



**PROCEDÊNCIA : SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO DE MINAS GERAIS**

INTERESSADO: UNIDADE CENTRAL DE PPP

PARECER: 15.235

DATA: 19 de março de 2013

**ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – EDITAL DE LICITAÇÃO
– CONCORRÊNCIA A SER JULGADA MEDIANTE
CRITÉRIO MELHOR TÉCNICA E MENOR VALOR –
SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA
CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DESTINADA À
EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSBORDO,
TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS
SÓLIDOS URBANOS NOS MUNICÍPIOS CONVENIENTES
DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE E
COLAR METROPOLITANO**

1 – RELATÓRIO:

A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais, por meio de sua Unidade Central de PPP, encaminha para análise e parecer desta Consultoria Jurídica, minuta de edital de licitação na modalidade de concorrência, a ser julgada pelo critério melhor técnica e menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública, com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, para exploração dos serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos nos municípios convenientes da região metropolitana de Belo Horizonte e Colar metropolitano, em conformidade com a Lei Federal nº 11.079/2004 e a Lei Estadual nº 14.868/2003.

Acompanham o edital os seguintes anexos, para análise: Anexo I – Modelos de Cartas e Declarações; II - Minuta do contrato de concessão administrativa; III – Mecanismo de Reequilíbrio Econômico Financeiro; IV – Plano de Negócios de



Referência; V – Instrumento de Incentivo à Preservação Ambiental e remuneração da Concessionária; VI – Cadernos de Encargos.

É o breve relatório.

2 – PARECER:

2.1 – DO OBJETO DA PPP E DA COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA TRATAR DE SERVIÇOS DE TRANSBORDO, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS : CONTRATOS DE PROGRAMA

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. Vejamos as definições trazidas pela legislação acima mencionada, respectivamente:

Lei Federal nº 11.079/04

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é 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.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (...)”
(g.n.)

Lei nº 14.868/03

“Art.1º Esta Lei institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, destinado a disciplinar e promover a realização de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública Estadual.

Parágrafo único. 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.)

Nos dizeres de Marçal Justen Filho,¹ em sua obra intitulada “Curso de Direito Administrativo”, a parceria público-privada é

“(…) um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.”

Trata-se, portanto, de um contrato que estabelece vínculo obrigacional entre a Administração Pública e a iniciativa privada visando à implementação ou gestão, total ou parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, com observância tanto aos princípios administrativos gerais, como aos princípios específicos desse tipo de parceria.

E, para que o instituto da PPP possa, efetivamente, atingir os objetivos a que se propõe, é imprescindível que o parceiro privado acredite que o Estado irá cumprir as obrigações contraídas no contrato de parceria, e que, caso haja algum descumprimento, disporá de meios eficazes e rápidos para executar as garantias oferecidas, com ressarcimento, pois, de seus prejuízos.

Esta confiabilidade, necessária para que o investidor privado venha fazer o aporte de recursos encontra-se delineada na lei de parcerias, através do compartilhamento dos riscos e do oferecimento de garantias específicas.

No que tange ao compartilhamento dos riscos, os contratos de PPP envolvem, via de regra, quantias vultosas e são celebrados a longo prazo, o que contribui para a existência de um elevado número de riscos e de diversas naturezas. Não é pretensão desses contratos a extinção dos riscos, mas, sim, mantê-los em níveis toleráveis que deem tranquilidade a ambos os parceiros. Assim, caberá ao Poder Público buscar administrar esses riscos, minimizando-os ou mesmo transferindo-os, de modo a atrair o interesse do parceiro privado e, ao mesmo tempo, assegurar o interesse público. Cabe, pois, ao ESTADO definir os riscos que assumirá e quais os riscos que incidirão sobre o

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.



parceiro privado, de forma objetiva, a fim de que o parceiro privado possa avaliar se está disposto a com eles arcar.

Em relação às garantias, essas buscam tranquilizar os investidores privados, para que, na hipótese de inadimplência por parte do ESTADO, eles não venham a ter que percorrer o longo caminho dos precatórios.

A Lei Estadual nº 14.868/2003, em seu art.5º dispõe sobre o objeto de parceria público-privada, *in verbis*:

“Art. 5º - Podem ser objeto de parceria público-privada:

I - a prestação de serviços públicos;

II - a 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;

III - a instalação, a manutenção e a gestão de bens e equipamentos integrantes de infra-estrutura destinada a utilização pública;

IV - a implantação e a gestão de empreendimento público, incluída a administração de recursos humanos, materiais e financeiros;

V - a exploração de bem público;

VI - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, incluídos os de marcas, patentes e bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão.

§ 1º - As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo poderão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

I - educação, saúde e assistência social;

II - transportes públicos;

III - saneamento básico;

IV - segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça;

V - ciência, pesquisa e tecnologia;

VI - agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização;

VII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico.”

No presente caso, da análise do preâmbulo do edital em questão, visa-se à seleção da *“proposta mais vantajosa para contratação de concessão administrativa para a exploração de SERVIÇOS DE TRANSBORDO, TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS nos MUNICÍPIOS CONVENIENTES DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE (RMBH) E COLAR METROPOLITANO”*.

