



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

Ofício n.º 187/2014 - CJ


Belo Horizonte, 27 de junho de 2014.

Assunto: Parecer n. 15.351, de 27 de junho de 2014
EXP: 845889
SIPRO: 0045077.1080/2014.1

Senhor Secretário Adjunto

De ordem do Advogado Geral do Estado, encaminho-lhe o anexo expediente com Parecer n. 15.351, acima citado, desta Advocacia-Geral do Estado.

Atenciosamente,


Ana Paula Muggler Rodarte
Procuradora Chefe Substituta da Consultoria Jurídica
Masp 598-204-6 - OAB/MG 68.212

RECEBEMOS

Em 01/07/14


Assessoria Jurídica
SETOP

Ao Senhor
FABRÍCIO TORRES SAMPAIO
Secretário Adjunto de Estado de Transportes e Obras Públicas SETOP
Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas
Belo Horizonte - MG

SIGED



00116837 1561 2014

Anote abaixo o número do SIPRO



PROCEDÊNCIA: SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS

INTERESSADO: SUBSECRETARIA DE REGULAÇÃO DE TRANSPORTES

PARECER: 15.351

DATA: 27 de junho de 2014

ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – EDITAL DE LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA A SER JULGADA MEDIANTE CRITÉRIO MENOR VALOR PRECEDIDO DE ETAPA DE QUALIFICAÇÃO DE PROPOSTAS TÉCNICAS – SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA CONCESSÃO PATROCINADA DESTINADA À EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS DO AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA – ANÁLISE DA LEGALIDADE DA MINUTA DO EDITAL E RESPECTIVO CONTRATO.

1 – RELATÓRIO:

A Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas encaminha para análise desta Consultoria Jurídica (OF.GAB.SEC nº 233/2014) minuta de edital de licitação na modalidade de concorrência, a ser julgada pelo critério de "técnica e preço", com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada para exploração de SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS DO AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA, em conformidade com os arts. 21, XII, alínea c, 175 e 241, da Constituição da República, a Lei Federal nº 7.565/1986, Lei Federal nº 8.666/93, Lei Federal nº 8.987/1995, Lei Federal 9.074/95, Lei Federal nº 11.079/2004, Lei Federal nº 11.182/05, Decreto Federal nº 7.624/2011, da Lei Estadual nº 14.868/2003, Lei Estadual nº 14.869/2003, dentre outras normas aplicáveis.

O art. 21, inciso XII, alínea c, da Constituição Federal de 1988 autoriza a União a conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária, sendo que a outorga é conduzida pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com a supervisão da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR), nos termos do art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005 c/c o art. 2º do Decreto Federal 7.531/2011.

As condições de delegação à iniciativa privada da exploração da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, foram estabelecidas pelo Decreto nº 7.624, de 22/11/2011, e a delegação da União, por intermédio da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, para o Estado de Minas Gerais, do Aeroporto Regional da Zona da Mata (SBZM), localizado entre os Municípios de Rio Novo - MG e Goianá - MG, foi realizada por intermédio do Convênio 038/2012.

Acompanham o edital os seguintes anexos, para análise: Anexo I – Modelo de Cartas e Declarações; Anexo II - Minuta de Contrato; Anexo III – Plano de Exploração do Aeroporto - PEA; Anexo IV – Planilhas para Elaboração do Plano de Negócios; Anexo V – Política Tarifária e Mecanismos de Pagamento; Anexo VI – Diretrizes para Licenciamento Ambiental; Anexo VII- Quadro de Indicadores e Desempenho; Anexo VIII- Tabela de



Multas; Anexo IX – Garantia do Poder Concedente; Anexo X – Convênio 038/2012; Anexo XI – Sistema de Recomposição de Equilíbrio Econômico-Financeiro;

É o breve relatório.

2 – PARECER:

2.1. – PRELIMINAR: DA IMPORTÂNCIA DOS ESTUDOS TÉCNICOS PARA VIABILIDADE DO EMPREENDIMENTO

De início, ressalte-se que a presente análise dar-se-á estritamente sobre a ótica da legalidade do conteúdo das minutas de edital de licitação, contrato e respectivos anexos, não cabendo a esta Consultoria Jurídica qualquer manifestação quanto à viabilidade dos estudos técnicos que embasam o presente projeto de PPP, até mesmo porque lhe falta competência para tanto.

De todo modo, não custa advertir ao Administrador Público que o sucesso de todo empreendimento que envolve uma Parceria Público-Privada está condicionado à viabilidade e à confiabilidade dos estudos técnicos que a embasaram, especialmente considerando que o compartilhamento objetivo dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado se dá justamente a partir dos estudos técnicos econômicos desenvolvidos para elaboração do projeto.

A preocupação desta Casa se deve ao fato de que a experiência na adoção de tal instituto no Brasil tem mostrado que vários dos pedidos de reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão em favor de qualquer das partes envolvidas - Concessionária ou Poder Público -, não raras vezes, devem-se às falhas no desenho do modelo de parceria adotado, quer dizer, deficiências ou mesmo erros nos estudos técnicos que a embasaram, o que é muito grave, por estar em jogo a gestão de recursos públicos, isto sem falar nos prejuízos que podem advir para a própria prestação do serviço objeto da parceria.

Ressalte-se que até mesmo eventual pedido de reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do Poder Público, quando decorrente de falhas nos estudos técnicos, pode se revelar catastrófico para o sucesso do empreendimento como um todo, por ser capaz de impactar seriamente nas condições econômicas financeiras do parceiro privado, com consequências graves para a realização do objeto da parceria, que pode, ao final, tornar-se ineficiente.

Lado outro, não se pode negar que estudos técnicos desenvolvidos com seriedade e compromisso com a coisa pública, associados a uma fiscalização eficiente do contrato – o que também é essencial para o sucesso de PPP's - têm demonstrado quão eficiente uma parceria público privada pode se tornar para o alcance de políticas públicas, com consequentes ganhos não só para a gestão administrativa, mas, sobretudo, para a coletividade, que espera e cobra do Poder Público uma melhoria na prestação dos serviços sempre associada à aplicação regular de recursos públicos.

Com efeito, para que a Parceria Público Privada possa se revelar um eficiente instrumento ao alcance de políticas públicas – aliás, mais eficiente do que outros institutos clássicos de direito administrativo - e mais atraente aos olhos da iniciativa privada, é de extrema importância que o Estado se estruture para tanto, seja mediante a formação de



equipes técnicas competentes – imprescindível à elaboração de projetos confiáveis -, seja investindo na fiscalização da execução dos contratos. Sem estrutura, o Estado dá um passo maior que as pernas e a adoção do instituto de PPP se revela um tiro no pé, com consequências desastrosas para o interesse público.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou, com propriedade, acerca da importância dos estudos técnicos para a viabilidade de qualquer projeto de PPP rodoviário, senão vejamos, *in verbis*:

“Embora as concessões rodoviárias possam trazer benefícios à sociedade, uma concessão rodoviária mal feita poderá, ao contrário, significar elevados prejuízos aos usuários. Prejuízos que podem acontecer de diversas formas, como por exemplo, aumento do custo do transporte, por meio da cobrança de tarifas de pedágio, em valores majorados, em indevido benefício da concessionária; elevação do risco rodoviário, em razão de investimentos insuficientes para a preservação da qualidade e da segurança da via; ineficiência, com a instalação de praças de pedágio em perímetro urbano ou excessivamente próximas umas das outras, entre muitas outras possibilidades.

Considerando o longo tempo de concessão, 25 anos, a importância do modal rodoviário para a circulação de riquezas e pessoas e o alto custo dos valores financeiros envolvidos diretamente na concessão, que alcançará bilhões de reais em tarifas ao longo dos anos, é essencial que se proceda de forma cautelosa para certificar-se de que a concessão será realizada em parâmetros adequados, trazendo com isso benefícios à sociedade.

A concessão rodoviária representa para o usuário acréscimo de despesa, na medida em que é obrigado a pagar a tarifa de pedágio para usar a via e continua pagando os mesmos impostos os quais serviam para que o Governo, entre outras coisas, supostamente realizasse a manutenção e a expansão da rodovia. Isso tem o efeito de aumento de tributação, embora formalmente não se trate disso.

Por essas razões, o procedimento licitatório deve sempre ser precedido da realização de estudos que possam balizar adequadamente a concessão, para mitigar os riscos, tanto para os usuários como para o concessionário, e atender ao interesse público. Somente com a realização de minuciosos e detalhados estudos capazes de retratar com precisão o atual estado da rodovia, o tráfego, o crescimento do tráfego, os investimentos necessários para satisfazer às necessidades presentes e futuras dos usuários, as questões ambientais e os aspectos econômicos da concessão, é que se poderá realizar o procedimento para a outorga.” (Acórdão 682/2010, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, in DOU 09/04/2010)

Feitas estas considerações, passemos à análise da legalidade propriamente dita das minutas de edital e respectivo contrato.



2.2. DO EDITAL

PREÂMBULO. OBJETO DA LICITAÇÃO. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA E CONSULTA PÚBLICA.

Como é sabido, a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa, regida pela Lei Federal nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada pela Administração Pública e, no âmbito estadual, pela Lei nº 14.868/03, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas.

A Lei Federal nº 11.079/04 define a concessão na modalidade patrocinada, como sendo *“a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”*

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹, em análise do referido dispositivo legal, bem esclarece o alcance da “terceirização” ora admitida, *in verbis*:

“a. em primeiro lugar, o artigo 2º, §2º, ao falar em “serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta”, implicitamente admite a prestação de serviços a terceiros; com efeito, quando o dispositivo fala na Administração como usuária direta, pode-se imaginar qualquer dos serviços prestados diretamente a ela, previstos nos artigos 6º, II, e 13 da Lei 8666; porém, quando se fala em usuária indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (...)

b. em segundo lugar, o artigo 4º, III, só exclui dos objetos das parcerias público-privadas as atividades que sejam exclusivas do Estado; dentre as não exclusivas, algumas somente poderão ser objeto de concessão patrocinada (que permite cobrança de tarifa dos usuários), o que significa que as outras só poderão ser objeto de concessão administrativa (quando não haja possibilidade de cobrar tarifa dos usuários) (...)

Trata-se de terceirização de serviços públicos. Não é simplesmente a terceirização sob forma de empreitada de obra, de serviço ou de fornecimento (porque isto está vedado expressamente pelo artigo 2º, §4º, III, da Lei 11.079). É a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens.”

A Lei nº 14.868/03, por sua vez, dispõe que *“As parcerias público-privadas de que trata esta Lei 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.”* (g.n.)

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p168/169, 2005.



Em seu art.5º, a Lei Estadual nº 14.868/2003, indica as atividades que podem ser objeto de parceria no âmbito estadual, dentre outras, a de *"prestação de serviços públicos"*, a de *"construção, a ampliação, a manutenção, a reforma e a gestão de instalações de uso público em geral, bem como de terminais estaduais e de vias públicas, incluídas as recebidas em delegação da União"*, e a de *"instalação, a manutenção e a gestão de bens e equipamentos integrantes de infra estrutura destinada a utilização pública"*, desenvolvidas nas áreas de *"transportes públicos"* e *"outras áreas públicas de interesse social ou econômico"*.

A presente minuta de Edital de Licitação visa à seleção da proposta mais vantajosa para concessão patrocinada destinada à exploração de Serviços Aeroportuários do Aeroporto Regional da Zona da Mata, também conhecido como Aeroporto Itamar Franco, identificado na ANAC sob o código SBZM, localizado nos municípios de Goianá e Rio Novo, com a abrangência de todo o sítio aeroportuário.

O objeto da concessão é detalhado no Anexo III - PLANO DE EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO, da minuta contratual (fls. 53 v a 73).

Evidentemente que o objeto da licitação não abarca a edição de atos com fundamento em poder de autoridade de natureza pública, nem a delegação de atribuições exclusivas do Poder Público, o que, como é sabido, é vedado pela legislação.

A minuta de edital, embora noticie a previsão do objeto do contrato no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, não menciona a legislação respectiva, tampouco a deliberação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, **o que deve ser regularizado para fins de publicação, em cumprimento ao requisito formal previsto no art.12, §1º, da Lei nº 14.868/03.**

Segundo a minuta do edital, a audiência pública já foi realizada, ausente a informação sobre a data da sua realização, bem como a consulta pública, no período de 07/09/2013 a 09/10/2013, nos termos do art.39 da Lei Federal nº 8.666/93 e art.10, VI, da Lei Federal nº 11.079/2004, respectivamente.

O edital adota a licitação na modalidade de concorrência, prévia à contratação da parceria público em questão, em conformidade com o art. 10 da Lei Federal nº 11.079/04.

No edital consta que a licitação terá, como critério de julgamento, a "técnica e preço", conforme previsão do art.12, I, da Lei Federal nº 11.079/2004. **Percebe-se o equívoco na correlação entre este dispositivo legal e o critério de julgamento "técnica e preço", pois, na realidade, aquele dispõe apenas sobre o procedimento preliminar de análise de propostas técnicas, para a verificação das empresas que detenham os requisitos mínimos para passar para as fases subsequentes. Entretanto, obtidos os requisitos mínimos, as propostas técnicas não devem influir no resultado do julgamento.**

Por outro lado, o caso ora analisado submete-se, **obrigatoriamente**, em razão de legislação específica, ao critério de julgamento "menor valor da contraprestação", senão vejamos:

O art. 3º, da Lei nº 11.182/2005, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, determina o seguinte:



Art. 3º A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a:

(...)

II – o estabelecimento do modelo de concessão de infra-estrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República;

(...)

Em atendimento ao referido dispositivo legal, foi editado o Decreto nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, aplicável, por força de seu art. 3º, aos aeródromos delegados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 24-D, inciso VIII do *caput*, da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, mediante convênio, respeitadas as normas federais aplicáveis.

No §2º, do art. 11, do Decreto nº 7.624/2011, foi estabelecido que, em caso de Parceria Público-Privada, deve ser utilizado como critério de julgamento "**o menor valor em moeda corrente nacional da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente**".

Contudo, entendemos possível a utilização do procedimento preliminar previsto no inciso I, do art. 12, da Lei nº 11.079/2004, em conciliação com o §2º, do art. 11, do Decreto nº 7.624/2011, desde que procedidas as adequações apontadas em momento oportuno, ao longo desta análise.

Deve, assim, ser retificado o tipo de licitação constante do preâmbulo para "**o menor valor da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente**".

DO VALOR ESTIMADO DO CONTRATO.

O valor estimado do contrato pela SETOP é de R\$ 146.857.000,00 (cento e quarenta e seis milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil reais), a preços referentes ao mês de agosto de 2013, correspondente ao valor calculado com base na soma dos valores da prestação pecuniária a ser auferida pela Concessionária no decorrer da Concessão Patrocinada, acrescido da receita tarifária determinada pela ANAC, a ser recebida pela Concessionária ao longo do prazo estipulado da concessão (item 22.1).

Atenta-se para o fato de que é dever da Administração buscar uma estimativa do valor do contrato **mais real possível**, pois tal implica não só na escolha da modalidade da licitação, mas, sobretudo, na definição dos recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e no balizamento para análise das propostas dos licitantes, evitando-se a contratação por preços que podem não atender ao princípio da economicidade visado pela licitação.

A título de ilustração, vale colacionar decisões do TCU acerca do tema, *in verbis*:

"Abstenha-se de utilizar a variação de índice inflacionário para estimar o custo de bens e serviços a serem licitados, realizando, para tal mister, a devida



pesquisa de mercado, nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 2361/2009 Plenário)

“Estabeleça procedimentos internos de contratação dos quais constem exigência, na requisição de materiais e serviços, de realização de pesquisa de preços de mercado, de modo a permitir a aferição da adequação das propostas, nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 1573/2008 Plenário)

“Realize pesquisa de preços, atualizando a base de dados usada para seus orçamentos estimativos, a fim de evitar contratações com sobrepreço.” (Acórdão 1097/2007 Plenário)

“Os orçamentos em uma licitação devem ser elaborados da forma mais cuidadosa possível, de forma que reflitam adequadamente os preços de mercado, para que a Administração tenha segurança de estar adquirindo produtos/serviços a preços justos.” (Acórdão 85/2007 Plenário (Voto do Ministro Relator))

A previsão do crédito orçamentário por conta do qual correrá a despesa consta do item 22.2 do edital.

DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO.

Segundo a minuta do edital (item 21), o prazo de vigência do contrato será de 30 (trinta) anos, contados da sua assinatura, não sendo admitida a sua prorrogação, exceto nos casos previstos no contrato.

A Cláusula 10 do Contrato, por sua vez, estabelece que o prazo da concessão patrocinada será de 30 (trinta) anos, contados da data de assinatura do contrato, podendo ser prorrogado uma única vez por até 5(cinco) anos, nos termos do parágrafo único, do art. 6º, do Decreto nº 7.624/2011.

Lembre-se que o prazo de vigência definido para o contrato deve ser compatível com a amortização dos investimentos a serem realizados pela CONCESSIONÁRIA, conforme dispõe o *caput* do art.6º, do Decreto nº 7.624/2011, **o que deve ser demonstrado nos estudos técnicos econômicos que fundamentam a presente PPP.**

DA DEVOLUÇÃO DA GARANTIA DE PROPOSTA

Não foi prevista no item 5.6 - Devolução - a devolução da garantia da proposta, após a conclusão do procedimento licitatório, aos demais licitantes desclassificados, inabilitados ou não vencedores, o que deve ser retificado.

DAS CONDIÇÕES GERAIS DE PARTICIPAÇÃO DA LICITAÇÃO.

O edital admite a participação de licitantes nacionais e estrangeiras, isoladas ou reunidas em consórcio, em conformidade com os arts.19 e 20 da Lei Federal nº 8.987/95.

