panorama/SP foi realizada em Brasília/DF, a despeito de a obra contemplar os estados de Goiás, Minas Gerais e São Paulo, restringindo, dessa forma, o amplo acesso da população local à audiência pública.

42. Diante da análise acima esposada, as razões de justificativa dos responsáveis não devem ser acolhidas, e, em razão de terem realizado licitação que não contemplou os requisitos mínimos exigidos pela Lei 8.666/1993, em especial o art. 39, *caput*, será proposta a aplicação da multa prevista no inciso II, do art. 58, da Lei 8.443/1992, devida por ato praticado com grave infração à norma legal.

Portanto, as audiências são o instrumento de garantia da transparência da Administração, protegendo a sociedade dos interesses do Estado. Assim sendo, sua invalidade, por vício insanável e irregularidades, acarretam a nulidade do procedimento licitatório.

3) *Da ausência de minuta de edital e minuta de contrato – Descumprimento do artigo 11, IV da Lei nº 11.445/07*

A administração não disponibilizou, para análise, colheita de sugestões e oportunidade de esclarecimentos, ao menos, uma minuta do possível Edital ou do Contrato, novamente provando a falta de transparência e da ampla discussão exigidas legalmente.

Ora, não se trata de mera exigência legislativa, mas, sim, de documentos imprescindíveis para que a Audiência Pública e Consulta Pública sejam efetivadas.

Portanto, os interessados não puderam ter ciência das condições gerais que permearão o procedimento licitatório, sobre quais serão as exigências editalícias, as cláusulas gerais da contratação e, assim, a Administração tornou inviável qualquer tipo de manifestação ou sugestão, pelos interessados, acerca dos respectivos instrumentos.

4) *Do pedido liminar*

Como explanado, as Audiências Públicas realizadas não obedeceram à legislação vigente, nem os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, publicidade e da supremacia do interesse público.

A continuidade do procedimento, no estado em que se encontra, deverá acarretar a nulidade de todo o procedimento, inclusive de possível concorrência e contrato administrativo a ser firmado, sendo impossível retroagir os efeitos diante da severa nulidade, tampouco, referendar os atos administrativos eivados de vícios insanáveis.

Vale lembrar que o particular que firmar o contrato com a Administração não pode arcar com prejuízos advindos de falha da administração, sendo que todos os prejuízos decorrentes das perdas e danos, indenizações e demais consectários legais e contratuais, recairão sobre o já escasso cofre público.

Assim, temos que, hoje, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário estão sendo bem prestados pela Autarquia Municipal criada para este fim, há exatos 50 anos. Também está demonstrado, em balanços patrimoniais, que a referida Autarquia é superavitária, não possui débitos com fornecedores e não possui precatórios vencidos.

Por isso, a concessão de liminar suspendendo o procedimento licitatório até a análise exaustiva da questão não gera prejuízo a ninguém, visto que a ânsia pela concessão da Autarquia parece ter, apenas, conotação política, visando as eleições municipais de 2020.

Portanto, estando presentes os requisitos legais e demonstrada a pertinência das alegações, ***faz-se imperativa a concessão de medida liminar suspendendo todos os atos administrativos decorrentes do procedimento licitatório em questão.***

5) Dos Pedidos

Diante do exposto requer:

a) liminarmente, seja concedida a antecipação de tutela para SUSPENDER os procedimentos licitatórios visando a concessão comum dos serviços de água e esgotos de Amparo, até o julgamento da presente denúncia;

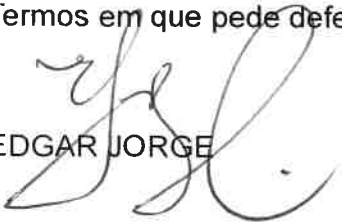
b) sejam anuladas as Audiências Públicas realizadas, diante das irregularidades apontadas, sendo fixados os parâmetros mínimos para observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como a necessária transparência, através da disponibilização de todos os recursos para participação dos interessados a saber:

- b1) disponibilização do PMI integralmente;
- b2) disponibilização do Plano Municipal de Saneamento;
- b3) permissão do uso da palavra em Audiência, fomentando o debate;
- b4) disponibilização da minuta de Edital e Contrato, nos termos do artigo 11 da Lei nº 11.445/07;
- b5) confecção de Ata após o término de cada Audiência Pública, permitindo manifestação dos interessados;
- b6) realização de Audiência em local apropriado;
- b7) obediência ao prazo mínimo de antecedência para realização da Audiência, conforme artigo 39 da Lei nº 8.666/93
- b8) presença dos membros da Comissão de análise do PMI em Audiência, para esclarecimentos.

c) Caso queira, facultar à administração novo agendamento de audiências públicas, desde que atendidos os itens b1 a b8.

d) Caso não sejam atendidas essas recomendações, que sejam tomadas outras medidas judiciais cabíveis.

Termos em que pede deferimento.


EDGAR JORGE