Note-se que o objeto da concessão administrativa, *in casu*, envolve um serviço público de competência dos municípios, razão pela qual, nos termos da Nota



Jurídica nº 3.217, de 30.05.2012, de lavra do Procurador do Estado, Dr. Érico Andrade, exigiu-se que o ESTADO firmasse, previamente, CONVÊNIO com os municípios metropolitanos interessados (arrolados nos lotes 1 e 2 do Edital de Licitação), cuja modelagem jurídica deveria incluir a assinatura de CONTRATO DE PROGRAMA, para fins de delegação dos serviços entre os entes da federação partícipes da gestão associada.

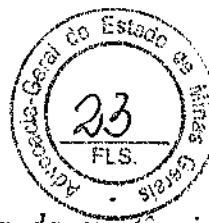
Esta Consultoria, naquela oportunidade, deixou claro, ainda, que “como o Estado irá receber a delegação dos Municípios ou da entidade metropolitana para prestação do serviço num primeiro momento, e depois irá repassá-la a um parceiro privado, via PPP, nos termos admitidos no art. 16, I e II, da Lei 11.445/07, no âmbito da prestação regionalizada, como é o caso, esta perspectiva já deverá estar autorizada em todos os instrumentos da gestão associada (contrato de programa e convênios), bem como na modelagem submetida à aprovação da entidade metropolitana e dos Municípios”. E, por fim, exigiu-se a assinatura de um “convênio de cooperação técnica entre os Municípios e a ARMBH, a fim de delegar para a Agência as competências de organização, regulação e fiscalização do serviço, de modo que esta possa, inclusive, editar as normas técnicas adequadas para tanto.”

Neste contexto, é que se firmou o CONVÊNIO Nº 01/2012 entre o ESTADO e os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS, com aprovação na Assembleia Metropolitana, realizada em 23.05.2012, conforme notícia a Nota Jurídica nº 3.217/2012.

O passo seguinte, para fins de concretização da modelagem jurídica delineada na Nota Jurídica nº 3.217/2012, consistiu na tomada de providências para assinatura dos CONTRATOS DE PROGRAMA entre o ESTADO e os municípios metropolitanos interessados, para delegação dos serviços objeto da presente PPP.

A minuta do referido CONTRATO DE PROGRAMA foi objeto de análise jurídica por esta Consultoria, nos termos da Nota Jurídica nº 3.409, de 20 de dezembro de 2012, de lavra do Procurador do Estado Dr. Érico Andrade, que, naquela oportunidade, entendeu pela legalidade do teor da minuta, porém advertiu ao ESTADO quanto à necessidade de cumprimento de requisitos indispensáveis à validade e eficácia do CONTRATO DE PROGRAMA, senão vejamos:

“Da análise do expediente administrativo enviado a esta Consultoria Jurídica, pode-se apurar que a minuta do contrato de programa foi submetida a audiência pública e consulta pública, bem como existem estudos técnicos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira para prestação do serviço em questão. Ou seja, cumpridos, em princípio, os requisitos dos incisos II e IV do art. 11 da Lei 11.445/07.



Todavia, no caso, não se tem notícia da existência de plano de resíduos sólidos, considerando que a Lei 11.445/07 e seu regulamento, Decreto 7.217/10, admitem a elaboração de plano específico por serviço (art. 19, §2º, e 25, §1º, respectivamente). E, no caso, o plano deve ser editado por cada Município de forma compatibilizada com o plano metropolitano, nos termos dos arts. 11, § 4º, e 17 da Lei 11.445/07, tudo nos termos estabelecidos no Convênio 01/2012 que regula as bases da gestão associada (cláusula quinta).

Da mesma forma, não se tem notícia da existência de normas regulamentares, não obstante já ter sido aprovada a minuta do convênio de cooperação técnica para que os Municípios deleguem, nos termos do Convênio 01/2012, a regulação, fiscalização e organização do serviço para a entidade reguladora, no caso a ARMBH, conforme Nota Jurídica 3.363, de 19.10.2012.

E o cumprimento desses dois pontos, reiterar-se, é imprescindível para a VALIDADE do contrato de programa, antecedente necessário para que o Estado receba validamente a delegação dos serviços e possa partir para a realização da licitação para a PPP prevista no Convênio 01/2012. Antes da consolidação da delegação pela via do contrato de programa, com o cumprimento dos antecedentes indicados, não se pode partir para a licitação no âmbito da PPP, até porque a subdelegação para um parceiro privado em sede de processo licitatório, além de pressupor que o Estado tenha nas mãos a delegação do serviço, exige os mesmos requisitos do art. 11 da Lei 11.445/07, já que o contrato de PPP será um contrato que tem por objeto delegação de serviço público de saneamento.

Registre-se, ainda, que, assim que editado tanto o plano metropolitano quanto os planos municipais já compatibilizados com o plano metropolitano, é preciso conferir se os estudos técnicos e econômicos da modelagem de delegação, já realizados, estão adequados ou precisariam ser adaptados em razão de alguma disposição específica dos planos, já que o art. 11, II, e §1º, da Lei 11.445/07 exige expressamente que os estudos estejam adequados e compatibilizados às previsões dos planos.