Nos termos do item 6.1.2, *“as Entidades de Previdência Complementar e Fundos de Investimentos em Participações – FIP só poderão participar desta licitação quando reunidas em consórcio com entidades cuja natureza jurídica seja diversa de sua própria.”*



Sugere-se que, neste caso, o edital exija, ainda, que a líder do consórcio seja empresa que tenha preenchido os requisitos de qualificação técnica-operacional, o que visa a dar ao ESTADO maior garantia quanto à adequabilidade das obras e da prestação dos serviços, que constitui escopo principal da licitação. Aliás, tal exigência deve ser a regra para qualquer consórcio, formado ou não por Entidades de Previdência Complementar e Fundos de Investimentos em Participações.

Quanto ao item 6.7, segundo o entendimento consolidado nesta Consultoria Jurídica, as punições ali contidas devem produzir efeitos não somente ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública (Resp. nº 174.247/SP, DJ de 22/11/2004).

DO CONSÓRCIO. IMPOSIÇÃO DE REQUISITOS QUE PODEM IMPLICAR EM RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. LEGALIDADE CONDICIONADA A JUSTIFICATIVA TÉCNICA.

Segundo Marçal Justen Filho, “A complexidade dos objetos licitados determina a natureza do consórcio. Usualmente, há consórcios heterogêneos quando a execução do objeto pressupõe multiplicidade de atividades empresariais distintas. Isso se passa especialmente no tocante a concessões de serviço público. Nesses casos, a ausência de permissão de atuação de consórcios produziria enormes dificuldades para participação do certame. Configura-se hipótese em que admitir participação de consórcios é imprescindível, sob pena de inviabilizar a competição.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, editora Dialética, p.370)

De início, esta Consultoria sugere a inclusão de cláusula que vede a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente, nos termos do art.31, IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

Nos termos do item 6.3.3 do edital, “cada empresa integrante do consórcio deverá atender às exigências estabelecidas para habilitação jurídica, fiscal e financeira neste edital, sob pena de inabilitação do consórcio.”

No que tange à habilitação financeira, o edital, em seguida, esclarece no item 6.3.4, que “o patrimônio líquido de cada consorciada deverá ser igual ou superior à multiplicação do percentual de participação no consórcio pelo patrimônio líquido mínimo exigido para o consórcio, conforme definido no DOCUMENTO XV, da TABELA III - Documentos relativos à qualificação econômico-financeira, deste EDITAL”.

De acordo com o item 6.3.5, “Observado o critério de participação de cada consorciada no CONSÓRCIO, definido no item 6.3.4, o patrimônio líquido do CONSÓRCIO será igual à soma dos patrimônios líquidos das consorciadas.

Vale lembrar a faculdade prevista em lei de se exigir do consórcio o acréscimo de 30% dos valores exigidos do licitante individual a título de comprovação da qualificação econômico-financeira, razão pela qual esta Consultoria questiona as razões pelas quais o edital não o adotou, considerando, em especial, o vulto do empreendimento.

Em relação à qualificação técnica, o edital prevê que “Em caso de consórcio, a qualificação de que trata o item 8.11 poderá ser comprovada por qualquer uma de suas



empresas integrantes, sendo que a experiência exigida também poderá ser comprovada através de atestados emitidos, com relação à licitante, em nome de empresas afiliadas e/ou coligadas, nos termos da Lei Federal nº 6.404/76." (item 6.3.6)

Em análise da qualificação técnica prevista no mencionado item 8.11, o edital exige a comprovação de diversas experiências: **(Tabela IV) requisitos de qualificação técnico-profissional e declaração de conhecimento da situação física e operacional do ARZM, das normas e regulamentos da ANAC e demais autoridades aeronáuticas.** No item 10, Da Proposta Técnica, exige requisitos relacionados com a experiência da licitante (Note-se que o edital **não faz referência à soma de atestados entre consorciados para fins de atendimento de cada item de qualificação técnica**, dando a entender que pelo menos um consorciado deverá atender, sozinho, a todos os requisitos ali dispostos.

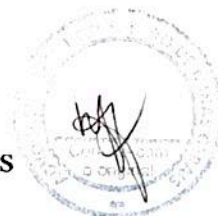
Quer dizer, eventual soma de qualificação técnica no consórcio é admitida no edital apenas para possibilitar que uma consorciada atenda sozinha aos requisitos do item 8.11 (Tabela IV) e item 10 (**Não se cogita de o consórcio somar experiências de seus consorciados para comprovação de cada item**).

Com efeito, questiona-se, por exemplo, as razões pelas quais o edital não admite, em relação ao consórcio, o preenchimento dos requisitos do item 10.5 - **que exige diversas experiências** -, por mais de um consorciado. *Mutatis mutandis*, quais as razões de ordem técnica que justificam a necessidade de uma única empresa comprovar a experiência em Administração Portuária, Operação de Terminal de Carga Aérea, Prestação de Serviço de Logística de Carga Aérea e Prestação de Serviço de Logística de Carga Geral, sem possibilidade de soma de experiências. Por fim, quais as razões do item 10.12, que determina que *"Não será considerado somatório de atestados de aeroportos ou terminais logísticos distintos para fins de cômputo das notas de tratam os itens 10.8, 10.9 e 10.10"*, e do item 10.3, que determina que *"Serão desclassificados do certame os LICITANTES que obtiverem a pontuação mínima de pelo menos duas das categorias de comprovação de exigência requerida - Administração de Aeroportos, Operação de Terminal Logístico de Carga Aérea e de Carga Geral."*

Se a previsão do consórcio é admitida em lei para ampliar a competitividade, e, pois, aumentar as chances de se ter uma proposta, de fato, vantajosa para a Administração Pública, esta Consultoria questiona a limitação à soma de experiências de consorciados prevista no edital, à medida que tal pode implicar em restrição da concorrência.

Na matéria, Marçal Justen Filho ressalta que

"Como cada consorciada mantém sua autonomia jurídica, cada uma delas deverá comprovar o preenchimento das exigências de habilitação. Eventualmente, o preenchimento dos requisitos somente se obtém através da conjugação dos recursos e dos esforços de todos os consorciados. Quando existir consórcio, não será apropriado avaliar isoladamente alguns requisitos, especialmente aqueles de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira. Cada sociedade isoladamente não reunirá os requisitos necessários. No conjunto, porém, deverão estar satisfeitas as exigências previstas no ato convocatório." E continua o Autor, referindo-se à hipótese de participação de sujeitos que individualmente não preenchem todas as exigências de habilitação, "é exatamente essa a função dos consórcios em licitações: ampliar a



competitividade mediante a conjugação de esforços, recursos e experiências de licitantes, inclusive para o fim de assegurar a possibilidade de participação daqueles que isoladamente não preenchem os requisitos de habilitação. Justamente por isso, aliás, a Lei de Licitações impôs a responsabilidade solidária dos licitantes. Essa solução se compatibiliza com a concepção de que a avaliação dos requisitos de habilitação dos consorciados deve fazer-se em conjunto, de modo 'solidário'." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed., p.571 e 576)

Neste contexto, a equipe técnica responsável pela elaboração do presente modelo de PPP deve justificar nos autos a metodologia adotada no edital para averiguação da qualificação técnica do consórcio, de modo a afastar qualquer hipótese de restrição à competitividade. A Administração deve ser transparente, especialmente quando pretende adotar regras de qualificação técnica que podem ser consideradas restritivas ao certame.

Acerca da limitação do número de atestados, eis o posicionamento do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

"a limitação do número de atestados para comprovação de quantitativos mínimos só é possível em casos excepcionais, quando imprescindíveis para garantir a perfeita execução do objeto licitado e mediante justificativa técnica plausível de que a aptidão técnica das empresas pode ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado, em atendimento ao art.30, §§1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93 (Acórdãos 1898/2006, 170/2007, 983/2008, 1237/2008, 2255/2008, 2882/2008 e 772/2009, todos do Plenário)" (in Acórdão 2898/2012, Plenário, DOU de 24/10/2012).

"É ilegal a vedação ao somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado." (Acórdão 170/2007 – Plenário, DOU de 16/07/2007)

"(...) 8. Ocorre que a analista identificou outras irregularidades, também relativas a cláusulas editalícias, quais sejam: (...) exigência de no máximo dois atestados para comprovação da qualificação técnica referente a experiências diversas, desobediência a jurisprudência consolidada deste Tribunal (...)" (TCU - Acórdão 170/2007 - Plenário).

"Observe o disposto no art. 30 da Lei de Licitações, abstendo-se de exigir número mínimo e/ou certo de contratos/atestados para comprovar aptidão técnica, bem como definindo no instrumento convocatório quais as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo". (Acórdão 1937/2003 - Plenário).

"Cumpra o disposto no art. 30 da Lei nº 8666/1993, abstendo-se de incluir nos editais de licitações futuras número mínimo e/ou certo de atestados para comprovar a aptidão técnica necessária". (Decisão 638/2002 Plenário).

"Abstenha-se de vedar a apresentação de atestados que façam referência a serviços prestados em mais de um contrato para fins de comprovação de



atendimento a quesitos de pontuação, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada mediante a comprovação de prestação de serviços de vários contratos". (Acórdão 1094/204 - Plenário).

Com efeito, a opção por manter a limitação do quantitativo de atestados para comprovação de cada experiência, **seja por parte do licitante individual, seja pelo consorciado, depende de justificativa técnica capaz de aferir a imprescindibilidade das limitações para atendimento ao interesse público, o que inclui apontamento dos riscos para a execução contratual caso sejam mantidas.**

Adverte-se que a legalidade das condições editalícias, ora questionadas, dependerá da plausibilidade da justificativa apresentada pela equipe técnica responsável pelo presente modelo de parceria.

Jessé Torres Pereira Junior adverte quanto à "a lição que deve ser sabida de cor e salteado pelos gestores alinhados com os princípios postos na cabeça do art.37 da Constituição Federal: o falseamento de motivos, seja para super ou subdimensionar fatos, tal como afirmar-se de alta complexidade técnica o que não é, também constitui vício de motivo (conjunto de fatos e direitos que justifica o ato administrativo), a comprometer a validade dos atos administrativos." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª edição, p.419).

Não custa lembrar que o intuito da Administração Pública, ao elaborar o edital, dentro dos parâmetros previstos na legislação vigente, deve ser sempre o de obter a proposta mais vantajosa, dentre os interessados que demonstrem condições de atender às suas necessidades, com qualificação técnica e estrutura operacional adequadas e suficientes ao cumprimento das obrigações contratuais decorrentes da licitação.

Em nenhum momento o edital deve estabelecer preferências, visando à contratação de pequenas ou grandes empresas, mas apenas definir as condições **necessárias e indispensáveis** à realização dos serviços objeto da licitação.

Desde logo, portanto, infere-se que os requisitos de Qualificação Técnica não devem corresponder a uma limitação da competição no certame, **mas a uma delimitação dentro do princípio da razoabilidade, baseada em avaliações e estudos que abarcam a conveniência e discricionariedade da Administração Pública, a fim de que lhe seja garantido um mínimo de segurança quanto à capacidade efetiva de execução do objeto pelas licitantes.**

De toda maneira, não custa lembrar que eventual admissibilidade de somatório de atestados de consorciados para fins de comprovação da qualificação técnica também deve ser admitida para o caso de licitante individual, sob pena de quebra do princípio da isonomia.

Por fim, em relação aos **quantitativos mínimos** exigidos no edital, de fato, a doutrina e jurisprudência têm considerando legítima a inserção no edital de exigências de capacidade técnica operacional e profissional, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e a complexidade do objeto licitado.



Neste contexto, a Administração pode exigir o cumprimento de determinados requisitos em prol de assegurar a participação somente de licitantes que efetivamente tenham condições de cumprir com as obrigações do contrato. Jessé Torres Pereira Junior² assim noticia julgado do Tribunal de Contas Fluminense na matéria:

“... a Constituição reservou à autoridade administrativa a descrição necessária e suficiente para incluir nos editais de licitação as exigências de comprovação de qualificação técnica que se ajustem à natureza do objeto em disputa, suas características e a complexidade de sua execução. Em outras palavras, cabe a cada edital dosar as exigências de modo a resguardar a Administração quanto à experiência da empresa licitante na precedente execução de objetos assemelhados. Para objetos de máxima complexidade e alto custo, o máximo de exigências. Para objetos de menor complexidade e menor custo, nível menos rigoroso de exigências” (g.n.)

Marcos Juruena Souto³, por sua vez, afirma:

“No mesmo dispositivo [art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/93], ‘são vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos’, o que não significa que não possa ser demandada prova de experiência anterior, fato que colocaria em risco a própria execução do contrato, em violação ao princípio da probidade administrativa, lançando a Administração em aventura com profissionais desconhecidos e inexperientes” (g.n.)

E, para Marçal Justen Filho⁴,

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução anterior de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado.” (g.n.)

Ressalte-se, todavia, que o Tribunal de Contas da União exige justificativa técnica plausível no que tange aos quantitativos mínimos exigidos no edital, sob pena de ilegalidade. Neste sentido,

“a fixação de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica operacional em percentuais superiores a 50% dos quantitativos previstos para os itens de maior relevância da obra ou serviço, somente é possível em casos excepcionais, em que justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao

² Júnior. Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 2003, p.347

³ Souto. Marcos Juruena. *Direito Administrativo Contratual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 183.

⁴ Filho. Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 5ª ed., p. 311.



lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao art.37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art.3º, §1º, inciso I e art.30, inciso II, da Lei 8.666/93 (Acórdãos 1.284/2003, 1.949/2008 e 2.215/2008, todos do Plenário).” (in Acórdão 2898/2012, Plenário, Relator Ministro José Jorge).

Evidencia-se, pois, que, em matéria de qualificação técnica, o propósito da lei de licitações é o de obter, por meio de documentos, prova bastante de que cada concorrente está apto a executar, se vencedor, o objeto em disputa, sendo vedadas limitações irrelevantes para o efeito de aferir-se tal aptidão. Assim, a complexidade do objeto autoriza que a Administração se acautele ao exigir os requisitos comprobatórios da habilitação técnica, pois, certamente, neste caso, eventual limitação não será “irrelevante”, senão a garantia de que o objeto licitado será executado a contento.

De todo modo, como bem adverte Jessé Torres Pereira Junior, é **DEVER da Administração fundamentar todas as exigências inseridas no edital adequadamente, demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª edição, p.393).

DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

No que tange à documentação exigida para **comprovação da qualificação econômico-financeira** da licitante, note-se que o edital exige, cumulativamente, para fins de comprovação da saúde financeira da licitante, o atendimento a índices contábeis (Tabela III - Documento XII), a comprovação de patrimônio líquido mínimo igual ou superior a 10% do valor estimado do contrato (Tabela III - Documento XV) e a garantia da proposta, limitada a 1% do valor estimado do contrato, apresentada em momento anterior (item 5).

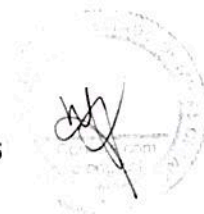
Vale colacionar o disposto no art.31 da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

*“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **limitar-se-á a:***

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.



§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”

Não é novidade que a doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União divergem em relação ao art.31 da Lei Federal nº 8.666/93, seja no que tange a possibilidade de cumulação das exigências previstas no §2º do referido dispositivo legal, seja em relação à cumulação de qualquer dos requisitos previstos no §2º com a exigência de índices contábeis constante do §1º.

Para Jessé Torres Pereira Junior, “

“Se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço (excluem-se da provisão, portanto, compra para entrega imediata, alienação e locação), o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, faculta-se à Administração incluir ou não a exigência) ou capital mínimo, ou patrimônio líquido mínimo ou a garantia referida no inciso III.

A alternatividade que a conjunção ‘ou’ sugere há de ser entendida em termos. Ordinariamente, as três exigências excluem-se reciprocamente, devendo o edital optar por uma delas. Todavia, tal interpretação tem gerado situação de confronto com o art.37, XXI, da CF/88, se as características do objeto recomendarem que as possibilidades sejam cumuladas. Sobretudo à vista de que o capital mínimo e o patrimônio líquido mínimo não traduzem, necessariamente, crédito na praça, o



que melhor resulta demonstrado pela capacidade da empresa obter e oferecer as garantias previstas no art.56.

A interpretação restritiva bloquearia, então, contra a Constituição, a discricionariedade que esta defere à Administração para assegurar-se de que o concorrente conta com lastro econômico-financeiro à altura da empreitada. Assim, deve prevalecer interpretação que autorize o edital a cumular as exigências desse §2º, desde que se enunciem e demonstrem os motivos que as justifiquem, no caso concreto.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 7 ed., p.427)

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, discrepa do entendimento acima esposado e defende a ilegalidade de editais que exigem, cumulativamente, a comprovação dos requisitos previstos no §2º, *in verbis*:

“É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.” (Acórdão nº 170/2007, Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo).

“Quanto à exigência cumulativa de capital social mínimo e da garantia de participação, verifica-se afronta ao §2º do art.31 da Lei nº 8.666/93, bem como o entendimento dessa Corte, proferido nos Acórdãos 1.898/2006 – Plenário e 808/03 – Plenário.” (Acórdão nº 701/2007, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler).

“O §2º do art.31, ao permitir a utilização de garantia como comprovante da situação financeira das licitantes, deixou expressamente que esta possibilidade somente poderia ser utilizada de forma alternativa em relação à exigência de capital social mínimo. Referido dispositivo deixa três alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) capital social mínimo; b) patrimônio líquido mínimo ou c) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado do contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira das licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. ...” (in Acórdão 808/2003, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Como se não bastasse a divergência de interpretação dada ao §2º do art.31 da Lei de Licitações, conforme acima esposado, Marçal Justen Filho adverte, ainda, que “há entendimento no sentido de que a exigência prevista no §2º apenas poderia ser imposta caso não houvesse verificação atinente a índices evidenciadores de boa situação financeira (inc.I do art.31).” Para o renomado autor, “Essa interpretação não é necessariamente a melhor, eis que a função dos indicadores não é a mesma da garantia contemplada no §2º. Uma empresa pode ser titular de excelente situação financeira e econômica, mas não dispor de recursos para executar uma obra de grande vulto.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., p.451.)