Assim, os pontos ora indicados precisam ser, de fato, concretizados antes da assinatura dos contratos de programa para delegação do serviço dos Municípios ao Estado, já que tais pontos constituem condições de validade – e não de eficácia – do contrato de programa, nos exatos termos do art. 11 da Lei 11.445/07.

Após a concretização de tais condições de validade é que se pode partir para o procedimento de assinatura dos contratos de programa, momento em que,



como observado na Nota 145, de 11.12.2012, da ARMBH, os Municípios deverão criar procedimentos administrativos internos, com a demonstração da presença das condições de validade do contrato de programa indicadas no art. 11 da Lei 11.445/07, bem como cumprir as etapas do procedimento de dispensa de licitação, nos moldes previstos no art. 26 e parágrafo único da Lei 8.666/93, combinado com o art. 24, XXVI, da mesma Lei 8.666/93, culminando-se com a assinatura do contrato de programa.

Em suma, diante de todo o exposto é que se conclui pela adequação e legalidade da minuta de contrato de programa apresentada para dar seqüência à implantação da gestão associada prevista no Convênio 01/2012, devendo, todavia, serem cumpridas as condições de validade descritas no art. 11, I, II e III, da Lei 11.445/07, antes da assinatura do contrato de programa, bem como cumpridas as formalidades do art. 26 da Lei 8.666/93."

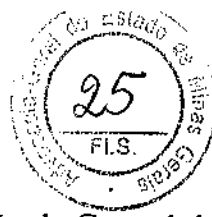
Com efeito, uma vez cumpridas as formalidades bem delineadas na Nota Jurídica acima noticiada, e desde que promovida a assinatura dos CONTRATOS DE PROGRAMA entre o ESTADO e os municípios arrolados nos Lotes 1 e 2 do Edital de Licitação, os serviços de transbordo, tratamento e destinação final de RSU passam a ser passíveis de ser licitados pelo ESTADO, para contratação de concessão administrativa, via parceria público-privada.

Desde logo, portanto, ressalte-se que o procedimento licitatório objeto da presente análise jurídica somente poderá ser efetivamente deflagrado, após firmados os CONTRATOS DE PROGRAMA entre o ESTADO e os municípios metropolitanos arrolados no edital, para cada lote da licitação, sem os quais falece competência ao ESTADO para fazê-lo.

Ultrapassada, pois, a questão da competência do ESTADO para deflagrar o procedimento licitatório que envolve serviços de competência originária municipal – desde, que, repise-se, observadas todas as formalidades delineadas nas Notas Jurídicas nº 3.217, de 30/05/2012, e nº 3.409, de 20 de dezembro de 2012 -, passemos à análise do objeto da PPP, retratado no edital e seus anexos.

Da análise da minuta de contrato anexa ao Edital em comento, tem-se que a concessão administrativa, *in casu*, impõe à CONCESSIONÁRIA, a aquisição de área para implantação das estações de transbordo e da (s) Central (ais) de Tratamento de RSU e respectivas obras de construção e implantação, além da exploração dos serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos, que compreenderá: a) a operação e manutenção dos serviços de recebimento, acondicionamento, armazenamento temporário e pesagem dos resíduos sólidos urbanos, provenientes dos veículos coletores; b) a operação e manutenção dos serviços de transporte dos resíduos sólidos urbanos das estações de transbordo à (s) Central (ais) de

M 7



Tratamento de RSU; c) a operação e manutenção da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos Urbano, procedendo ao tratamento e à disposição final do lixiviado e demais poluentes gerados de maneira ambientalmente correta, visando, sempre, a uma maior preservação ambiental.

É dever da CONCESSIONÁRIA manter a (s) Estação (ões) de Transbordo e a(s) Central (ais) de Tratamento de RSU em condições de funcionamento adequado durante toda a vigência do contrato, buscando sempre aterrar menor quantidade de RSU, mediante soluções ambientalmente adequadas para sua disposição final, o que será realizado mediante o pagamento de uma prestação pecuniária por parte do ESTADO, passível de variação conforme seu desempenho.

O edital, ainda, possibilita, como incentivo à constante redução do volume de RSU aterrado, e, pois, à maior preservação ambiental, que a CONCESSIONÁRIA adote práticas associadas à geração de subprodutos provenientes do tratamento do RSU, tais como energia, crédito de carbono, combustível, itens recicláveis, entre outros, cuja receita será compartilhada com o Estado, nos termos em que previsto no contrato.

Quer dizer, o presente modelo atribui à CONCESSIONÁRIA a aquisição das áreas destinadas à (s) Estações de Transbordo e à Central (ais) de Tratamento de RSU, a realização das respectivas obras de instalação, bem como a prestação do serviço público de transbordo, tratamento e disposição final de RSU (atinentes à área de saneamento básico), e, somado a isso, a exploração de fontes acessórias ou de projetos associados nas áreas integrantes da concessão administrativa, acreditando o ESTADO no potencial empreendedor e tecnológico do parceiro privado, cujo amplo conhecimento das questões ambientais envolvidas na exploração do serviço público objeto da concessão, assim como do mercado, pelo menos em tese, favorecem o sucesso na escolha de práticas que gerem subprodutos que possam reduzir de forma mais eficiente o percentual de resíduos aterrados, favorecendo, cada vez mais, uma maior preservação ambiental.