Note-se, pois, que a possibilidade de acumulação das exigências previstas no §2º do art.31 da Lei de Licitações é controvertida, razão pela qual o edital, sobre este aspecto, merece ser avaliado pelo gestor do presente projeto, especialmente considerando o entendimento contrário à cumulação das exigências de garantia e de patrimônio líquido mínimo evidenciado nos acórdãos do TCU, e, neste contexto, os riscos de questionamentos e impugnações ao edital.

E, mais, a se manter a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo, esta Consultoria lembra a possibilidade de o edital exigir do eventual consórcio, o acréscimo de 30% dos valores exigidos para o licitante individual, nos termos em que facultado inciso III, do art.33 da Lei de Licitações.

De todo modo, competirá à equipe técnica justificar no expediente as exigências de qualificação econômico-financeira adotadas no edital, de modo que afaste qualquer restrição à competitividade.

Cumpre lembrar, por oportuno, o disposto no §5º do art.31, da Lei Federal nº 8.666/93, segundo o qual *“a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”*.

Os índices escolhidos deverão estar justificados no processo que instruiu a licitação, conforme lição de Jessé Torres Pereira Júnior, *in verbis*:

“A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. Este apenas refletirá o exame e consequente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastantes para o julgamento objetivo da matéria. As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avançar.” (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380).

Compete, pois, à equipe técnica responsável pela presente licitação, justificar, também, a aplicação dos índices contábeis previstos no edital, nos termos em que exigido em lei, ressaltando-se, de toda maneira, entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que *“é vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”* (in Acórdão 170/2007 – Plenário, DOU 16/02/2007).

Conforme reiterados entendimentos do TCU, a exigência de índices contábeis diversos dos usuais deve ser justificada por estudos aprofundados, além de que tal exigência deve ser pertinente ao cumprimento das obrigações resultantes da licitação. Confira-se: Acórdão 2495-35, Sessão 22/09/2010, Relator Ministro José Múcio Monteiro.



No mesmo sentido, o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nas palavras da Conselheira Adriene Andrade, para quem *"a exigência de índices contábeis não usuais para a avaliação da qualificação econômico-financeira dos licitantes compromete a competitividade no certame e constitui irregularidade que justifica a manutenção da multa aplicada ao responsável, pois não se trata de mera falha formal."* (Recurso Ordinário 808.260, Revista do TCMG, julho-setembro/2011, v.80, Sessão 01/06/2011)

Os documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista se resumem naqueles normalmente exigidos pela Administração Pública, em conformidade com a Lei Federal nº 8.666/93, com redação dada pela Lei Federal nº 12.440, de 07/07/2011, sem qualquer novidade.

DA VISITA TÉCNICA

Nos termos do item 9.1 do edital, *"Os interessados em participar da licitação deverão vistoriar o AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA e suas cercanias, para a verificação das condições locais, com a finalidade de obter avaliação própria da quantidade e natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários à realização do objeto da CONCESSÃO, forma e condições de suprimento, meios de acesso ao local, e para obtenção de quaisquer outros dados que julgarem necessários à preparação da PROPOSTA, e para o atendimento das CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS."*

Diante da redação do item 9.1, conclui-se que a visita técnica é obrigatória e condicionante da participação no certame.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que a exigência da visita técnica como requisito de habilitação na concorrência pode limitar a competitividade, além de possibilitar indesejados conluíus, senão vejamos:

"As cláusulas do edital padrão do CREMA 2ª etapa, que condicionam o fornecimento do "Atestado de Visita" à visita ao local da obra e à participação de reunião técnica pelos licitantes, não encontram respaldo legal e comprometem a concorrência buscada no processo licitatório."

No que concerne à exigência de visita ao local da obra, veja-se que no edital padrão do Dnit para outros tipos de obra, em razão de sucessivas intervenções do TCU, o Dnit já havia retirado a obrigatoriedade das visitas em seus editais."

A exigência de vistoria com certificado emitido pelo órgão licitante, apesar de não expressa na lei, é baseada no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que prevê que a documentação relativa à qualificação técnica limita-se à "comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação".



A simples declaração de ciência das condições das informações e local da licitação satisfaria o comando legal. Logo, no texto da lei, cláusula impondo vistoria em hora e data marcada não seria obrigatória.

No entanto, se a administração detém meios de certificar que os licitantes tomaram ciência das condições locais, conforme determina o comando legal, por meio de visita, ela deve fazê-lo. Como é o exemplo de um edifício a ser construído em local alagadiço ou em terreno pedregoso, em área urbana e excessivamente irregular. A certificação da Administração quanto à visita do licitante no terreno possibilita a garantia de que o futuro vencedor da licitação tomou plena ciência (materializada pelo termo de visita) de um empecilho técnico importante para a execução do objeto. Não se trata de responsabilizar o construtor caso exista algum percalço, posto que a simples declaração do licitante serviria a esse fim. Trata-se do interesse da Administração, independentemente da possibilidade de responsabilizar a contratada, em evitar riscos de atrasos ou inexecução do objeto, fruto do desconhecimento das exatas condições, pelo licitante, para a consecução do objeto.

Mas a argumentação só possui lógica se a visita técnica, em face da extensão e da complexidade do objeto, for suficiente e indispensável para perfeito conhecimento da obra ou serviço. Não se espera que para a construção de um túnel uma vistoria contribua a ponto de evitar qualquer percalço no futuro. Os laudos geológicos e sondagens são muito mais representativos. Também não se presume que uma inspeção técnica de vários quilômetros de rodovia, em menos de um dia, possa acrescentar muita coisa.

Nesses casos, a visita técnica de apenas poucas horas não é de tal importância que possa justificar o risco da perda da competitividade do certame. Se pela natureza e extensão do objeto (como é o caso dos trechos de mais de 200 km do CREMA 2ª etapa) a vistoria pouco acrescentar sobre o conhecimento que os licitantes tem de suas obrigações, a preservação de outros valores legais, como a competitividade, moralidade e isonomia, sobrepõem-se à necessidade da visita. A preservação dos ideais do art. 3º, caput, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, neste caso, torna-se obrigatória.

Não é que se deva proibir a visita. A ilegalidade está em se impedir que empresa alguma cumpra a exigência legal por meio de simples declaração e tenha sua participação no certame desconhecida até o momento da abertura das propostas, dificultando sobremaneira conluíus prévios. Consoante se mencionou no Relatório do Ministro Relator, Acórdão 1.174/2008-P, citando o Exmº Senador Eduardo Suplicy ao relatar o Projeto de Lei da Câmara nº 32/2007, que altera dispositivos da Lei nº 8.666/93:

"Evitamos exigir que só empresas cadastradas previamente participassem do certame, para dificultar a formação de cartéis e a combinação de preços por licitantes. Como ressaltou o representante do TCU na audiência pública nesta Comissão, saber exata e previamente quem serão os participantes da licitação é o primeiro e decisivo passo para permitir a fraude na licitação. O fator surpresa é o principal aliado da Administração no caminho de garantir certames nos quais haja efetiva disputa."



Ainda mais temerária é a Reunião Técnica, exigida no item 10.4 do edital padrão. Nesse caso, se mantida tal exigência, a possibilidade do conhecimento prévio do universo de concorrentes que participarão da licitação, combatida reiteradas vezes por esta Corte de Contas, se concretizará. A realização da Reunião Técnica, prevista nesse item, com a presença obrigatória dos potenciais licitantes, quebra, de vez, o sigilo quanto aos potenciais licitantes interessados no certame, abre a possibilidade de fraudes e compromete veementemente a concorrência pretendida.

Portanto, as cláusulas prevendo a necessidade de visita e reunião técnicas, com data e hora marcadas, são ilegais, posto que não resguarda os termos do art. 3º, caput, § 1º, inciso I e II da Lei nº 8.666/93. Em face de não haver, ainda, edital do programa a ser impugnado, deve-se, nos termos do art. 43, I, da Lei nº 8.443/1992, determinar ao Dnit que se abstenha de incluir no edital padrão do CREMA 2ª etapa cláusulas impondo tais exigências, sob o risco de poderem levar à anulação dos certames licitatórios."

Com efeito, a exigência de visita técnica como condição para participação do certame deve ser adotada apenas EXCEPCIONALMENTE, e desde que a Administração demonstre a imprescindibilidade da visita *in loco* para a regular confecção da proposta pelos licitantes, mediante fixação de datas e duração das vistorias que permita o efetivo conhecimento das obras e serviços objeto da licitação. O expediente, portanto, requer justificativa técnica neste sentido, de modo a afastar qualquer afronta à competitividade, isonomia e moralidade, princípios tão caros ao nosso ordenamento jurídico administrativo.

Ressalte-se que a Corte de Contas chama a atenção para o fato de que a Administração deve evitar a fixação de data única, justamente para que tal exigência não restrinja a competitividade (Denúncia nº 757158, Sessão de 19/08/2008; Licitação nº 696088, Sessão de 20/09/2005), o que, portanto, deve ser observado pela SETOP, a quem competirá, nos termos do edital, divulgar as datas das visitas com no mínimo cinco dias de antecedência.

DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Os prazos para pedidos de esclarecimentos do edital, assim como aqueles para impugnação por qualquer cidadão ou pelos licitantes e respectivas respostas da Comissão de Licitação, foram fixados no edital com observância à legislação (Lei Federal nº 8.666/93, art.41, §§1º e 2º).

DA GARANTIA DE PROPOSTA. DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO À LEGALIDADE.

O edital prevê garantia de proposta a ser oferecida pela licitante, cujo valor previsto no item 5.1 deve corresponder a 1% (um por cento) do valor estimado do contrato, diante do limite previsto no art. 31, III, da Lei nº 8.666/93 e nos termos do art.11, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/04.

As modalidades de garantia, por sua vez, encontram-se de acordo com o art.56, §1º, da Lei nº 8.666/93.



Em análise dos itens 5.1 e 13.2 do edital, o licitante deverá apresentar três envelopes: 1- Documentação de Qualificação Técnica com Garantia de Proposta; 2- Proposta Econômica; 3- Documentos de Habilitação, com previsão de abertura dos envelopes na referida ordem.

De fato, como visto acima, a Lei Federal nº 11.079/2004 autoriza a adoção de uma etapa de **prévia qualificação das propostas técnicas**, com classificação daquelas que alcancem a pontuação mínima definida no edital, senão vejamos:

"Art.12 – O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos no inciso I e V do art.15 da Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

- a) Menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração pública;*
- b) Melhor proposta em razão da combinação do critério da Alinea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;"*

...

§2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

Art.13 – O edital poderá prever a inversão das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

.... "

A partir da leitura dos retro transcritos dispositivos legais, note-se que o legislador admite a inversão de fases de habilitação e julgamento, além do que possibilita que a Administração adote uma etapa prévia à fase de julgamento, qual seja, a etapa "*de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima...*".

Maurício Portugal e Lucas Prado bem elucidam o dispositivo em foco – inciso I do art.12 da Lei Federal nº 11.079/04 -, senão vejamos:

"O objetivo do inciso I do art.12 é permitir a aferição de capacidade técnica mínima do licitante, pela avaliação em regime de pass or fail ('passa ou perde') da sua proposta.



Isso se destina às licitações de contratos em cuja execução a técnica tem relevância intermediária, ou seja, para o adequado cumprimento do contrato é preciso, por um lado, que os licitantes demonstrem domínio mínimo dos aspectos técnicos envolvidos na sua execução e, por outro lado, qualquer domínio ou destreza acima do mínimo não acrescenta valor à sua performance para a Administração.

Nesse contexto, é conveniente haver uma fase de qualificação de propostas técnicas em regime de pass or fail, após a qual o julgamento será pelo melhor preço.

Importa lembrar que efeito equivalente já vinha sendo obtido nas licitações de concessão por meio da aplicação do art.30, §8º, da Lei 8.666/93, que permite exigir a metodologia de execução, a formulação de algo que configurava, no fundo, uma proposta técnica, a ser avaliada em regime de pass or fail. A modificação operada pela Lei 9.648/1998 na Lei 8.987/1995, ao inserir o inciso VII no seu art.15 – que permite que qualificação de propostas técnicas preceda julgamento que utilize como critério maior pagamento pela outorga da concessão – e ao modificar o inciso III – que permite a combinação do previsto no inciso VII com o critério de menor tarifa e maior preço para outorga, previstos, respectivamente, nos incisos I e II do mesmo artigo – criou novo fundamento para a prática, que então se tornou frequente entre nós.

No caso de licitação com inversão de fases entre julgamento e habilitação, a qualificação das propostas técnicas poderá tanto preceder o julgamento da proposta econômica quando ser realizada por ocasião da análise dos documentos de habilitação.” (in Comentários à Lei de PPP, 1ª edição, 2010, p.293/294, grifos nossos)

Acredita-se, pois, que, à semelhança do §8º do art.30 da Lei Federal nº 8.666/93, que admite a análise da proposta de metodologia de execução do contrato para constatação de sua viabilidade, sem preocupação de averiguar a **melhor** técnica dentre as apresentadas, o inciso I do art.12 da Lei Federal nº 11.079/04 veio possibilitar que a Administração conheça, de antemão, a concepção técnica que será adotada pela licitante na execução do contrato, desclassificando-se as propostas técnicas que não alcançarem a pontuação mínima.

Para tanto, contudo, não se deve confundir a análise prévia de viabilidade da “proposta técnica” com a análise do preenchimento dos “requisitos de qualificação técnica” estabelecidos no edital para fins de habilitação, ainda que, em alguns casos, a admissibilidade da proposta de metodologia passe pela análise da experiência anterior do licitante.

Via de regra, a análise de viabilidade de uma “proposta técnica” – ou proposta de metodologia de execução – é mais abrangente do que averiguação da capacitação e experiência do licitante, por envolver, também, a própria qualidade técnica da proposta, “compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para sua execução”, a exemplo do que dispõe o §1º do art.46 da Lei Federal nº 8.666/93.



Apenas a título de elucidação, vale colacionar lição de Marçal Justen Filho acerca do §8º do art.30, da Lei Federal nº 8.666/93, senão vejamos:

“Anote-se que o §8º não alude especificamente à fase de habilitação, mas a questão totalmente diversa. Na fase de habilitação, as exigências técnicas envolvem análise da idoneidade do licitante para executar uma prestação tal qual aquela objeto da licitação. O §8º não dispõe apenas sobre isso. Disciplina questão relativa à proposta (técnica, usualmente), a ser apreciada na fase seguinte à de habilitação.

(...) Também não se podem confundir proposta de metodologia e requisitos de habilitação. São duas questões distintas, como apontado. A habilitação técnica consiste na apuração da idoneidade do sujeito para contratar com a Administração. A proposta de metodologia envolve a definição da concepção técnica a ser adotada para executar o objeto. É verdade que a admissibilidade de certa proposta de metodologia poderá depender da experiência anterior do sujeito. Suponha-se, à título de exemplo, licitação para executar uma ponte. Exige-se a proposta de metodologia, eis que diferentes soluções técnicas são comportadas. É claro que o sujeito somente poderá ter a proposta comercial apreciada se evidenciar que dispõe do domínio da técnica necessária à execução do objeto. Esse é o motivo pelo qual o art.30 disciplina a questão da metodologia conjuntamente com o tema da qualificação técnica.

Nada impede que a Administração opte por remeter a proposta de metodologia a julgamento em etapa especial. Assim, a licitação seria desdobrada em três etapas. Haveria um envelope para documentação em geral, outro para metodologia de execução e um terceiro para proposta comercial.

(...) É perfeitamente possível proposta de metodologia em licitação de menor preço. É que o julgamento da licitação de melhor técnica ou técnica e preço faz-se através de avaliação qualitativa de proposta técnica. Quanto melhor a proposta técnica, maior a sua pontuação. Já a proposta de metodologia não será objeto de pontuação para fins de definição do vencedor. Apenas se avalia se a metodologia proposta é aceitável. Todas as metodologias aceitáveis são tratadas igualmente e se escolhe a proposta vencedora apenas pelo critério de menor preço.

Isso não significa impossibilidade de pontuação para a proposta de metodologia. Muito ao contrário, é até desejável a solução da pontuação. É que a avaliação da aceitabilidade da tecnologia deve fazer-se por critérios objetivos. Assim, é usual estabelecer-se critério de pontuação. Somente serão consideradas aceitáveis as propostas de tecnologia que superarem certa pontuação mínima. Todas as que ultrapassarem o mínimo serão consideradas igualmente aceitáveis, sem que a pontuação maior ou menor produza algum efeito no julgamento da licitação – que se fará apenas pelo critério de menor preço.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, p.532)

A partir daí, embora a Administração não pretenda avaliar a forma de execução do objeto da concessão para averiguar a **melhor** técnica dentre aquelas apresentadas na licitação,



quer dizer, em que pese não pretenda proceder à uma avaliação qualitativa das técnicas apresentadas, interessa a ela garantir-se de que o futuro contratado utilizará técnica que permitirá a adequação da prestação do serviço, o que deve se dar, nos termos da lei, mediante a adoção de critérios de pontuação objetivos (§2º do art.12 da Lei Federal nº 11.079/04).

Como já advertido pelo TCU: “... Os interessados devem saber de antemão, de modo objetivo, quais são os parâmetros que serão utilizados pela entidade promotora da licitação ao analisar as propostas de metodologia de execução, sem que haja a possibilidade de que determinados juízos de valor encontrem-se em zona cinzenta, passíveis de questionamentos.” (in Acórdão nº 1.028/2007, Plenário, Relator Ministro Ubiratan Aguiar).

Com efeito, para que a Administração adote a análise prévia da “proposta técnica”, nos termos do inciso I do art.12 da Lei Federal nº 11.079/04, deve fazê-lo mediante a adoção de critérios objetivos de pontuação, que, como visto, via de regra, não se limitam à análise da experiência e capacitação da licitante, tampouco se confundem com a fase de habilitação dos licitantes, (requisitos de qualificação técnica).

Repise-se, a análise dos atestados e documentos de qualificação técnica faz parte da fase de habilitação da licitante e não se confunde com eventual análise prévia de viabilidade da proposta técnica baseada no inciso I do art.12 da Lei Federal nº 11.079/04, ainda que tal leve em conta a experiência e capacitação da licitante.

Adverte-se, de todo modo, que a pontuação do conteúdo das propostas deve se valer de critérios que não limitem a competitividade, os quais devem, necessariamente, ser justificados no expediente.

Em relação à exigência da garantia de proposta apartada da análise dos demais documentos de qualificação econômico-financeira (art.31, III, da Lei Federal nº 8.666/93), tem-se que a doutrina até admite a exigência da garantia de proposta em primeiro lugar, apartada dos demais documentos de habilitação, mecanismo este admitido para fins de eliminar a inconveniência e o desgaste de se realizar todo o procedimento de julgamento para somente ao final constatar que a concorrente vencedora não apresentou a garantia a contento.

Marcelo Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, inclusive, defendem tal conduta no edital, senão vejamos:

“A razão pela qual a lei coloca a garantia de proposta entre os documentos da habilitação é meramente cronológica. É conveniente que a garantia de proposta seja o primeiro documento a ser analisado, pois sua inexistência ou deficiência deve impedir o licitante de participar do certame, eis que leva à presunção de falta de seriedade da proposta. Como nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 os documentos de habilitação são os primeiros a ser analisados, quis o legislador inserir na garantia de propostas entre eles, atendendo à premência da verificação da regularidade da garantia de proposta, sem criar nova fase ou complicar desnecessariamente o procedimento.

Por isso, nas licitações de PPP, quando se tratar de procedimento ordinário (sem inversão de fases), a garantia de proposta deve integrar os documentos de habilitação. Seguindo-se essa mesma lógica, há que se ter por evidente que,



quando se tratar de procedimento em que haja pré-qualificação, a garantia de proposta deve integrar a documentação relativa à pré-qualificação.

Situação diversa ocorre quando se tratar de procedimento com inversão de fases entre proposta e habilitação (art.13). Nesse caso, o ideal é que o edital preveja a entrega de um envelope separado com a garantia de proposta, a ser aberto e analisado antes da abertura das propostas. Entendimento contrário levaria à abertura da garantia de proposta após a abertura das propostas – o que nos parece inadmissível, pois deixaria a Administração desprotegida. Imagine-se que, em procedimento com inversão de fases, a garantia de proposta fosse entregue em conjunto com os documentos de habilitação. Suponha-se que licitante sem garantia de proposta, ou com garantia inválida, viesse a participar desse certame e se classificasse em primeiro lugar. Se, por qualquer motivo, esse licitante viesse a desistir da licitação ou a ser inabilitado, por não ter apresentado a documentação exigida, a Administração, que até então não tinha ciência da invalidade ou inexistência da garantia de proposta do licitante, não poderá executá-la.” (in Comentários à Lei de PPP – Parceira Público-privada, 1ª edição, p.281)

A se adotar a apresentação da garantia de proposta em primeiro lugar, apartada dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, na linha da doutrina acima transcrita, esta Casa sugere que seja a mesma apresentada em envelope individual, dando-se seguimento à etapa de qualificação das propostas técnicas mediante pontuação (se adotado o inciso I do art.12), seguida da análise da proposta comercial e, por fim, a análise dos requisitos de habilitação.

Por fim, adverte-se para a necessidade de que o edital conte com previsão expressa de entrega simultânea de todos os envelopes.

Por fim, o edital dispõe sobre a possibilidade de a Comissão Especial de Licitação promover diligências, esclarecimentos complementares e saneamento de falhas, nos termos do disposto no art.12, IV, da Lei Federal nº 11.079/04, segundo o qual “o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.” Tal prazo foi fixado em 03 (três dias) úteis, nos termos do item 12.9.

DA ADEQUAÇÃO DO EDITAL AO PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PRELIMINAR PREVISTO NO INCISO I, DO ART. 12, DA LEI N.º 11.079/04

Conforme salientado, o critério de julgamento da licitação, por força do Decreto nº 7.624/2011, deverá ser o de “menor preço da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente” e não “técnica e preço”.

Isto, contudo, não impede que seja utilizado o procedimento previsto no art. 12, inciso I, da Lei n.º 11.079/2004, apenas para garantir que as empresas alcancem qualificação técnica mínima para passar para as próximas fases do certame, sem que esta aferição preliminar interfira na fase de julgamento das propostas comerciais, ou seja, a pontuação mínima obtida na fase de análise das propostas técnicas não pode ser



utilizada ou valorada para a obtenção do resultado final da licitação, como se pretende no edital ora analisado.

Desta forma, o item 10 - Da Proposta Técnica -, que faz referência exatamente a esta fase preliminar de obtenção de qualificação técnica mínima, deve abranger mais do que apenas a experiência anterior das licitantes, nos termos do art. 46, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. Deve, segundo o dispositivo em comento, ser avaliada a verdadeira metodologia das concorrentes para a execução do objeto do contrato, tal como organização, tecnologias, recursos materiais e qualificação das equipes técnicas. Ou seja, a proposta técnica não pode se resumir na comprovação da experiência anterior, que seria objeto, isoladamente, da habilitação técnica apenas, não justificando a instauração do procedimento preliminar.

Diante destes motivos, os seguintes itens e fórmulas do edital devem ser alterados, para se adequarem ao procedimento do art. 12, inciso I, da Lei n.º 11.079/2004: 10.7, 10.13, 12.1, 12.2 (ordem crescente, e não decrescente), 15.2.2, 15.10, 15.10.1, 15.10.2, 11.5, 11.6 (os dois últimos itens devem refletir apenas o menor valor da contraprestação).

DA PROPOSTA ECONÔMICA.

Na proposta comercial, caberá ao licitante apresentar o valor, expresso em reais, da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA anual a ser paga pela SETOP à CONCESSIONÁRIA.

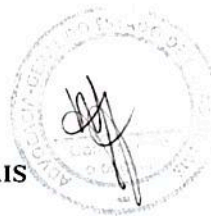
Nenhum óbice à previsão no edital (item 11.2) do teto limite da remuneração da concessionária, consoante disposto no inciso X, do art.40 da Lei Federal nº 8.666/93. Não custa ressaltar que o **teto estabelecido no edital merece ser justificado nos autos**, devendo encontrar-se fundamentado em pesquisa de preços e orçamento confiáveis, e como já advertido, tudo devidamente **atualizado**. Daí a importância dos estudos econômicos que embasaram a presente PPP.

Segundo TCU, *"na elaboração do orçamento de referência de obras públicas na fase anterior à licitação, deverá o administrador público pautar-se em bases realistas, utilizando-se preferencialmente de sistema de custos idôneos e amplamente conhecidos, a exemplo do sistema SICRO, voltado para obras rodoviárias."* (AC-0101-05/07-P, Relator Ministro Augusto Mendes) Dou 09/02/07)

A fase de classificação das propostas deverá ser objeto de completa adaptação, conforme visto no item acima, devendo obedecer à ordem crescente dos valores das contraprestações pecuniárias.

DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

O edital arrola, no item 16.1, os atos administrativos relacionados à licitação que podem ensejar recurso ao Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, no prazo de cinco dias, contados do primeiro dia útil subsequente ao da intimação da decisão, dentre os quais, o julgamento da garantia de proposta, o julgamento da proposta técnica, econômica, habilitação ou inhabilitação da licitante e a imposição de advertência ou multa, tudo isto em conformidade com o art.109, I, da Lei Federal nº 8.666/93.



Ressalte-se, todavia, o disposto no item 16.9, segundo o qual *“Do ato do Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas que determinar a anulação ou revogação da licitação, cabe representação no prazo de cinco dias úteis.”*, sendo que *“a representação poderá ter efeito suspensivo, desde que presentes as razões de interesse público”* (16.10).

Nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, do ato administrativo de anulação ou revogação da licitação, cabe **recurso (art.109, I, “c”)**, e a representação, por sua vez, é cabível *“no prazo de cinco dias da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico.”* (art.109, II)

Segundo Jessé Torres Pereira Junior,

“Aplicadas as definições aos termos da Lei nº 8.666/93, verifica-se que: (a) o recurso hierárquico é exclusivamente cabível nas hipóteses das alíneas do inciso I; seu prazo de interposição é de cinco dias úteis (exceção à regra geral do art.110); de seu processamento ocupam-se os parágrafos do art.109;

(b) o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada contra o objeto da licitação ou do contrato, que não se inclua nas alíneas do inciso I, seguindo-se ser meio de reexame hierárquico de largo alcance para coibir abuso ou desvio que se localize nos atos convocatórios, nas decisões das comissões de licitações, na atuação dos fiscais da execução dos contratos, entre outros;...” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 2009, p.972, grifo nosso)

Com efeito, considerando que o ato administrativo de anulação ou revogação da licitação se encontra expressamente previsto no inciso I do art.109 (alínea “c”), da Lei Federal nº 8.666/93, e, portanto, passível de questionamento via RECURSO, o edital merece ser adequado à legalidade.

DA HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.

Nos termos do item 17.2.2, alínea *d*, do edital, até a data prevista para a assinatura do contrato, a adjudicatária deverá, dentre outras obrigações, *“Apresentar à SETOP o PLANO DE NEGÓCIOS E MEMÓRIAS TÉCNICAS que a CONCESSIONÁRIA desenvolverá na execução do contrato, nos termos do item 18.”*

Note-se que o Plano de Negócios deve incluir as informações contidas nos itens 18.2.1 a 18.2.6, nos moldes estabelecidos no ANEXO IV – PLANILHAS PARA ELABORAÇÃO DO PLANO DE NEGÓCIOS, que contém projeções e premissas gerais do projeto.

De início, a adoção de tal modelo, que retira do PODER CONCEDENTE o dever de análise quanto à viabilidade do Plano de Negócios da licitante, como se tal não estivesse atrelado à “técnica” da concorrente, é, de fato, um risco que o ESTADO assumiu na construção do modelo, pelo que se espera tenha sido bem avaliado.



Por outro lado, o ideal seria a previsão no edital de análise do PLANO DE NEGÓCIOS como fase do julgamento da licitação, com previsão de parâmetros e critérios objetivos para avaliação da exequibilidade do PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pelas licitantes, o que, aliás, favoreceria a análise da proposta mais vantajosa para a Administração.

Preocupa esta Consultoria o fato de a análise da adequação do PLANO DE NEGÓCIOS E MEMÓRIAS TÉCNICAS ocorrer quando já adjudicado o objeto da licitação ao vencedor do certame, como CONDIÇÃO para assinatura do contrato.

Ora, se o objeto da licitação já foi adjudicado ao vencedor e se o PLANO DE NEGÓCIOS não é objeto de julgamento na licitação (por opção administrativa) e se presta tão somente a dar conhecimento à Administração acerca das informações físico-financeiras sobre as quais a licitante estruturou sua proposta, cabe ao ESTADO, diante de qualquer inconformidade, EXIGIR que a CONCESSIONÁRIA adeque o PLANO DE NEGÓCIOS, sob pena de descumprimento do contrato, e, pois, rescisão contratual, com aplicação, inclusive, de penalidade que deve ser prevista no contrato.

Deve-se ter em mente que a adjudicação conclui o procedimento licitatório, pelo que não cabe ao ESTADO criar novas condições para assinatura do contrato. Adjudica-se o contrato porque a licitante ofertou a melhor proposta, justificando-se, pois, a assinatura do instrumento contratual logo em seguida.

Note-se que o item 18.1 do edital prevê como DEVER da CONCESSIONÁRIA apresentar o PLANO DE NEGÓCIOS nos moldes definidos no ANEXO IV (18.2), tratando-se, na verdade, de uma obrigação de natureza contratual a ser exigida pelo ESTADO, eis que já adjudicado o objeto da licitação - e via de regra, assinado o contrato. Ora, o edital não pode criar manobras, não previstas em lei, capazes de alterar o resultado final do certame, sob o pretexto de que a licitante vencedora não cumpriu o que, de fato, constitui obrigação de natureza contratual.

Em suma, o ESTADO possui duas alternativas: 1ª) adotar a análise de conformidade do PLANO DE NEGÓCIOS e MEMÓRIAS TÉCNICAS como fase do julgamento das propostas, quando da avaliação da proposta comercial, mediante critérios e parâmetros objetivos; 2ª) OU, uma vez adjudicado o objeto da licitação e assinado o contrato, simplesmente exigir da CONCESSIONÁRIA que proceda à adequação do PLANO, em caso de inconformidades, sob pena de rescisão do contrato e aplicação de sanção administrativa a ser definida no contrato. O que não me parece juridicamente viável é admitir a análise do PLANO DE NEGÓCIOS como condição para assinatura do contrato, como está previsto no edital.

De toda maneira, seja qual for a conduta administrativa adotada, dentre as opções ora ventiladas, eventual decisão da Administração, contrária aos interesses da LICITANTE (se inabilitada) ou da CONCESSIONÁRIA (se não adequou o PLANO DE NEGÓCIOS, com consequente rescisão do contrato) baseada em inconformidades do PLANO, exigirá justificativa técnica que seja capaz de demonstrar de forma OBJETIVA tais inconformidades, e, portanto, o ESTADO deve estar preparado para tanto.

Neste aspecto, ressalte-se que esta Consultoria não tem como avaliar se a metodologia criada pela equipe técnica responsável pela presente PPP, de fato, contém a



OBJETIVIDADE necessária à avaliação do **PLANO DE NEGÓCIOS**, seja para fins de rescisão do contrato, seja para eventual desclassificação do licitante.

Tudo isso para dizer que a análise de conformidade do **PLANO DE NEGÓCIOS E MEMÓRIAS TÉCNICAS** às diretrizes e metodologias previstas no **ANEXO III - PLANO DE EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO - PEA** e **ANEXO IV - PLANILHAS PARA EXPLORAÇÃO DO PLANO DE NEGÓCIOS**, não poderá levar em conta qualquer critério **SUBJETIVO**, sob pena de ilegalidade.

- CONDIÇÕES GERAIS DA CONTRATAÇÃO

O item 18.2.4 dispõe sobre a composição do capital social da **CONCESSIONÁRIA**, sua distribuição, parcelas e prazos de subscrição e integralização, conforme modelo constante do Anexo I - **MODELOS DE CARTAS E DECLARAÇÕES**, cujos valores constituem dados fixados pela Administração no exercício da discricionariedade, que, de qualquer forma, **exige motivação da equipe técnica responsável pelo presente projeto.**

O prazo da concessão será de trinta anos (item 21.1), podendo ser prorrogado uma única vez por mais cinco anos (Cláusula 10.1 do Contrato), observado, portanto, o limite legal previsto no parágrafo único, do art. 6º, do Decreto Federal nº 7.624/2011.

Vale reiterar que o prazo de vigência definido para o contrato deve ser compatível com a amortização dos investimentos a serem realizados pela **CONCESSIONÁRIA**, **o que deve ser demonstrado nos estudos técnicos econômicos que fundamentam a presente PPP, nos termos da lei.**

DISPOSIÇÕES GERAIS DO EDITAL

Em relação às condições gerais previstas no item 24, nenhum óbice jurídico há de ser feito, por se encontrarem dentro da legalidade. Ressalte-se que a subcontratação, admitida no edital (item 24. 1), deve ocorrer nos termos do art.25 da Lei Federal nº 8.987/95, quer dizer, encontra-se limitada à parcela acessória ou complementar à execução do objeto contratual (ou para implementar projetos associados).

2.3. DO CONTRATO

Nos termos da Cláusula Segunda da minuta, integram o contrato: **Anexo I:** Anexo I – Modelo de Cartas e Declarações; **Anexo II** – Minuta de Contrato de Concessão Patrocinada; **Anexo III** – Plano de Exploração do Aeroporto; **Anexo IV** – Planilhas para Elaboração do Plano de Negócios; **Anexo V** – Política Tarifária e Mecanismos de Pagamento; **Anexo VI** – Diretrizes para Licenciamento Ambiental; **Anexo VII** – Quadro de Indicadores de Desempenho; **Anexo VIII** – Tabela de Multas; **Anexo IX** – Garantia do Poder Concedente; **Anexo X** – Convênio de Delegação SAC/SETOP; **Anexo XI** – Sistema de Reequilíbrio Econômico-financeiro; **Anexo II** – Plano de Negócios e Memórias Técnicas; **Anexo III** – Garantia de Execução do Contrato; **Anexo IV** – Garantia do Poder Concedente; **Anexo V** – Apólices e Seguros; **Anexo VI** - Cartas e Declarações; **Anexo VII** - Documentos de Constituição da SPE.



Ressalva-se a análise das minutas do **Anexo II** (Plano de Negócios e Memórias Técnicas), **Anexo III** (Garantia de Execução do Contrato), **Anexo IV** (Garantia do Poder Concedente), **Anexo V** (Apólices e Seguros) e **Anexo VI** (Cartas e Declarações), **Anexo VII** (Documentos de Constituição da SPE) que, embora previstos na Cláusula Segunda da minuta, não foram encaminhados para análise desta Casa.