A preocupação do ESTADO em buscar uma prestação de serviço público de coleta, tratamento e destinação final do RSU, com maior preservação ambiental, justifica sua decisão de buscar, junto ao setor privado, esforços para modernização e maior eficiência na exploração do serviço, considerando as dificuldades dos municípios em fazê-lo.

De fato, dificilmente os municípios interessados (arrolados nos lotes 1 e 2 do Edital) teriam condições de, sozinhos, prestar os serviços objeto da concessão administrativa com a mesma eficiência que o parceiro privado, e, justamente, pensando nestas dificuldades e na necessidade de o Poder Público, genericamente falando, tomar providências em prol de uma prestação de serviço público de tratamento de RSU ambientalmente correta, é que o ESTADO DE MINAS GERAIS se propôs a realizar a

TMJ 8



presente PPP, em benefício dos municípios que assim concordaram em delegar ao ESTADO a prestação dos serviços em questão, via CONTRATO DE PROGRAMA.

A presente PPP, pois, nos termos em que autorizada pelo art.5º, da Lei Estadual nº 14.868/2003, visa à união de esforços dos setores público e privado para a prestação de um serviço público municipal delegado ao ESTADO, para o qual a CONCESSIONÁRIA será remunerada mediante o pagamento de uma prestação pecuniária mensal, apurada em conformidade com a proposta vencedora da licitação e mediante um Sistema de Mensuração de Desempenho, que, por sua vez, conta com instrumentos desenvolvidos para incentivo à preservação ambiental.

Percebe-se, portanto, de início, tratar-se da modalidade de **concessão administrativa**, conforme se depreende da leitura do §2º do art. 2º da Lei 11.079/04, segundo o qual *“concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”*

Analisemos sua pertinência conforme estudos de Maria Sylvia Zanella di Pietro², in *“Parcerias na Administração Pública”*:

“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.”

In casu, pois, pode-se dizer que o ESTADO, por força dos CONTRATOS DE PROGRAMA firmados com os municípios arrolados no edital, e, portanto, na qualidade

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p168/169, 2005.



de PODER DE CONCEDENTE, é tido como o usuário indireto de um serviço prestado à coletividade (usuários diretos).

Passemos, pois, à análise da minuta do Edital de Licitação e seus anexos.

2.2. DO EDITAL

De início, o edital noticia que o objeto do contrato que se pretende firmar encontra-se previsto no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, por meio do Decreto nº 45.875, de 30 de dezembro de 2011, conforme Deliberação nº 01/2011 do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, em cumprimento ao requisito formal previsto no art.12, §1º, da Lei nº 14.868/03.

Ainda, o edital noticia que se realizou audiência pública no dia 04/10/2012, nos termos do art.39 da Lei Federal nº 8.666/93, e que houve consulta pública, nos termos do art.10, VI, da Lei Federal nº 11.079/2004, no período de 14/04/2012 a 28/05/2012, com prorrogação da mesma até o dia 01/06/2012.

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

No preâmbulo da minuta do edital, são arroladas as legislações aplicáveis à presente licitação. Observe-se o que determina a Lei Federal nº 11.079/04, em seu art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhe, adicionalmente, o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art.31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

No mesmo sentido, o art. 12 da Lei nº 14868/03:

“Art. 12. Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei reger-se-ão pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos e de licitações e contratos e atenderão às seguintes exigências: (...)”

Maria Sylvia Zanella di Pietro³, em obra já mencionada neste parecer, assim discorre a respeito da legislação aplicável às parcerias público-privadas:

³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p188.. 2005.



“A Lei nº 11.079/04, da mesma forma que a Lei nº 8987/93, não estabelece o procedimento a ser adotado para realização da concorrência, limitando-se, nos artigos 11 a 13, a estabelecer algumas normas específicas que complementam ou derrogam parcialmente as Leis nº 8.666/93 e 8987/95. Além disso, o artigo 12 determina expressamente que o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos.”

Rege-se, portanto, a presente concorrência, pelas leis mencionadas acima, ressaltando-se, ainda, as demais legislações pertinentes ao objeto da concessão, a exemplo da Lei Federal nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei Federal nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, Lei Complementar nº 88/2006, que dispõe sobre a instituição e a gestão de região metropolitana e sobre o fundo de desenvolvimento metropolitano, Lei Complementar nº 89/2006, que dispõe sobre a região metropolitana de Belo Horizonte, e a Lei nº 18.031/2009, que dispõe sobre a política estadual de resíduos sólidos.

O preâmbulo do edital ainda informa a forma de processamento da licitação, via inversão das fases de habilitação e julgamento, nos termos do art.13 da Lei Federal nº 11.079/2004, os critérios de julgamento (melhor técnica e menor valor pago por tonelada à CONCESSIONÁRIA), além de tecer considerações acerca da retirada do edital pelos interessados.