O objeto do contrato, nos termos da cláusula 5.1, constitui “a **EXPLORAÇÃO dos serviços aeroportuários do AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA, que se dará mediante o cumprimento das CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA**”

De acordo com a cláusula 5.2, os investimentos e serviços se encontram detalhados no Anexo III do Edital – Plano de Exploração do Aeroporto e no Anexo II – Plano de Negócios e Memórias Técnicas, sendo este último elaborado pela CONCESSIONÁRIA, observadas, necessariamente, as diretrizes técnicas do Anexo III.

Ressalte-se que as diretrizes previstas no mencionado Anexo III foram estabelecidas pela Administração no exercício da discricionariedade, e, por consistirem em diretrizes de ordem técnica e conveniência administrativa, fogem à análise desta Consultoria.

Contudo, esta Consultoria Jurídica orienta no sentido de que o setor técnico se certifique de que tais diretrizes estejam em consonância com as orientações do TCU para caso análogo, conforme se observa no Acórdão nº TC 032.786/2011-5 - Plenário, proferido no processo de concessão dos Aeroportos Internacionais Governador Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF, abaixo transcritas:

9.5.3 inclua na minuta de contrato de concessão as especificações técnicas essenciais para a caracterização dos investimentos mínimos obrigatórios em obras e equipamentos, compatíveis com o padrão de qualidade adotado como referência nas estimativas de custos apresentadas no estudo de viabilidade, contendo, além das áreas mínimas previstas para cada componente, o padrão de acabamento e a qualidade dos materiais, bem como qualquer outra informação necessária para subsidiar a elaboração das propostas pelos proponentes; (...)

DATA DE VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO CONTRATO.

Em análise da minuta do contrato, note-se a previsão da vigência por 30 anos, **contados da data da assinatura do contrato**, podendo ser prorrogado uma única vez por até 5 (cinco) anos, nos termos do Decreto n.º 7.624, de 22 de novembro de 2011.

Contudo, esta Consultoria Jurídica já firmou entendimento de que o **termo inicial da vigência contratual deve corresponder à data da publicação do contrato, e não de sua assinatura, o que deve ser devidamente retificado.**

DOS BENS DA CONCESSÃO PATROCINADA.

Nos termos da cláusula 12.1, integram a concessão patrocinada, todos os equipamentos, máquinas, aparelhos, acessórios e, de modo geral, todos os demais bens



vinculados à exploração do AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA disponibilizados à CONCESSIONÁRIA, conforme listagem constante do TERMO DE ENTREGA, ou adquiridos pela CONCESSIONÁRIA ao longo do prazo da concessão; e os bens adquiridos pela CONCESSIONÁRIA para fins de exploração de RECEITAS COMERCIAIS, para os quais tenha sido solicitado regime especial nos termos do Anexo V do Edital - Política Tarifária e Mecanismos de Pagamento, constantes do fluxo de caixa apresentado na proposta aprovada pelo PODER CONCEDENTE.

As disposições sobre os bens reversíveis, conforme exige o inciso X, do art. 23, da Lei nº 8.987/95, estão expressas na Cláusula 41.

DA CONCESSIONÁRIA E DA TRANSFERÊNCIA ACIONÁRIA.

A cláusula 15.1 dispõe sobre a transferência da concessão administrativa e do controle societário da concessionária, ambos os casos condicionados à aprovação do PODER CONCEDENTE, sob pena de caducidade, em conformidade com o art.5º, §2º, da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.27 da Lei Federal nº 8.987/95.

A Lei Federal nº 11.079/04 assim dispõe acerca da transferência do controle societário, *in verbis*:

“Art.5º (...)

§2º da Lei Federal 11.079/2004, **os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.”**

Art.9º (...)

§1º - *A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art.27 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

Eis o que dispõe o art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95, *in verbis*:

“Art. 27. *A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.*

§ 1º *Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:*

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e



II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente."

A transferência da concessão implica em assunção do serviço por outra pessoa, com alteração jurídica do polo contratual, enquanto na hipótese de transferência do controle societário, a mesma concessionária que venceu a licitação continua em operação.

Em análise do art.27 da Lei Federal 8.987/95, note-se que o legislador autoriza a transferência da concessão administrativa mediante anuência do PODER CONCEDENTE, todavia, omitiu-se quanto à necessidade de licitação, o que, inclusive, é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade em curso no STF, ainda não julgada (ADI 2946).

A despeito das dúvidas acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo, na parte que admite a transferência da concessão administrativa sem tratar da necessidade de licitação, o fato é que tal se encontra em pleno vigor, razão pela qual a conduta do ESTADO em admiti-la na cláusula 15.1 constitui opção administrativa, ressaltando-se, de todo modo, que deve se acautelar quanto à exigência da comprovação dos mesmos requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e habilitação jurídica e fiscal exigidos no edital, bem como do compromisso de cumprimento de todas as cláusulas do contrato.

CAPITAL SOCIAL

A Cláusula 14 - DAS DISPOSIÇÕES SOBRE A CONCESSIONÁRIA - prevê o capital inicial a ser subscrito e integralizado, cujo valor mínimo constitui dado fixado pela Administração no exercício da discricionariedade, que, de qualquer forma, deve ser motivado.

Igualmente, a disposição da cláusula 14.2, no sentido de que a CONCESSIONÁRIA não poderá, durante todo o prazo da CONCESSÃO PATROCINADA, reduzir o seu capital, a nenhum título, sem prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE, constitui conduta administrativa discricionária referente à elaboração do modelo do projeto.

DOS PROJETOS DE ENGENHARIA.

Os projetos executivos de engenharia são de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, **à sua conta e risco**, bem como a apresentação dos pareceres técnicos e aprovações da ANAC ou outras autoridades envolvidas para subsídio da análise dos projetos



de engenharia pelo PODER CONCEDENTE. Tais projetos deverão observar as normas, padrões e especificações técnicas básicas vigentes adotadas pela ANAC, e, na falta desses, as normas editadas por órgãos e entidades nacionais e internacionais de referência.

É vedado, nos termos da cláusula 6.15, o início das obras sem a obtenção de não objeção do projeto pelo PODER CONCEDENTE.

Quanto aos procedimentos para obtenção da "não objeção" especificados nas cláusulas 6.4 a 6.14 questiona-se a não objeção "tácita" prevista na cláusula 6.6, eis que constitui **DEVER** do ESTADO manifestar-se acerca dos projetos executivos que lhe forem reapresentados pela CONCESSIONÁRIA. Não é lícito admitir, no contrato, eventual inércia do PODER CONCEDENTE quanto ao exercício de um dever legal.

Neste contexto, sugere-se a ampliação do prazo previsto na cláusula 6.6 (para mais de 15 dias), para fins de favorecer o efetivo cumprimento de obrigações pelo ESTADO, e a exclusão do item 6.6.1.

Se em análise da 2ª versão dos projetos apresentada pela CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE, novamente, pronunciar-se acerca de irregularidades, a minuta prevê a convocação do Comitê Técnico para que retifique/finalize o projeto. Os custos serão arcados pela CONCESSIONÁRIA, sem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusula 6.7.1), sendo que o orçamento para retificação/finalização dos projetos devem estar de acordo com os preços constantes de tabelas públicas, preferencialmente a tabela de preços praticados pelo Departamento de Obras Públicas - DEOP/MG (cláusula 6.7.2).

Nos termos da cláusula 39.3, o COMITÊ TÉCNICO é formado por três membros: o Presidente, indicado pelo ESTADO, outro membro indicado pela CONCESSIONÁRIA, e outro, por ambas as partes, com remuneração paga pela CONCESSIONÁRIA.

Se a decisão final do COMITÊ – que é tomada por maioria dos seus membros - indicar a procedência das alegações da CONCESSIONÁRIA, a minuta prevê o ressarcimento pelo PODER CONCEDENTE dos gastos previstos no item 39.5.

No que diz respeito ao COMITÊ TÉCNICO, instituído para solução de eventuais divergências de natureza técnica, vale ressaltar posicionamento do Tribunal de Contas da União, no sentido de admiti-lo desde que a decisão final fique a cargo do Poder Concedente, senão vejamos, *in verbis*:

"...Concordo, ainda, que a responsabilidade última para decidir quanto à necessidade de eventual repactuação não possa ser ultimada a um Comitê Técnico, pela indisponibilidade do interesse público e pela irrenunciabilidade do poder tarifário. (...)"

Nos termos da Cláusula 26.6 do contrato, é o Comitê Técnico o responsável por dirimir divergências relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por mais que o Comitê Técnico seja composto por representantes do Poder Concedente e da Concessionária, entendemos salutar a proposta da Recomendação no sentido de que cabe ao Poder Concedente a decisão final



acerca do mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Sendo assim, acolhemos também a sugestão da Recomendação e, nesse sentido, propomos alteração à cláusula 26.6 do contrato para fazer constar a necessária aprovação pelo Poder Concedente. (...)” (in Acórdão 1928/11-P, Dou 01/08/2011)

Com efeito, ainda que o COMITÊ conte com a participação do PODER CONCEDENTE, o parecer não deve vincular a decisão final do ESTADO.

Compete ao ESTADO valer-se de sua estrutura (pessoal técnico) para decidir qual o melhor caminho técnico a ser adotado, mediante fundamentação capaz de justificar seja a adoção do parecer técnico do COMITÊ, seja a conduta de rechaçá-lo. Se não possui pessoal para tanto, que se estruture para tanto.

Ora, se, por um lado, a PPP viabiliza a adoção no Estado de técnicas modernas e inovadoras trazidas pela CONCESSIONÁRIA, por outro, é dever do ESTADO perquirir se tais técnicas mostram-se, de fato, adequadas e capazes de garantir uma prestação de serviços adequada e eficiente. Não pode, justamente para garantir a execução adequada do objeto da concessão, simplesmente vincular-se à decisão do COMITÊ TÉCNICO.

Neste contexto, esta Casa sugere que eventual parecer do COMITÊ TÉCNICO acerca dos projetos executivos de engenharia não seja vinculante, cabendo, pois, ao PODER CONCEDENTE, a decisão final.

Frise-se o entendimento desta Consultoria Jurídica de que, em caso de previsão contratual de contratação de empresa especializada para solução de divergências técnicas nos projetos executivos, esta deve se dar com observância aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93, o que inclusive, afasta qualquer parcialidade que possa envolver a contratação pela própria CONCESSIONÁRIA.

No que tange à cláusula 6.9.1, que admite a subcontratação dos projetos executivos, lembre-se que a subcontratação é admitida, desde que observados os limites do art.25 da Lei Federal nº 8.987/94.

Ressalte-se a cláusula 6.14, que dispõe que a não objeção do PODER CONCEDENTE – que, lembre-se, não pode ser tácita – não implicará qualquer responsabilidade do ESTADO, nem exime a CONCESSIONÁRIA das obrigações do contrato, permanecendo sobre exclusiva responsabilidade desta as eventuais imperfeições do projeto.

DAS LICENÇAS AMBIENTAIS.

Nos termos da cláusula 7.1 do contrato, é de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA requerer, custear, obter e renovar, em tempo hábil, todas as licenças e autorizações necessárias à prestação dos serviços no AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA.



Desde logo, ressalte-se o que dispõe a Lei Federal nº 11.079/04, acerca da licença prévia, *in verbis*:

"Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

...

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir."

Alerta-se, pois, para o fato de que licença prévia ambiental deve se dar ANTES do lançamento do edital ou, pelo menos, a implementação de estudos que possam indicar as diretrizes para o licenciamento ambiental. E isto porque, é a partir dos estudos realizados pelo ESTADO para licença prévia, que se pode conhecer os possíveis impactos ambientais do empreendimento, inclusive as ações mitigantes e condicionantes que provavelmente serão exigidas da CONCESSIONÁRIA.

Sobre o licenciamento prévio, note-se recomendação do TCU ao Poder Público em análise de edital de PPP, na modalidade de concessão patrocinada em Projeto de Irrigação, *in verbis*:

" 9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) e à Agência Nacional de Águas (ANA), no âmbito de suas competências:

9.2.1. obtenham a licença ambiental prévia para o Pontal Norte, nos termos do art.10, inciso VII, da Lei 11.079/2004, a fim de permitir a execução de possíveis ajustes no projeto básico do empreendimento, de forma que essas informações sejam levadas em consideração na elaboração do edital da licitação;

9.2.2. relacionem todas as medidas mitigadoras e/ou compensatórias para o Pontal Sul e Norte, inclusive o passivo ambiental existente, acompanhadas de orçamento detalhado, cronograma físico-financeiro e agente responsável por sua implantação, antes do lançamento do edital, para que essas informações possam dar suporte à elaboração da proposta econômica dos licitantes." (in AC-2886-51, Plenário, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, DOU 09/12/2008)

E, segundo o Ministro Relator, tais recomendações se justificam no fato de que *"... antes da disponibilização do serviço de irrigação, haverá a execução de obras que, certamente, demandarão medidas mitigadoras e/ou compensatórias com relação a possíveis impactos ambientais. Por essa razão, o parceiro privado, para a elaboração de sua proposta, deve contar com o mínimo de incertezas, para que não subestime ou supervalorize determinados parâmetros que não estejam claros nos estudos de viabilidade econômico-financeira (inclusive a vertente ambiental)."*



DAS DESAPROPRIAÇÕES.

De acordo com a cláusula 8.1, a CONCESSIONÁRIA será responsável por efetuar as desapropriações e as instituições de servidões administrativas, necessárias à prestação dos serviços objeto da concessão, **exceto aquelas em andamento na data da apresentação da proposta**. Quer dizer, competirá ao ESTADO arcar com as indenizações e custos de desapropriações que estiverem em andamento até a apresentação das propostas.

No item 8.4 deve ser incluída a ressalva de que apenas será devido o reequilíbrio econômico financeiro, desde que os valores tenham sido aprovados pelo PODER CONCEDENTE, e extrapolem os valores previstos para o item 8.1.

Quanto ao modelo de divisão dos riscos relativos às desapropriações, vale colacionar doutrina de MARCELO PORTUGAL, bem elucidativa, *in verbis*:

“ 5.4.1. Arranjo tradicional para distribuição de riscos em torno da desapropriação e da desocupação em concessões

O arranjo de distribuição de riscos mais utilizado para transferência para concessionários da atribuição de realizar as desapropriações é o descrito abaixo.

Note-se que o arranjo descrito abaixo busca transferir para o concessionário apenas os riscos que ele pode controlar, atribuindo os demais riscos para o Poder Público.

Essa é uma diretriz que deveria ser seguida em qualquer arranjo para a distribuição de riscos, pois, como notei com mais vagar no item 5.2 acima, isso contribui para maximização da eficiência do contrato de concessão ou PPP.

a) *Em relação ao risco de variação do custo da desapropriação:*

i.O edital estabelece valor que o concessionário deverá considerar na sua proposta para a realização das desapropriações e desocupações. Esse valor deve ser estabelecido com base nas estimativas de custo da desapropriação e desocupação realizadas pelo Poder Concedente quando da elaboração dos estudos de viabilidade do projeto;

ii.O contrato estabelece que, se os custos de desapropriação e desocupação excederem o valor da verba estipulada no edital, o Poder Público ou reembolsará o concessionário (pagará em dinheiro) ou reequilibrará o contrato de concessão, pelo valor excedente à verba estipulada no contrato.

iii. Nesse arranjo, geralmente, não se prevê no contrato a devolução de valores para o Poder Público caso as desapropriações e desocupações custem menos do que a verba reservada para tanto, nem a recomposição do equilíbrio econômico financeiro em favor do Poder Público, caso as desapropriações e desocupações custem menos do que a verba prevista no edital. Por essa razão, a tendência é que o Poder Público estime a verba para desapropriação e desocupação em valor intencionalmente abaixo do que o custo esperado das desapropriações e desocupações. Dessa forma, evita-se a necessidade de prever no contrato a



devolução de valores para o Poder Público ou o reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público, caso o concessionário realize a desapropriação ou desocupação por custos mais baixos do que a verba estimada para tanto. Outra forma de lidar com essa questão seria criar uma cláusula que prevísse o reembolso ao Poder Público ou reequilíbrio do contrato em favor do Poder Público caso o custo das desapropriações e desocupações fossem mais baixos do que a verba prevista no contrato.

Uma crítica que já se fez a esse arranjo é que ele não geraria incentivos para o concessionário buscar reduzir os custos de desapropriação e desocupação, excedentes à verba prevista no contrato, uma vez que qualquer que seja o custo excedente ele era coberto pela Administração Pública. Essa crítica, contudo, não considera as próprias dificuldades de obtenção de reequilíbrio ou reembolso a ser recebido pelo concessionário do Poder Público, que, por si só, já se constituiria em estímulo ao concessionário para buscar manter o custo das desapropriações e desocupações abaixo da verba estimada. 27

Em relação ao risco de atraso na desapropriação:

- i. O contrato transfere o risco de atraso da desapropriação para o concessionário;*
- ii. O contrato estabelece, contudo, prazo para emissão pelo Poder Concedente do decreto de declaração de utilidade pública, contado da data da entrega da documentação para tanto pelo concessionário ao Poder Concedente;*
- iii. Como até o presente a obtenção de decisão judicial de emissão na posse em processo de desapropriação ou de reintegração de posse era algo que ocorria geralmente em, no máximo, 2 meses do pedido, em regra não havia nos contratos proteção contra atrasos na imissão na posse. Contudo, uma vez que tem havido em alguns Estados dificuldade de obtenção da imissão na posse, parece-nos razoável que se inclua nos contratos de agora em diante disposição que proteja o concessionário contra isso.*

27 Discutindo esse tema com Mario Engler Pinto Jr., ele sugeriu alocar uma pequena parcela do custo excedente à verba ao concessionário, de modo que o concessionário tenha incentivo claro para buscar reduzir o custo global da desapropriação." (in consulta ao site realizada em 01/01/2014: [HTTP://www.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriacaoereassentamento-finalparapublicacao](http://www.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriacaoereassentamento-finalparapublicacao))

Assim, em relação às cláusulas 8.4 e 8.5, adverte-se pela necessidade de que tenha sido fruto de estudos sérios e compromissados, para que o ESTADO adote um modelo de divisão de riscos que torne economicamente viável o projeto para ambas as Partes. Sem estudos prévios confiáveis, o ESTADO não conhece sequer a dimensão dos riscos que assumiu no contrato, o que pode onerar sobremaneira os cofres públicos.