O **Item 2** informa os ANEXOS que integram o edital, quais sejam: Anexo I – Modelos de Declarações previstos no edital; II - Minuta do contrato de concessão administrativa; III – Mecanismo de Reequilíbrio Econômico Financeiro; IV – Plano de Negócios de Referência; V – Instrumentos de Incentivo à Preservação Ambiental e remuneração da Concessionária; VI – Cadernos de Encargos; VII – Modelo de Governança.

O Edital define o objeto da licitação, como sendo a *“exploração, mediante concessão administrativa, dos serviços de TRANSBORDO, TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS nos MUNICÍPIOS CONVENIENTES DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE (RMBH) E COLAR METROPOLITANO”*. Cuidou, ainda, de definir *“resíduos sólidos urbanos”* no **Item 3.2**, arrolando todos os tipos de resíduos gerados nas cidades e coletados pelo serviço público municipal que serão considerados no objeto licitado.

A concorrência será realizada mediante a divisão em dois lotes, contendo cada qual um grupo de municípios que serão atendidos pela concessão administrativa. A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, por meio de Nota Técnica da Unidade Central de PPP (OF.SEDE/PPP/004/2013), justifica a divisão em dois lotes, nos seguintes termos:

OM
11



“A divisão em dois lotes foi realizada em conformidade com o que se encontra estabelecido no art.23, §1º, da Lei nº 8.666/1993, visando a permitir um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, de forma a ampliar a competitividade. Cada licitante poderá apresentar proposta para cada um dos lotes de licitação, assegurando a escolha da proposta com menor valor econômico e possibilitando-se, assim, que se faça uso da economia de escala.

Além disso, a divisão em dois lotes utilizou um conjunto de critérios, tais como:

- a) Isonomia dos volumes gerados de resíduos sólidos urbanos;*
- b) Proximidade de atratividade econômica;*
- c) Distância de 12 km das Estações de Transbordo aos centros dos Municípios convenientes;*
- d) Redução do custo logístico de transporte e armazenagem de resíduos sólidos urbanos.*

Para o dimensionamento deste cenário foi empregado o software TransCAD 5.0, cujo instrumento de roteirização de veículos, baseado na heurística de Clarke e Wright (1964), viabilizou a definição das rotas e suas distâncias e dos agrupamentos.”

Lembre-se, aqui, que a publicação do edital está condicionada à assinatura de CONTRATOS DE PROGRAMA entre o ESTADO e os municípios arrolados nos itens 3.3.1 e 3.3.2, nos termos em que já alertado no presente parecer.

A licitação terá como critério de julgamento **a melhor técnica e menor valor pago pelo PODER CONCEDENTE, por tonelada de RSU destinado (VPTD)**, nos termos do disposto no art. 12 da lei 11079/04, que assim dispõe, *in verbis*:

“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 nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 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 alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;*

...”



O valor estimado do contrato e o prazo de vigência (30 anos, contados da publicação do contrato), encontram-se em conformidade com a legislação, ressaltando-se que o edital cuidou de prever o crédito orçamentário por conta do qual correrá a despesa.

Citemos a Lei Federal nº 11.079/04 e a Lei nº 14.868/03, na parte em que limitam a celebração de contratos de parceria público-privada, tanto quanto à vigência quanto ao valor:

Lei Federal nº 11.079/04

“Art. 2º (...):

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (...)

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (...) (g.n.)

Lei nº 14.868/03 :

“Art. 5º (...)

§2º - Não serão consideradas parcerias público-privadas:

IV - o contrato de concessão ou de permissão com prazo inferior a cinco anos e valor inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).”

Note-se 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. Eventual prorrogação, por sua vez, deve observar ao limite máximo previsto na legislação.

O edital prevê que a execução da concessão administrativa deverá ter início no prazo de doze meses, contados da assinatura do contrato, que, na verdade, constitui o prazo de que dispõe a CONCESSIONÁRIA para elaborar um plano logístico e promover a instalação da(s) Estação (ões) de Transbordo, dando-se início à prestação dos serviços a partir daí, nos termos do ANEXO VI – CADERNO DE ENCARGOS.



Eventual atraso na execução do objeto do contrato, imputável ao ESTADO acarretará automática prorrogação dos prazos previstos no contrato, pelo mesmo período de duração da paralisação, recompondo-se, assim, os prazos originalmente contratados, sem prejuízo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se for o caso. Lado outro, os atrasos imputáveis à CONCESSIONÁRIA não geram recomposição dos prazos originais e podem, igualmente, implicar em reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do ESTADO.

O edital admite a participação de licitantes reunidas em consórcio, em conformidade com os arts. 19 e 20⁴ da Lei Federal nº 8.987/95.

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)

Neste contexto, a Unidade Central de PPP (OF.SEDE/PPP/004/2013) justifica a permissão do consórcio de empresas *“na complexidade do objeto a ser concedido, o qual demanda a prestação de diferentes serviços para tratamento, transbordo e disposição final dos resíduos sólidos urbanos.”*

De fato, considerando o objeto da presente licitação, que engloba a realização de obras de instalação das Estações de Transbordo e Centrais de Tratamento, além da prestação dos próprios serviços de transbordo, tratamento e destinação final de RSU em 44 municípios, pode ocorrer de uma única licitante não ter capacidade para realizar todo

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

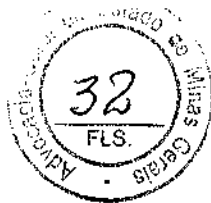
Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.



o objeto a contento. Daí porque o edital, visando à ampliação da competitividade, admite a união de empresas em consórcio, e, ainda, a subcontratação de parcela do objeto, desde que acessória ou complementar à execução do objeto contratual (ou para implementar projetos associados, nos termos do art.25 da Lei Federal nº 8.987/95.