DA POLÍTICA TARIFÁRIA E MECANISMOS DE PAGAMENTO

Questão relevante em parcerias público-privadas e que merece particular atenção refere-se à remuneração da CONCESSIONÁRIA, considerando que vários de seus aspectos revelam a forma de compartilhamento dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado.



De acordo com o Anexo V, item 1.2, constituem remuneração da CONCESSIONÁRIA: recolhimento de receitas tarifárias pagas pelos usuários, obtenção de receitas comerciais, de livre arrecadação pela concessionária e contraprestação pecuniária, paga pelo PODER CONCEDENTE.

DAS TARIFAS: Note-se que, nos termos do item 2.1.1, para fins de cobrança tarifária pelo uso dos serviços prestados e pela infraestrutura aeroportuária, serão consideradas as regulamentações vigentes da ANAC, do Comando da Aeronáutica, ou quem vier lhes substituir em suas atribuições, em especial as Portarias nº 631/DGAC, de 28 de abril de 2003; Portaria ANAC 700/SER de 16 de abril de 2012; Portaria ANAC 52/SRE, de 9 de janeiro de 2012, Resolução ANAC180, de 25 de janeiro de 2011 e Resolução ANAC nº 216, de 30 de janeiro de 2012.

No item 1.3, do Anexo V, observa-se o cumprimento do art. 13, do Decreto nº 7.624/2011.

Ressalte-se que, de acordo com o art. 7º, § 1º, do Decreto 7.624/2011, o nível de qualidade do serviço deverá repercutir no mecanismo de reajuste tarifário, o que deve constar da minuta:

Art. 7º Na exploração de aeródromo concedido, as tarifas aeroportuárias serão aplicadas conforme regime tarifário estabelecido pela ANAC.

§ 1º O regime tarifário dos contratos de concessão deverá prever a transferência de ganhos de eficiência e produtividade aos usuários, e considerar aspectos de qualidade na prestação de serviço.

RECEITAS COMERCIAIS: Desde que não comprometam a operação, manutenção e conservação do sistema aeroportuário, a segurança do público e o cumprimento das demais obrigações contratuais, a CONCESSIONÁRIA poderá realizar empreendimentos para fins de exploração de receitas COMERCIAIS.

Sugere-se, a este respeito, que a minuta do contrato determine a obrigação de a CONCESSIONÁRIA informar previamente ao PODER CONCEDENTE sempre que pretender instalar serviço complementar, para obtenção de receitas comerciais, durante a execução da concessão.

CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA: Nos termos do item 4.1.3.1, somente será devida a partir do mês subsequente ao primeiro mês de calendário completo de operação do aeroporto.

A contraprestação pecuniária constitui o montante proposto pela CONCESSIONÁRIA em sua proposta econômica, objeto de julgamento da licitação, que será paga de acordo com seu desempenho e qualidade dos serviços prestados, cuja apuração dar-se-á conforme fórmula prevista no item 4.1.4 do Anexo V.

Ressalte-se, por oportuno, que não compete a esta Casa avaliar se as fórmulas de apuração dos índices de desempenho foram corretamente elaboradas, limitando-se, dentro de sua competência, a verificar a legalidade de se atrelar o pagamento da contraprestação ao índice de desempenho. Contudo, não se verificou - ou pelo menos não consta de forma



clara na minuta - na fórmula prevista no item 4.1.4 o atrelamento do pagamento da contraprestação ao índice de desempenho, o que deve ser devidamente retificado.

Tudo isto para dizer que o Estado deve ter a certeza de que os mecanismos para apuração do desempenho apresentam-se, de fato, confiáveis, e capazes, portanto, de refletir o real desempenho da CONCESSIONÁRIA e a qualidade dos serviços prestados durante toda a execução do contrato. Não se pode conceber a ideia de que a CONCESSIONÁRIA receba a prestação pecuniária integral mesmo com desempenho insatisfatório, razão pela qual a forma de apuração do índice de desempenho deve refletir de forma confiável a realidade da execução contratual.

Neste sentido, os estudos técnicos não devem se limitar a expor a forma de apuração dos índices de desempenho, traduzida em fórmulas, mas deve, sobretudo, **ASSEGURAR** que a aplicação dessas fórmulas é efetivamente capaz e suficiente para aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do parceiro privado, bem como a viabilidade dos parâmetros que vinculam o montante da remuneração aos resultados atingidos, nos termos do art.10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

DO DESEMPENHO DA CONCESSIONÁRIA.

Em relação ao Anexo VII, que se refere ao desempenho que será exigido da CONCESSIONÁRIA, cuja falta de alcance significará descontos na contraprestação pecuniária, algumas considerações merecem apontamento.

Note-se que os relatórios com as medições das notas de desempenho (notas do QID), serão feitos mensalmente pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE, até o 5º dia do mês subsequente ao vencido. Se assim o VERIFICADOR INDEPENDENTE não proceder, a nota do QID será emitida pela concessionária até o 10º dia do mês subsequente ao vencido (item 1.1., do Anexo VII).

A admissão de pontuação do desempenho pela própria CONCESSIONÁRIA em caso de o Verificador Independente não cumprir sua obrigação tempestivamente deve ser excluída do contrato. É temerária previsão contratual que admite hipótese de falta de compromisso do Verificador Independente contratado. Aliás, ao contratá-lo, o ESTADO deve ser duro na exigência de cumprimento dos prazos, inclusive deve impor penalidades graves para o caso de descumprimento.

Compulsando a minuta do contrato, atenta-se para os seguintes pontos:

a) os custos necessários ao atendimento dos parâmetros mínimos de desempenho serão arcados pela CONCESSIONÁRIA (item 21.2, Anexo V);

b) no 3º, 6º, 9º, 12º, 15º e 20º anos de concessão haverá revisão do Quadro de Indicadores de Desempenho, ou por ocasião de revisões do PLANO DE NEGÓCIOS DA CONCESSIONÁRIA, caso em que o PODER CONCEDENTE poderá alterar os respectivos indicadores, *"unilateralmente ou de comum acordo com a CONCESSIONÁRIA"* (item 21.3, Anexo V); **Cumpra advertir que constitui DEVER do ESTADO alterar os indicadores sempre que tal se revelar necessário à adequação da prestação dos serviços, pelo que não se trata de hipótese que admite consenso entre as partes, o que deve ser regularizado; via de consequência, o item 21.4, que faculta ao PODER CONCEDENTE a revisão**



unilateral do Quadro de Indicadores de Desempenho, também deve ser alterado, pois as hipóteses ali previstas exigem alteração unilateral por parte do ESTADO.

Repise-se, aqui, a observação no sentido de que eventual alteração unilateral do indicador de desempenho que vise à regularizar a prestação ineficiente do serviço não deve dar ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por se tratar de aumento de custos da CONCESSIONÁRIA causado por ela própria.

A contratação do verificador independente para aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA será realizada pelo ESTADO, nos termos previstos na cláusula 22.1 do contrato, deverá se dar via licitação.

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.

Questão delicada em contratações da espécie refere-se aos casos de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. A cláusula 27 da minuta de contrato dispõe que os riscos serão alocados conforme ANEXO XI - SISTEMA DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

Desde logo, cumpre lembrar que, em se tratando de PPP, o equilíbrio econômico financeiro do contrato é considerado de forma diversa das contratações regidas pela Lei Federal nº 8.666/93. Tal se deve considerando que a CONCESSIONÁRIA assume riscos ao contratar com o Poder Público, riscos esses que estão previstos no edital, e, portanto, são de conhecimento prévio do licitante, sendo, inclusive, computados em sua proposta.

Cabe ao administrador público responsável pela construção do projeto PPP adotar a divisão de riscos que entende prudente, desde que concilie a atratividade do interesse da iniciativa privada ao interesse público em jogo. Neste contexto, não pode simplesmente valer-se de uma divisão ou compartilhamento de riscos que atraia a iniciativa privada, deixando de lado o interesse público, tampouco não deve se valer de mecanismos ocultos ou implícitos de distribuição de riscos, quer dizer, a Administração deve se acautelar para não prever riscos para o parceiro privado que possam retornar para a Administração Pública.

A divisão de riscos constitui um dos maiores desafios dos contratos de PPP e depende sobremaneira dos estudos técnicos econômicos que embasaram o modelo de contratação, daí porque cabe a alerta no sentido de que o Administrador Público competente se certifique de que os estudos desenvolvidos no presente caso são mesmo confiáveis.

Vale ressaltar julgado do Tribunal de Contas da União acerca da questão, *in verbis*:

“Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos; evita-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão. Um dos segredos de uma boa execução em um



contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste.

Mais que isso, para uma divisão justa e harmônica dos riscos entre o poder concedente e a concessionária, os eventos posteriores típicos da atividade empresarial – como os derivados de flutuações da demanda ou eventos cambiais financeiros – não devem ser absorvidos pela Administração. Eles são característicos do próprio empreendedorismo e são mais eficientemente gerenciados pelo particular. Também este é o caso dos riscos que podem ser absorvidos por seguros privados, em face da possibilidade real de serem aferidos no mercado, e, por sua vez, passíveis de consideração nos investimentos no fluxo de caixa dos empreendimentos. Neste último caso, portanto, não se trataria de evento cuja álea esteja coberta pela teoria da imprevisão.” (In Acórdão 1928/2011-Plenário, Dou 01/08/2011)

Segundo Maurício Portugal e Lucas Navarro Prado, “sempre que o risco se referir a evento anódino à conduta do contratado (inclusive no que concerne ao conhecimento do próprio risco) e não puder ser por ele gerenciado adequadamente – mediante a contratação de seguros, por exemplo -, convém carregá-lo ao setor público, pois, dessa forma, seu preço só será repassado à Administração Pública (e, no caso das concessões comuns, aos usuários) se e quando o sinistro ocorrer. Em suma, quando o parceiro privado não puder gerenciar um dado risco, convém atribuí-lo à Administração Pública. Daí por que é comum que contratos administrativos atribuam os riscos relativos a eventos de força maior ou caso fortuito à Administração Pública.” (in Comentários à Lei de PPP, 1ª edição, p.119/120)

Nos termos do item 2.1.7 do ANEXO XI, é risco do ESTADO a ocorrência de eventos de força maior e caso fortuito, “exceto quando seu seguro possa ser contratado junto a instituições seguradoras no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento”. Mais à frente, no item 4.5, “na ocorrência de caso fortuito ou força maior, cujas consequências não sejam cobertas por seguro em condições comerciais viáveis, as partes acordarão se haverá lugar à reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou à extinção da concessão”.

Cabe a esta Casa observar que o contrato se vale de um conceito indeterminado, passível de conflitos de interpretação, quando condiciona a responsabilidade da Concessionária à viabilidade de cobertura do evento “em condições comerciais viáveis”, o que deve ser esclarecido na minuta.

Ressalte-se, aqui, a advertência do TCU, no sentido de que “É indubitável que a leitura das condições de desequilíbrio no contrato não podem ensinar qualquer nuvem de subjetividade na interpretação do ajuste”. (Acórdão 1928/2011)

Sabe-se, ademais, que a divisão de riscos atrelada à viabilidade de se ter o evento segurável é prática que vem sendo adotada em contratos desta natureza, inclusive objeto de estudo de Maurício Portugal e Lucas Prado, acima colacionado. Todavia, é dever desta Casa alertar quanto à existência de corrente doutrinária que defende o compartilhamento de riscos entre o Poder Público e o parceiro privado nas hipóteses de caso fortuito/força maior, de modo que não sendo segurável o evento, eventuais danos dele decorrentes sejam divididos entre as partes.



Com efeito, esta Casa sugere avaliação do modelo adotado quanto à necessidade de melhor delineamento da exceção à alocação do risco para o ESTADO em caso de força maior/caso fortuito, de modo que se esclareça o que se exige como evento segurável ou não (o que se compreende por “*condições comerciais viáveis*”), bem como para **adotar o compartilhamento entre a PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA nos casos de eventos não seguráveis no mercado**. Uma regra clara e pré-fixada evita qualquer conflito que possa eventualmente surgir entre as partes quanto à alocação do risco em questão.

Da análise dos mecanismos previstos no referido ANEXO XI, note-se que, em relação ao risco decorrente do aumento de preço nos insumos para a execução das obras e serviços (**item 3.1.1, Anexo XI**), o modelo adotado prevê como sendo da CONCESSIONÁRIA, salvo se decorrente de alterações tributárias (exceto impostos incidentes sobre a renda ou lucro).

Observa-se que o **item 2.1.6 do Anexo XI** atribui ao ESTADO o risco nos casos de “*mudança na legislação tributária que altere os custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto imposto incidente sobre a renda ou lucro.*”

De fato, será devido o reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor da CONCESSIONÁRIA se há aumento da carga tributária, eis que se trata de evento anódino à conduta da contratada. Havendo, contudo, redução da carga tributária ou de encargos legais, decorrente de qualquer incentivo, programa ou regime especial de tributação, possui o ESTADO direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato, **por se tratar de hipótese de redução dos custos da CONCESSIONÁRIA que não decorreu de sua eficiência empresarial**.

A título de ilustração, menciona-se posicionamento do Tribunal de Contas da União, acerca da isenção concedida pela Lei Federal nº 12.350/2011, no âmbito de parcerias relacionadas com a Copa do Mundo, oportunidade na qual se defendeu a obrigatoriedade de se promover o reequilíbrio econômico financeiro em favor dos entes federados concedentes nos casos de desoneração tributária, sob pena de enriquecimento ilícito das concessionárias beneficiadas com a redução de seus custos. (*in* Acórdão 934/2013 – Plenário – Relator Ministro Valmir Campelo - Ata 13/2013 – Sessão de 17/04/2013; Acórdão 574/2013, Plenário, Ata 09/2013, Sessão 20/13/2013)

Com efeito, esta Casa sugere alteração do **item 2.1.6 do Anexo XI**, de modo que o ESTADO assumira tão somente o risco em caso de **aumento** dos custos da CONCESSIONÁRIA, decorrente de criação de novos tributos, ou aumento dos já existentes, ou **AUMENTO** dos encargos legais inicialmente previstos, que gerem impacto no Plano de Negócios de forma desfavorável à contratada.

A extinção/redução de tributos ou encargos legais ou qualquer outro programa/regime especial de tributação que reduza os custos da CONCESSIONÁRIA deverão ensejar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do PODER CONCEDENTE. Daí porque tais eventos se encontram alocados como risco assumido pelo ESTADO de forma inapropriada (**item 2.1.6**), exigindo-se, pois, regularização.

Do mesmo modo, o **item 2.1.5 do Anexo XI**, que atribui ao ESTADO o risco em caso de “*redução de custos da CONCESSIONÁRIA, decorrente de incentivos ou facilidades de qualquer gênero oferecidos pelo PODER CONCEDENTE, demais entes da federação ou*



entidades integrantes de sua administração indireta, tais como benefícios oriundos da celebração de convênios, de incentivos fiscais, de transferência de conhecimento, de disponibilização ou subsídio de serviços necessários sem ônus para a CONCESSIONÁRIA, dentre outros", merece regularização, no sentido de ser excluído ou realocado para a Parte III, item 5 – disposições gerais.

Esclarece-se que a sugestão de exclusão dos itens 2.1.5 se deve ao fato de que não trata de hipótese que deva ser alocada como risco da CONCESSIONÁRIA, já que, neste caso, a parceira privada não terá prejuízo algum a demandar reequilíbrio das condições inicialmente pactuadas. Pelo contrário, evidencia-se só ganho da CONCESSIONÁRIA, não decorrente de sua eficiência empresarial, daí porque não pode o ESTADO abrir mão do reequilíbrio a seu favor, sob pena de enriquecimento indevido da CONCESSIONÁRIA.

Ora, via de regra, se os custos da CONCESSIONÁRIA, que foram considerados em sua proposta, deixam de existir ou são reduzidos em decorrência de fatos não atrelados à sua eficiência empresarial, o valor contratual deve se adequar à nova realidade do contrato, para fins de se manter as condições inicialmente pactuadas pelas partes, sob pena de desequilíbrio, e, portanto, prejuízo para o ESTADO e enriquecimento ilícito da CONCESSIONÁRIA.

Em suma, toda e qualquer redução de custos da CONCESSIONÁRIA que não decorra de seu esforço empresarial deve ensejar reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do PODER CONCEDENTE, sob pena de enriquecimento ilícito da parceira privada. Aliás, tal premissa decorre da própria Lei de Licitações e do próprio conceito de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, que nada mais é do que possibilitar a manutenção das condições iniciais pactuadas pelas partes, razão pela qual deve ser observada na alocação dos riscos da presente PPP.

Neste contexto, vale lembrar que, ao lado dos fatos descritos no item 2.1.6 em comento, eventuais mudanças na legislação regulatória dos serviços objeto da concessão, que também **reduzam** custos da CONCESSIONÁRIA, devem ensejar reequilíbrio econômico financeiro em favor do ESTADO.