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.”* Note-se que o prazo para saneamento de falhas está previsto no item 9.1do edital.

A licitação será processada e julgada com inversão das fases de habilitação e de julgamento, nos termos em que autorizado pela legislação, senão vejamos:

Lei Federal nº 11.079/04:

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

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;” (g.n.)

Lei 8987/95:

“Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)” (g.n.)

Com efeito, primeiro, tem-se a fase de julgamento das propostas técnicas e comerciais, seguida da fase de habilitação.

O Edital prevê a entrega simultânea de quatro envelopes pelos licitantes: Envelope 1 – Documentos de Credenciamento e Garantia de Proposta; Envelope 2 – Proposta Técnica; Envelope 3 – Proposta Comercial; Envelope 4 - Documentos de habilitação.

Nos termos do edital, a garantia de proposta a ser oferecida pela licitante deve corresponder a 1% do valor estimado do contrato, conforme autorizado pelo art.31, III,



da Lei nº 8.666/93. As modalidades de garantia, por sua vez, encontram-se de acordo com o art.56, §1º, da Lei nº 8.666/93. Cite-se, por oportuno, a Lei nº 11.079/04, na matéria:

“Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31⁵ da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;” (g.n.)

Em relação aos documentos da proposta técnica, a Unidade Central PPP (OF.SEDE/PPP/004/2013) explica que *“a inclusão da melhor técnica corresponde à apresentação do Coeficiente Ambiental (CA), uma vez que permite atribuir o incentivo ao licitante reduzir o percentual aterrado ao longo da concessão, o qual impacta de forma direta na remuneração recebida, pois configura como componente do Quadro de Indicadores de Desempenho.”*

Considerando que a pretensão do ESTADO é reduzir sobremaneira o aterramento de RSU, visando à maior preservação ambiental mediante adoção de técnicas ambientalmente corretas, é que o modelo de PPP ora desenvolvido exige que o licitante, em sua proposta técnica, demonstre qual o seu comprometimento em não aterrar RSU, e, ao fazê-lo, deverá apontar a *“estimativa do percentual aterrado, anualmente, durante o prazo do contrato”*, fundamentando-a mediante demonstração da metodologia de trabalho, das tecnologias empregadas, inclusive os recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos. (item 15 do edital)

O Coeficiente Ambiental, portanto, reflete o nível de comprometimento do licitante em atingir o alvo visado pelo ESTADO, qual seja, a redução do aterramento, com maior preservação ambiental. E, uma vez que o Coeficiente Ambiental impacta no pagamento da contraprestação pecuniária, eis que considerado para apuração do desempenho da CONCESSIONÁRIA, o ESTADO espera que seja fixado pela licitante de acordo com sua real capacidade de alcançá-lo, sob pena de ter reduzida a contraprestação pecuniária.

Quer dizer, se a CONCESSIONÁRIA apresentar um Coeficiente Ambiental arrojado, que fuja da sua capacidade operacional, ela própria sofrerá as consequências. Note-se, pois, que a fixação do Coeficiente Ambiental constitui risco da licitante, que deve, portanto, bem avaliá-lo, até mesmo porque a nota técnica será atribuída com base exclusivamente no coeficiente ambiental constante de sua proposta.

A proposta técnica, portanto, resume-se no coeficiente ambiental apresentado (que pode variar de 0,20 a 0,80), de modo que a melhor técnica será aquela que implique maior comprometimento da licitante em evitar o aterramento, mediante o

⁵ Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

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.



emprego de tecnologias e metodologia de trabalho que se mostrem compatíveis com a proposta.

A exigência de que a licitante apresente as tecnologias e a metodologia de trabalho que serão empregadas, foi uma forma que o ESTADO encontrou para se garantir de que a promessa da licitante de aterrar menos RSU não foi fixada aleatoriamente e que sua capacidade de alcance da meta refletida no coeficiente ambiental, de fato, procede.

Isso porque, embora interesse ao ESTADO a contratação da parceira privada que se comprometa a aterrar menos, é importante que se reserve no direito, de pelo menos, ter conhecimento de como a licitante pretende alcançar a meta estampada no coeficiente ambiental, evitando-se, assim, coeficientes ambientais arrojados desprovidos de qualquer metodologia/tecnologia consistente.

A melhor técnica, pois, será a do licitante que apresentar o maior coeficiente ambiental (= menor aterramento), mas desde que visivelmente sustentado por metodologias de trabalho e tecnologias apresentados em sua proposta. Desta forma, o ESTADO se acautela contra licitantes aventureiros, à medida que poderá verificar a plausibilidade da proposta técnica apresentada, afastando aquelas inexequíveis (item 15 do edital).