Já em relação às inovações tecnológicas impostas pelo PODER CONCEDENTE (item 2.1.2, Anexo XI), se, num primeiro momento ensaja o reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor da CONCESSIONÁRIA (para fins de recompensá-la pelos custos advindos da implementação da nova tecnologia), em um segundo momento, **os ganhos de eficiência decorrentes justamente de tal nova tecnologia, que impliquem em redução dos custos da CONCESSIONÁRIA, devem ensejar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do ESTADO, o que deve ser avaliado para inclusão na minuta.**

Com efeito, para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato deverão ser considerados os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, a exemplo da redução de tributos, encargos legais ou novas regras sobre os serviços, **o que merece previsão expressa no contrato.**

A necessidade de previsão expressa se deve, inclusive, ao fato de que o modelo não prevê revisão periódica das tarifas, em prol da modicidade tarifária. Não obstante, se há previsão de reequilíbrio econômico financeiro em favor do ESTADO, em caso de redução dos custos da CONCESSIONÁRIA não decorrente de sua eficiência empresarial, note-se que tal



poderá se dar via revisão tarifária, garantindo-se, assim, benefício aos usuários aliado a uma remuneração justa da CONCESSIONÁRIA.

Sobre o tema, o TCU já advertiu quanto à necessidade de criação de um mecanismo de revisão periódica da tarifa, para assegurar uma remuneração justa à Concessionária, levando em consideração a estrutura de custos e receitas, bem como, o atual custo de oportunidade do negócio, de modo que, ao longo da concessão, os usuários compartilhem com a CONCESSIONÁRIA os ganhos e os custos extraordinários advindos da exploração da rodovia, bem como, os benefícios e ou prejuízos advindos da situação econômica do país. A partir daí, o Tribunal determinou ao Poder Público que *“inclua cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos decorrentes da produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos/despesas da Concessionária, bem como, as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio.”* (in Acórdão 2104/2008)

Salvo engano, o modelo adotado não prevê o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, conforme previsão da Lei Federal nº 11.079/04 (art.5º, inciso IX), o que, neste contexto, deve ser avaliado.

Em relação aos riscos alocados para a CONCESSIONÁRIA, apenas a título de esclarecimento, esta Casa sugere nova redação ao item 3.1.12, para que conste *“mudanças dos projetos apresentados pela CONCESSIONÁRIA que não tenham sido solicitados pelo PODER CONCEDENTE, ou quando solicitados para adequação à legislação em vigor ou aos padrões exigidos pelo PODER CONCEDENTE.”*

Quanto à forma pela qual será implementado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal poderá ocorrer mediante revisão geral dos valores ou da fórmula de cálculo da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, alteração do prazo da concessão (observado o limite legal para contratações de PPP), revisão do cronograma de investimentos da CONCESSIONÁRIA, alteração das obrigações contratuais da CONCESSIONÁRIA, pagamentos diretos à CONCESSIONÁRIA, ou *“outra forma definida em comum acordo entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA que altere o fluxo de caixa da CONCESSIONÁRIA”*.

Em primeiro lugar, cabe ao PODER CONCEDENTE a escolha pela medida que melhor atende ao interesse público, não se admitindo a escolha por acordo entre as Partes, o que deve ser regularizado no item 6.5, anexo XI.

De igual modo, questiona-se a definição conjunta das projeções de demanda em caso de reequilíbrio via extensão do prazo da concessão.

Apenas para ilustrar, Maurício Portugal e Lucas Navarro asseveram que *“a supremacia da Administração deve permitir ao Poder Público escolher qual, dentre essas formas, deve ser utilizada para a realização de eventual reequilíbrio do contrato, vez que, apesar de se tratar de questão econômico-financeira, não é alheia às regulatórias”*, consideradas como direitos indisponíveis, não sujeitos, pois, a negociação. (in Comentários a Lei de PPP, 1ªed., p.290).



O contrato reflete o regramento estabelecido pelo Decreto nº 7.624/2011, que, ao tratar da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mediante seu art. 18, prevê quatro medidas que seriam diretamente aplicáveis ao presente caso, acrescentando, por meio do seu §1º, depender a última de prévia anuência da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, nas concessões federais. Porém, o *caput* do artigo em comento não exclui a possibilidade de outras cabíveis, conforme exposto abaixo.

Art. 18. Sem prejuízo do disposto no art. 7º, caberá ao poder concedente estabelecer a forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em favor do poder concedente ou do concessionário, podendo ser utilizadas as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, sem a exclusão de outras cabíveis:

I – revisão do valor das tarifas;

II – alteração do prazo da concessão, observado o disposto no art. 6º;

III – alteração das obrigações contratuais da concessionária;

IV – revisão da contribuição devida pelo concessionário, no caso de concessão comum; e

V – revisão da contraprestação pecuniária do parceiro público, no caso de parceria público-privada.

§ 1º Nas concessões federais, a utilização das medidas descritas nos incisos IV e V do caput dependem de prévia anuência da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. (destacamos)

Ressalte-se que somente caberá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos em que a ocorrência dos fatos ali arrolados resultar em variação do fluxo de caixa projetado do empreendimento, observada a distribuição dos riscos definida pelo modelo.

Não basta, por exemplo, que ocorram revisões nos parâmetros e medidores de desempenho pelo PODER CONCEDENTE, impondo-se, neste caso, a COMPROVAÇÃO EFETIVA dos encargos adicionais decorrentes que implicaram na variação do fluxo de caixa.

Para tanto, o item 7.2 do Anexo XII se vale de mais uma fórmula, cuja viabilidade técnica deve ser certificada pela equipe técnica responsável, de modo que a autoridade competente tenha segurança quanto aos critérios adotados para regular reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O item 6.8 do Anexo XI prevê que o pedido de reequilíbrio deve ser instruído com relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto financeiro verificado ou projetado na conta caixa da CONCESSIONÁRIA, com consequente variação do fluxo de caixa. O PODER CONCEDENTE, por sua vez, poderá requisitar outros documentos, assim como laudos econômicos específicos.

De fato, a apuração do impacto do evento no fluxo de caixa da CONCESSIONÁRIA não parece ser tarefa fácil, notadamente quando a Administração se



depara com a necessidade de averiguar as despesas apresentadas pela CONCESSIONÁRIA para fins de recomposição do equilíbrio contratual, o que, não raras vezes, dá-se quando já ocorrido o evento e já realizadas as despesas pela parceira privada.

Daí porque vale chamar a atenção do administrador para a necessidade de o ESTADO estruturar-se tecnicamente, para que tenha condições de analisar eventuais laudos técnicos e econômicos que sejam apresentados pela CONCESSIONÁRIA. Aliás, a criação de mecanismos internos para controle das despesas da CONCESSIONÁRIA em situações ensejadoras de reequilíbrio econômico-financeiro é medida que se impõe, em prol de uma adequada aplicação de recursos públicos.

No que tange à recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente de novos investimentos ou serviços solicitados pelo PODER CONCEDENTE e não previstos no contrato (item 3.1.4, Anexo XI), cumpre alertar para o fato de que o ESTADO não pode solicitar novos investimentos ou serviços que fujam ao objeto da concessão administrativa. Em outras palavras, “**novos**” investimentos ou “**novos**” serviços só podem ser solicitados pelo ESTADO se estiverem dentro do escopo contratual, sob pena de inovação de objeto, não admitida em lei.

DA GARANTIA OFERECIDA PELA CONCESSIONÁRIA

A garantia exigida (R\$ 4.500.000,00) à concessionária está em consonância com o limite máximo de 10% do valor do contrato, nos termos do art.56, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93, competindo à Administração apresentar justificativa técnica na qual demonstre a compatibilidade entre a garantia e os ônus e riscos envolvidos na presente concessão administrativa, especialmente por conta do vulto e complexidade de seu objeto.

As modalidades de garantia admitidas no contrato são aquelas previstas no art.56 da Lei 8.666/93.

Vejamos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵, em obra já mencionada:

“Na realidade, a lei prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

O primeiro tipo de garantia é comum nas várias modalidades de contratos administrativos, abrangendo a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o seguro-garantia e a fiança bancária (art. 56, §1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 26 da Lei 11.079). Nas duas modalidades de concessão (patrocinada e administrativa), o contrato deverá prever “a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e

⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p172/173. 2005.



compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666, de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8987, de 1995.

Neste contexto, cabe advertir que as regras de liberação da garantia previstas no contrato devem estar fixadas em proporção ao valor investido pelo parceiro privado.

DOS SEGUROS

O contrato prevê, ainda, os seguros mínimos que a CONCESSIONÁRIA deverá contratar e manter em vigor ao longo do prazo da concessão, cujas exigências foram fixadas pela equipe técnica no exercício da discricionariedade.

Como o ESTADO não fixa os valores dos seguros, cabendo à CONCESSIONÁRIA calculá-los, preocupa o fato de como o PODER CONCEDENTE poderá cobrar ou se insurgir contra determinado seguro contratado pela parceira privada, na hipótese de entender insuficiente o valor segurado. **Adverte-se pela possibilidade de tal premissa ensejar divergências de interpretação, o que, portanto, merece avaliação da equipe técnica responsável pelo presente modelo.**

DOS CASOS DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

O contrato prevê os casos de extinção do contrato de concessão, assim arrolados: término do prazo de vigência do contrato, encampação, caducidade, rescisão, anulação, recuperação judicial ou extrajudicial, falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA (Cláusula 41.1).

Eis o que dispõe a Lei Federal nº 8.987/95 a respeito da indenização devida à CONCESSIONÁRIA em caso de extinção da concessão, *in verbis*:

“ Art.35: Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II – encampação;

III – caducidade;

IV- rescisão;

V- anulação; e

VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

...

§4º - Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e



avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária nos termos do art.36 e 37 desta lei."

"Art.36 – A reversão do advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade do serviço concedido.

Art.37 – Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Art.38 – A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art.27 e as normas convencionadas pelas partes.

...

§4º - Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§5º - A indenização de que trata o parágrafo anterior será devida na forma do art.36 desta lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária."

Com efeito, qualquer indenização em favor da CONCESSIONÁRIA deve ocorrer nos estritos limites previstos nos artigos 35 a 38 da Lei Federal nº 8.987/95, quer dizer, limitada às parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade do serviço concedido.

A ideia é a de que, se a aquisição dos bens visa a garantir a continuidade e atualidade da concessão, à CONCESSIONÁRIA deve ser assegurada a indenização caso não amortizados a tempo do término do contrato, pois, do contrário, a reversão dos bens dar-se-á com enriquecimento ilícito do ESTADO. *Mutatis mutandis*, se o bem não é tido como imprescindível à continuidade da concessão, a indenização não se justifica, até mesmo porque poderá ser excluído da reversão dos bens em favor do ESTADO, ao final da concessão.

A cláusula 42.2 dispõe que, em caso de extinção da concessão por advento de termo contratual, a CONCESSIONÁRIA não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos bens da concessão. Assim, é dever da CONCESSIONÁRIA prestar os serviços de forma adequada, valendo-se de todos os bens e recursos necessários para tanto, caso em que, via de regra, as respectivas despesas já foram computadas em sua proposta.

Neste contexto, justificar-se-á a indenização dos bens não amortizados ou depreciados a tempo do término do contrato, somente se a aquisição já não pudesse ser



computada na proposta da CONCESSIONÁRIA, e desde que imprescindível à continuidade e atualidade da prestação dos serviços objeto da concessão. **Quer dizer, os bens tidos como necessários ao ativo da CONCESSIONÁRIA já à época da proposta (e, portanto, previsíveis), não são passíveis de indenização.**

De todo modo, sugere-se que eventual aquisição de bens, ao final da concessão ou na proximidade de seu término, cujos valores não possibilitem a amortização a tempo da extinção do contrato, ainda que sejam adquiridos para garantir a continuidade da regular prestação do serviço, seja precedida de autorização do PODER CONCEDENTE, de modo que este tenha oportunidade de averiguar a efetiva necessidade e sua "imprevisibilidade". **Recomenda-se, pois, melhor avaliação do tema e inclusão de cláusula neste sentido no contrato.**

A adoção do critério de avaliação da indenização adotada nas **cláusulas 43.3 (encampação) e 44.9 (caducidade)**, que leva em consideração o valor contábil dos bens (e não o valor de mercado), por sua vez, constitui opção administrativa, **que, de todo modo, deve ser justificada.**

Em relação à encampação, considerando a indenização prevista em lei (Lei Federal nº 8.987/95), não há de se cogitar de **indenização por danos** emergentes e lucros cessantes, tampouco de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do rompimento dos respectivos vínculos contratuais. **Recomenda-se, portanto, a exclusão das cláusulas 43.2.2, alíneas iii e iv.**

No que tange à caducidade, note-se que as hipóteses previstas na **cláusula 44.1** são meramente exemplificativas, remanescendo ao ESTADO a possibilidade de extinguir o contrato em caso de inadimplemento da CONCESSIONÁRIA, demonstrado concretamente.

A indenização devida à CONCESSIONÁRIA, em caso de caducidade, prevista na **cláusula 44.7.1**, está limitada ao valor dos investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não amortizados, nos termos da Lei Federal nº 8.987/95.

A **cláusula 44.7.2** (dos descontos na hipótese de indenização no advento da caducidade) é de extrema importância, inclusive deve ser prevista nos demais casos de extinção do contrato. Trata-se da previsão de descontos de todos os valores eventualmente devidos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, a título de multas ou prejuízos, além de quaisquer valores recebidos pela parceira privada a título de cobertura de seguros, do montante da indenização.

Com efeito, **recomenda-se que, em todos os casos de extinção do contrato, a indenização deverá ser paga mediante o desconto de qualquer valor devido pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, a título de multas não quitadas, eventuais débitos e seguros recebidos.**

Em relação da rescisão contratual a cargo da CONCESSIONÁRIA, a indenização será devida nos termos em que prevista para o caso de extinção do contrato por encampação.

Ratifica-se, por oportuno, a necessidade de se prever os descontos do montante da indenização, de todo e qualquer débito da CONCESSIONÁRIA perante o PODER



CONCEDENTE, o que deve constar, portanto, da cláusula 45.4.2, que se limitou aos descontos de valores fruto de cobertura de seguros.

No tocante à rescisão contratual amigável, assim discorre Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluíes contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem ser opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao "foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais". Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isto não trazer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregue a Administração com os ônus de uma demanda judicial."

Recomenda-se, contudo, que, em caso de rescisão amigável, eventuais pagamentos a serem realizados em favor da CONCESSIONÁRIA se limitem "ao valor dos investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não amortizados", conforme determina a lei para os casos de extinção do contrato, sem, portanto, compartilhamento dos gastos e as despesas decorrentes. A cláusula 45.4 merece, assim, ser adequada à legalidade.

Conforme já ressaltado, mas não custa repisar, também no caso de rescisão do contrato de concessão, amigável ou judicial, deverão ser descontados da indenização quaisquer valores devidos pela Concessionária ao PODER CONCEDENTE (por ex., multas, indenizações), eis que o ESTADO não está autorizado a abrir mão de recursos devidos pela parceira privada. A minuta está omissa neste aspecto, o que deve ser regularizado.

Na hipótese de extinção do contrato por falência, recuperação judicial ou extrajudicial, o contrato também deve prever sobre a indenização, nos termos do art.36 da Lei Federal nº 8.987/95, descontando-se, de qualquer forma, todo e qualquer débito da Concessionária perante o PODER CONCEDENTE. Com efeito, sugere-se inclusão de cláusula neste sentido.

Em relação à cláusula 46.1, sugerimos a exclusão do "somente" ali previsto, e, pois, nova redação: "O CONTRATO poderá ser anulado por decisão judicial, na hipótese de ocorrência de ilegalidade que caracterize vício insanável." Assim, afasta-se qualquer interpretação impeditiva da anulação do contrato pela Administração Pública, no exercício da autotutela administrativa.

Note-se que a cláusula 46.2 trata de hipótese de anulação do contrato pela Administração em caso de nulidade constatada na licitação ou no contrato, caso em que a indenização prevista será aquela devida em caso de encampação. Alerta-se, contudo, que o contrato deve ressaltar o pagamento de indenização se a ilegalidade puder ser imputada de forma exclusiva à CONCESSIONÁRIA, e, no caso de esta ter concorrido para a ilegalidade, o pagamento deve se dar proporcionalmente à participação de cada Parte.



Adota-se, aqui, a lógica defendida por MARÇAL JUSTEN FILHO, em análise do art.59 da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que o particular não deve ser beneficiado quando tiver atuado visando à fraudar a lei, nem poderá ser protegido quando existir infração clara e inquestionável ao Direito, que pudesse e devesse ser de seu conhecimento. (*in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15ª Ed., p.856)

Ou como bem asseverado pelo Superior Tribunal de Justiça, “o dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas razões na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou o contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.”(in RESP nº 579.541/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 19/04/2004).

A vedação, portanto, à indenização em favor da CONCESSIONÁRIA que tenha concorrido para a ilegalidade, é questão de moralidade e deve constar do contrato. **Recomenda-se inclusão de cláusula neste sentido.**

DA INTERVENÇÃO

No que tange à intervenção prevista na **cláusula 36** da minuta, trata-se de previsão que se encontra em conformidade com os arts. 32 e 33 da Lei Federal nº 8.987/95.

A **cláusula 36.6.1** da minuta não está clara quanto à indenização devida em caso de extinção da concessão decorrente da intervenção, o que deve ser regularizado. Considerando as causas da intervenção, eventual indenização devida à CONCESSIONÁRIA deve se equiparar à indenização prevista no contrato para o caso de extinção do contrato por caducidade, observados os descontos de todos os débitos existentes perante o PODER CONCEDENTE.

Em relação à **cláusula 47.5**, que prevê a designação de uma comissão para recebimento da exploração do AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA, formada por três membros, ressalte-se que, por se tratar de avaliação e verificação das condições da concessão e respectivos bens reversíveis, a comissão deve ser formada por membros **EXCLUSIVAMENTE** do ESTADO, livres de qualquer intervenção da CONCESSIONÁRIA.