Neste contexto, note-se que o ESTADO não pretende avaliar o mérito da metodologia de trabalho ou das tecnologias empregadas, pontuando-as. A melhor técnica, repise-se, será representada apenas pelo coeficiente ambiental, que, poderá variar de 0,2 a 0,8. O julgamento, nestes termos, é objetivo, como determina a lei.

De acordo com o disposto no §2º do art.12 da Lei Federal nº 11.079/2004, “*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.*”

De fato, é importante que o licitante conheça, de antemão, como será avaliada sua proposta, quer dizer, o que lhe será exigido de técnica no julgamento. E, via de regra, a forma de o ESTADO fazer isso é arrolando, no edital, os requisitos técnicos que serão exigidos e respectivas pontuações, tornando-se, assim, o julgamento mais objetivo.

No presente caso, contudo, o ESTADO não avaliará as técnicas que serão empregadas, importando-lhe apenas o resultado final proposto pelo licitante, representado pelo coeficiente ambiental.

Repise-se, a Comissão de Licitação não avaliará a metodologia/tecnologia apresentada pelos licitantes, para fins de aferir qual é a melhor dentre as apresentadas, hipótese que exigiria, sem dúvidas, parâmetros objetivos de pontuação.

Tem-se, pois, como defensável o mecanismo de julgamento da proposta previsto no edital, exigindo-se, de qualquer modo, **ampla motivação de ordem técnica**, caso o ESTADO se depare com a necessidade de desclassificar por ausência de



plausibilidade dos mecanismos e tecnologias empregadas pela licitante, motivação essa que seja capaz de afastar qualquer critério subjetivo no julgamento. E, para tanto, o ESTADO deverá estar preparado tecnicamente.

Tudo isso para dizer que, embora o mecanismo utilizado pelo edital para julgamento da técnica vise ao afastamento de licitantes aventureiros - preocupação que, de fato, procede -, eventual julgamento de desclassificação, nos termos em que se encontra o edital, embora defensável, não está livre de questionamento, o que deve ser avaliado.

Na proposta comercial, o licitante deverá indicar exclusivamente o valor que pretende receber do PODER CONCEDENTE, para cada tonelada de RSU destinado, que não poderá ser superior ao teto estabelecido no edital (R\$ 95,00 e R\$ 87,00, para os lotes 1 e 2, respectivamente), limite esse estabelecido nos termos do inciso X, do art.40 da Lei Federal nº 8.666/93.

De todo modo, 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. Daí a importância dos estudos econômicos que embasaram a presente PPP.

A proposta comercial deverá considerar: os custos de investimentos de pré-implantação, implantação, operação e encerramento (e pós-operação, quando for o caso), bem como os custos permanentes e operacionais; que todos os bens vinculados à concessão administrativa serão revertidos ao ESTADO por ocasião da extinção da concessão ou término do contrato, em condições de uso regulares; que o valor proposto garante a amortização dos investimentos ao término regular do contrato; e, por fim, que somente os investimentos vinculados a bens construídos ou adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, serão objeto de indenização no caso de extinção do contrato (item 16.7).

E mais: deverá levar em conta que todas eventuais receitas acessórias, decorrentes de projetos que pretenda implementar nos termos de sua proposta técnica e comercial, serão compartilhadas com o ESTADO (item 16.8); deverá considerar todos os tributos incidentes sobre o objeto da licitação, na forma da legislação vigente (subitem 18.1.6.1.6); e não deverá considerar benefícios fiscais não existentes no momento da licitação (subitem 18.1.6.1.7).

Importante ressaltar que a remuneração da CONCESSIONÁRIA será variável, de acordo com o seu desempenho, o que, aliás, constitui premissa de toda parceria público-privada, estando, ainda, sujeita a critérios de incentivo em função do desempenho.

De acordo com o subitem 16.9 do edital, o licitante deverá apresentar junto a sua proposta declaração de instituição financeira que conste que essa examinou o edital, o plano de negócios da licitante e sua proposta comercial, que considera que a proposta da licitante tem viabilidade econômica e que considera viável a concessão de



financiamentos necessários ao cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA, nos montantes e nas condições apresentadas pela licitante.

A instituição financeira, para fins da referida declaração, deverá tomar por base o PLANO DE NEGÓCIOS do licitante, que poderá desenvolver o seu próprio ou se valer do PLANO DE NEGÓCIOS DE REFERÊNCIA desenvolvido pelo ESTADO para cada lote da licitação.

Cabe, aqui, ressaltar que o PLANO DE NEGÓCIOS DE REFERÊNCIA de que trata o ANEXO IV constitui o documento no qual o ESTADO descreve o modelo de negócios previsto para a execução do objeto da concessão, que, no entanto, constitui mera **referência** para a avaliação da CONCESSIONÁRIA. As opções tomadas para a concepção deste plano de negócios não vinculam os licitantes, que possuem autonomia para adotar outras escolhas que impactem na geração de receitas e na realização de despesas.