DAS MULTAS E PENALIDADES

O contrato, ainda, dispõe sobre as sanções administrativas aplicáveis à CONCESSIONÁRIA em caso de inadimplemento parcial ou total das suas obrigações.

No Anexo VIII, a Administração, no exercício da discricionariedade, já define as infrações, com previsão das respectivas penalidades.

Sempre que o PODER CONCEDENTE se deparar com a necessidade de aplicar uma penalidade que não esteja expressamente tipificada no contrato, deverá ser valer dos parâmetros previstos no contrato, de modo que a penalidade seja condizente com a infração. O risco de se aplicar uma penalidade desarrazoada é alto se o contrato apenas prevê um valor fixo, desprovido de qualquer avaliação quanto aos danos resultantes da infração.



Todos os atos da Administração, na condução do processo administrativo, devem ser praticados com vistas à obtenção de um resultado razoável e proporcional à finalidade a que se dirige. Tal exigência visa a inibir o abuso de poder e o arbítrio da autoridade, assim como garante ao administrado a fruição de seus direitos e interesses legítimos.

Com efeito, quando a Administração impõe penalidade, deve, necessariamente, atuar pautando-se pelas balizas da necessidade e da adequação. A utilização imoderada da competência punitiva induz a ilegalidade, com grande probabilidade ao arbítrio. Portanto, no presente caso, o ESTADO, ao impor sanções durante o desenrolar da concessão administrativa, sempre, deve pronunciar pena que se coadune com a gravidade da falta imputada, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade..

Em relação ao Anexo VIII (item 4 - a menção ao item IX deve ser retificada, pois não há este item), esta Casa não compreende a razão de a CONCESSIONÁRIA ter direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em caso de o ESTADO aplicar-lhe penalidade por recusa a atender prontamente qualquer determinação do PODER CONCEDENTE. Eventual reequilíbrio econômico, *in casu*, somente é juridicamente viável em favor do PODER CONCEDENTE, se a negativa da CONCESSIONÁRIA de atender a determinação do ESTADO implicar em prejuízos para este. Impõe-se, pois, regularização do item 4 do Anexo IX.

No que tange a cláusula 37, esta Casa sugere a inclusão de previsão expressa de reincidência, e suas consequências, para o caso de a CONCESSIONÁRIA cometer uma mesma infração mais de uma vez. A CONCESSIONÁRIA deve ser punida pela prática reiterada de uma mesma infração, além do que o agravamento da penalidade é uma forma de incentivá-la a tomar medidas preventivas para evitar nova infração.

Sugere-se, por fim, avaliação quanto à inclusão de sanção específica para o caso de apuração irregular dos dados para fins de apuração do desempenho, com respectiva penalidade.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

No que tange ao processo administrativo a ser instaurado para aplicação de penalidades, ressalte-se que os prazos para defesa e recurso da CONCESSIONÁRIA devem ser aqueles previstos em lei, a exemplo da Lei nº 14.184/2002, que dispõe sobre regras gerais acerca do processo administrativo no âmbito estadual, ressalvadas legislações específicas, como a Lei Federal nº 8.666/93.

Sugere-se inclusão, na cláusula 38.9, de previsão de agravamento da penalidade em caso de reincidência.

A cláusula 38.9.1 merece regularização para melhor definição de sanção continuada.

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

O contrato prevê os direitos e deveres dos USUÁRIOS diretos dos serviços, que deverão ser observados e exigidos, respectivamente, pela CONCESSIONÁRIA durante toda a execução da concessão.



DAS OBRIGAÇÕES DO PODER CONCEDENTE

Ressalte-se a necessidade de esclarecimento e delimitação da obrigação prevista na cláusula 32.4, no sentido de “o PODER CONCEDENTE colaborar com as entidades financiadoras da CONCESSIONÁRIA, para salvaguarda do respectivos direito de crédito.” Trata-se de cláusula aberta, que merece regularização.

DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

Encontram-se delineadas na cláusula 31, sem qualquer ressalva.

DA ARBITRAGEM E DO FORO

Segundo a cláusula 40.1 “ Eventuais divergências entre as partes (...) que não tenham sido solucionadas amigavelmente serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (...)”

De fato, o art.11 da Lei Federal nº 11079/04 autoriza a arbitragem. Do mesmo modo, o art.13 da Lei nº 14.868/2003, cujos termos devem ser observados.

Todavia, é dever desta Casa ressaltar que a utilização da arbitragem para solução de toda e qualquer divergência entre as Partes tem sido interpretada com cautela no âmbito do Tribunal de Contas da União, cuja jurisprudência mais recente tem admitido-a com ressalva em relação a direitos indisponíveis, senão vejamos:

“No âmbito do TCU, a previsão de arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003-2ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por termos aditivos. Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza.

... No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (objeto da determinação da proposta no subitem c.7), comungo do entendimento da unidade técnica no sentido de que, consoante o disposto nas Leis nºs 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público.

É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o que é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação de arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível.

Lembro que a aplicabilidade do instituto em tela tem sido considerada com bastante parcimônia por parte do Tribunal, dirigida apenas a questões marginais, não albergados direitos públicos indisponíveis de que é exemplo a concessão de serviços públicos.” (in Acórdão 1796/2011 – Plenário, Dou 11/07/2011).



Por outro lado, vale trazer à colação os ensinamentos de Maurício Portugal e Lucas Navarro acerca do tema, que sintetizam todos os questionamentos da doutrina e jurisprudência quanto à utilização da arbitragem em contratos de PPP, para, ao final, admiti-la, **com ressalva das questões de ordem regulatória, in verbis:**

“A Lei de PPP, ao prever expressamente o uso da arbitragem nos contratos de PPPs, resolveu a controvérsia quanto à sua possibilidade em contratos que envolvem o Poder Público. Deixou, contudo, intactas outras discussões em torno do tema, cuja solução ficará a cargo dos práticos do Direito, doutrina e jurisprudência.

Dessas controvérsias, sobressai a que trata dos limites de aplicação de arbitragem em contratos administrativos. Sua origem entre nós é a ideia de que a arbitragem só pode ser utilizada em conflitos que envolvem direitos disponíveis, que ganhou, aliás, foro legal com a aprovação do art. 1º da Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem). Essa ideia, em conjunto com uma visão mítica de que a Administração não teria possibilidade de dispor sobre interesses cuja proteção lhe seja atribuída, levou ao desenvolvimento da tese da incompatibilidade dos contratos administrativos com a arbitragem. A previsão legal expressa da arbitragem em contratos administrativos força, agora, a doutrina a rever o mito.

Vale ressaltar ser comum nos contratos de concessão a realização de procedimentos de revisão durante os quais, muitas vezes, ocorre extensa renegociação pela Administração Pública. Na experiência brasileira recente, diversas vezes Agências Reguladoras renegociaram contratos de concessão, modificando, entre outros, os planos de investimento que os integravam, valor da tarifa e obrigações da Administração neles previstas.

Nesses procedimentos de revisão contratual, sob o manto da necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração negocia com o concessionário e dispõe sobre os meios e formas para reequilibrar o contrato. Negar a natureza negocial desses procedimentos e que neles ocorra disposição assuntos relacionados com o interesse público seria tentar mascarar sol com peneira. Também não resolve a questão a distinção, neste caso de efeitos escolásticos, entre ‘interesse público’ e ‘interesse da Administração’.

É a esse tipo de procedimento que, na nossa opinião, a arbitragem pode ser aplicada. Em relação aos contratos administrativos, sem qualquer prejuízo e sem qualquer alteração de um estado de fato, é preciso assegurar a possibilidade de os agentes públicos, dentro de determinados limites, realizarem negociação, e, por isso, disporem sobre questões de interesse público.

Uma maneira um pouco mais realista de enfrentar a questão é a sugerida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: dizer que a Administração Pública não negocia o interesse público, mas os meios de melhor atingi-lo. Isso converte os interesses públicos em fins abstratos, cujos meios para consecução podem ser objeto de negociação. Nessa visão, o cerne da discussão desloca-se para a definição do exato lugar em que se põe a linha entre o fim – o interesse público – e os meios para atingi-lo.



De qualquer modo, haveria dois limites para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão. O primeiro seria a supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia. Como titular – e responsável, em última análise, pela prestação do serviço –, cabe à Administração determinar as características do serviço, seus níveis de qualidade e de segurança. Cabe-lhe também zelar pela manutenção de condições de continuidade. Descaberia, por isso, a utilização da arbitragem em controvérsias sobre as assim chamadas ‘cláusulas regulamentares’ do contrato. A utilização da arbitragem não deve resultar em restrição ou limitação do poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido.

Contudo, parece-nos perfeitamente cabível a arbitragem sobre questões econômico-financeiras resultantes ou não de alterações em cláusulas regulamentares. A proteção às condições econômicas em que tenha sido celebrado o contrato torna a questão da quebra do equilíbrio e dos valores envolvidos no eventual reequilíbrio independente da supremacia da Administração relativa aos aspectos regulatórios e ao seu poder de polícia.” (in op.cit., p.289/290. Grifos nossos)

Com efeito, diante da jurisprudência do TCU, recomenda-se avaliação quanto à adoção da arbitragem prevista na minuta de contrato, eis que, a despeito de ser autorizada em lei (observado, pois, o Princípio da Legalidade), não está livre de questionamento por partes dos órgãos de controle.

Em relação à exclusão da arbitragem das questões sujeitas à análise do COMITÊ TÉCNICO, cumpre lembrar, mais uma vez, que eventual parecer do COMITÊ não deve vincular a decisão do PODER CONCEDENTE, a quem cabe a palavra final acompanhada de motivação, o que, portanto, deve ser considerado para determinação da regra de arbitragem.

DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DO DECRETO Nº 7.624 DE 22 DE NOVEMBRO DE 2011

Deverão ser observadas TODAS AS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS, exigidas pelo Decreto n.º 7.624/2011, de forma a inserir as cláusulas não existentes no contrato e adaptar as análogas, incluindo as seguintes:

- Art. 4º O concessionário deverá prestar serviço adequado aos usuários e observar as normas legais e regulamentares relativas a aspectos técnicos e de segurança sobre aviação civil, especialmente as expedidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e pelo Ministério da Defesa, por meio do Comando da Aeronáutica - COMAER, bem como as disposições do contrato de concessão.
- Art. 5º Os aeródromos concedidos poderão ser usados por quaisquer aeronaves, sem distinção de propriedade ou nacionalidade, mediante o ônus da utilização, salvo se, por motivo operacional ou de segurança, houver restrição de uso por tipos de aeronaves ou serviços aéreos específicos, sendo vedada a discriminação de usuários.



- Art. 7o Na exploração de aeródromo concedido, as tarifas aeroportuárias serão aplicadas conforme regime tarifário estabelecido pela ANAC.

§ 1º O regime tarifário dos contratos de concessão deverá prever a transferência de ganhos de eficiência e produtividade aos usuários, e considerar aspectos de qualidade na prestação de serviço.

§ 2o Os valores tarifários serão reajustados anualmente, por um índice de preços ao consumidor.

- Art. 13. Os recursos derivados das concessões realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, deverão ser aplicados no desenvolvimento e fomento das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica, incluindo outros aeródromos do respectivo Plano Aeroviário ou infraestrutura de acesso viário a aeródromos.

- Art. 14. Nos contratos de concessão, constarão as cláusulas estabelecidas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 5º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, no que couber, além de cláusulas relativas;:(...)

IV - às regras para assunção do controle da concessão por parte dos financiadores;(...)

VI - às garantias securitárias em relação aos bens e à responsabilidade civil;

VII - à qualidade dos serviços prestados pela concessionária na execução do contrato;

VIII - aos bens da concessão e à especificação patrimonial da área do aeródromo;

IX - à destinação das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade;

X - à cessão de espaços e direitos de construir, manter, operar ou usar a infraestrutura do aeródromo;

XI - aos critérios de divisão de receitas, no caso de concessão de partes de um aeródromo; e

XII - às condições necessárias para a atuação dos órgãos públicos no aeródromo.

- Art. 16. A critério da ANAC, poderá ser limitada a participação direta ou indireta de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo no capital do concessionário, bem como a participação deste ou de seus sócios, direta ou indiretamente, no capital de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.

Parágrafo único. Nos casos de concessões realizadas por Estados, Distrito





Federal e Municípios, a participação de empresas, conforme previsto no caput, deverá ser submetida à prévia aprovação da ANAC.

- Art. 17. O poder concedente deverá estabelecer condições para a transferência da titularidade da concessão ou do controle acionário da concessionária.

§ 1º O poder concedente poderá estabelecer prazo mínimo durante o qual será vedada a transferência de que trata o caput.

§ 2º Para fins de obtenção da transferência, o interessado deverá:

I - comprovar o atendimento a todos os requisitos da concessão, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira exigidas no edital; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 3º O poder concedente estabelecerá condições sob as quais será autorizada a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, observado o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 4º Para o cumprimento do disposto no caput, serão também consideradas como transferência de controle acionário as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias.

§ 5º A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

- Art. 18. Sem prejuízo do disposto no art. 7º, caberá ao poder concedente estabelecer a forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em favor do poder concedente ou do concessionário, podendo ser utilizadas as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, sem a exclusão de outras cabíveis:

I - revisão do valor das tarifas;

II - alteração do prazo da concessão, observado o disposto no art. 6º;

III - alteração das obrigações contratuais da concessionária;

IV - revisão da contribuição devida pelo concessionário, no caso de concessão comum; e

V - revisão da contraprestação pecuniária do parceiro público, no caso de parceria público-privada.



§ 1º Nas concessões federais, a utilização das medidas descritas nos incisos IV e V do caput dependem de prévia anuência da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

§ 2º Nas concessões realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será de exclusiva responsabilidade do poder concedente, respeitados os tetos tarifários estabelecidos pela ANAC.

- Art. 19. Sem prejuízo de outros critérios e condições definidos pela ANAC, os bens reversíveis poderão ser dados em garantia, desde que:

I - ao final da concessão, sejam transferidos ao poder público livres de quaisquer ônus ou encargos; e

II - no caso de sua alienação durante a concessão, a concessionária proceda à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos substituídos.

Parágrafo único. Nos contratos de financiamento obtidos para a realização de obras ou serviços, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

Art. 20. Constará no edital de licitação a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa.

§ 1º O edital e o respectivo contrato de concessão poderão prever que o concessionário promova a desapropriação ou os atos necessários para a instituição de servidão administrativa, com recursos próprios, após a declaração de utilidade pública pelo Poder Público, na forma da legislação e regulamentos vigentes.(...)

PUBLICAÇÃO DO EDITAL CONDICIONADA À OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS LEGAIS FORMAIS.

Convém ressaltar que coube a esta Advocacia Geral do Estado, neste momento, a análise de legalidade das minutas do edital de licitação e respectivo contrato, conforme encaminhadas a esta Casa. No entanto, vale lembrar que a deflagração do edital de licitação fica condicionada à observância dos requisitos formais previstos na legislação, a exemplo do art.10 da Lei Federal nº 11.079/04 e arts. 10 e 12 da Lei Estadual 14.868/03.

Ressalte-se que os próprios requisitos formais exigidos na legislação vigente vêm ratificar o que, a todo tempo, foi exaltado no presente parecer, que é a extrema importância, para sucesso do presente Projeto PPP, dos prévios e minuciosos estudos técnicos de viabilidade realizados pela equipe de elaboração do modelo de parceria público-privada, que



devem, de fato, assegurar a viabilidade do “empreendimento” que se pretende promover, com garantia de adequada aplicação de recursos públicos, sem comprometimento dos cofres públicos.

Em suma, todo projeto PPP demanda trabalho técnico exaustivo, extremamente importante para o sucesso da parceria, pois deve ser capaz de assegurar ao administrador público competente que se trata de opção administrativa que prima por uma adequada utilização de recursos públicos e pela observância à legislação pertinente, em todos os seus aspectos – legais e formais.

Com efeito, antes de se publicar o edital de licitação em comento, o Administrador deve se assegurar não só de que as minutas do edital e respectivos Anexos encontram-se dentro da legalidade, mas, sobretudo, se foram cumpridas todas as formalidades previstas na legislação, que refletem uma preocupação do legislador em admitir a adoção da PPP apenas quando essa se revelar opção administrativa capaz de alcançar o interesse público, considerando todos os seus aspectos (econômicos, eficiência, etc).

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, uma vez observadas as sugestões contidas no presente parecer e desde que cumpridos os requisitos previstos no art.10 da Lei Federal nº 11.079/04 e nos artigos 10 e 12 da Lei Estadual nº 14.868/2003, esta Advocacia Geral do Estado opina favoravelmente à publicação do edital de licitação, com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada para exploração de **SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS DO AEROPORTO REGIONAL DA ZONA DA MATA.**

A publicação do edital, no entanto, fica condicionada ao cumprimento de todos os requisitos formais previstos na legislação, ex vi, art.10 da Lei Federal nº 11.079/2004 e arts. 10 e 12 da Lei Estadual nº 14.868/2003, que deverão ser comprovados nos autos.

Por fim, reitera-se a alerta no sentido de que o administrador público deve ter segurança de que os mecanismos de pagamento da remuneração definidos no edital e seus Anexos foram frutos de estudos técnicos compromissados e confiáveis, eis que refletem a divisão de riscos da concessão, e, via de consequência, a própria viabilidade do projeto.

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2014

“APROVADO EM 26/6/2014

Ana Paula Muggler Rodarte
Ana Paula Muggler Rodarte
Consultora Jurídica Cível em Exercício
Masp: 593.204-6 - OAB/MG 69.283

Roney Luiz Torres Alves da Silva
Roney Luiz Torres Alves da Silva
ADVOCADO GERAL DO ESTADO

Paula Souza Carmo de Miranda
PAULA SOUZA CARMO DE MIRANDA
Procuradora do Estado
OAB/MG 74.796 MASP. 1.095.709-0