Note-se, pela análise do edital, que a **viabilidade do Plano de Negócios da CONCESSIONÁRIA não será objeto de análise pelo ESTADO, tão somente pela instituição financeira financiadora do projeto, sendo, aliás, de conhecimento do Estado somente após a assinatura do contrato, e para fins de acompanhamento da sua execução.** Quer dizer, para o ESTADO, durante a licitação, não importa como a CONCESSIONÁRIA pretende auferir receitas acessórias com projetos associados à execução do objeto da concessão, bastando-lhe a aprovação do plano de negócios pela instituição financeira, cujo aval, segundo a equipe técnica responsável pelo desenvolvimento do modelo, constitui sinal de que o plano apresentado revela-se economicamente viável.

O ESTADO, ao mesmo tempo em que deixa a CONCESSIONÁRIA livre para criar o seu PLANO DE NEGÓCIOS, tem a segurança, pelo menos em tese, de que as pretensões da parceira privada na realização do objeto são economicamente viáveis, à medida que essas passarão pelo crivo da instituição financiadora.

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.

Uma vez realizado o julgamento das propostas técnicas e comerciais, inicia-se a fase de habilitação, com análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar, e dos demais licitantes na hipótese de inabilitação do licitante anterior, conforme a ordem crescente de propostas.

Os documentos de habilitação exigidos no edital referem-se à habilitação jurídica da licitante, à sua qualificação técnica, à sua qualificação econômico-financeira e à sua regularidade fiscal, em conformidade com os art.28 a 31, e 33, III, da Lei 8.666/93.



Segundo Hely Lopes Meirelles, referindo-se ao Decreto-Lei nº 200/67, citado por José Cretella Júnior, Das Licitações Públicas, editora Forense, 10ª Edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 251:

"Habilitação é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito por comissão ou autoridade competente para o procedimento licitatório. É ato prévio do julgamento das propostas. Embora haja interesse da administração no comparecimento do maior numero de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato. Essa habilitação é feita em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação". (g.n.)

Em relação aos documentos exigidos a título de "habilitação jurídica", ressalta-se a exigência que a SPE deverá ter um capital mínimo de constituição previsto na cláusula 8ª do contrato, que deverá estar integralmente subscrito pelo concorrente vencedor. Não se trata de um requisito de habilitação econômico-financeira das licitantes, contudo, as concorrentes, de modo prévio, devem ter em mente que, caso adjudicatárias, será exigido o referido montante como capital mínimo, sendo, esse, um dado objetivo e discricionário da Administração.

No que tange à documentação exigida para comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante, 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."* **Compete, pois, à equipe técnica responsável pela presente licitação, justificar a aplicação dos índices contábeis previstos no edital, nos termos em que exigido na lei.**

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.

Já a documentação relativa à qualificação técnica da licitante merece alguns comentários.

Como é sabido, nos termos do art.30, II, da Lei 8.666/93, a qualificação técnica visa à comprovação de aptidão da licitante para desempenho da atividade objeto



da licitação. Diz respeito, pois, à habilidade para o cumprimento do contrato administrativo que resultará do certame.

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 para o ESTADO, dentre os interessados que demonstrem condições de atender a suas necessidades, com qualificação técnica e estrutura operacional adequadas e suficientes para cumprir as 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** para a realização de seus fins, qual seja, a realização dos serviços objeto da licitação.

O princípio da isonomia não deve ser relevado ou infringido, mas sim corretamente aplicado, pois, conforme preceitua Marçal Justen Filho⁶, *“a Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados”*, e continua o Autor, esclarecendo que *“a licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção pelo Contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração”*.

A expressão “qualificação técnica”, sinteticamente, consiste na *“aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado, e pode ser genérica, específica e operativa”*, conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo 7.

Isso porque, cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos e, portanto, a determinação dos requisitos de qualificação técnica será feita caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades do interesse público. Caberá à Administração, portanto, na fase interna da licitação, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes, quanto a sua capacidade técnica e quanto a sua capacidade efetiva de execução do objeto contratual.

Desde logo, portanto, infere-se que os requisitos de Qualificação Técnica devem corresponder, não 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.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei das Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª ed, Aide, pg. 26.

⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 252/253.



Compulsando o edital, note-se a exigência da comprovação de que tenha a licitante atuado diretamente na operação de empreendimento que tenha tido por objeto o tratamento e/ou a disposição final ambientalmente adequada de, em média, no mínimo 600 (seiscentas) toneladas de RSU pelo período contínuo mínimo de três anos.

E, mais, de que tenha participado de empreendimento de grande porte no qual tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 60 (sessenta) milhões de reais, provenientes de capital próprio ou de terceiros, e, ainda, de que tenha participado de empreendimento que tenha captado R\$ 30 (trinta) milhões de reais, para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, por meio de financiamentos de longo prazo, (mínimo, 5 anos), estruturados nas modalidades de financiamento de projetos ou financiamento cooperativo.

Depreende-se, pois, que, **dada a magnitude do empreendimento objeto da licitação**, o ESTADO só se dispõe a firmar parceria com o privado que demonstre experiência na execução dos serviços objeto da licitação e capacidade empreendedora, representada pela capacidade de investir e de captar recursos, com a certeza de que a viabilidade do negócio será objeto de avaliação criteriosa e exigente do financiador do projeto.

Como é sabido, a Administração pode exigir, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e a complexidade do objeto licitado, os requisitos necessários à garantia do cumprimento das obrigações, desde que, obviamente, não extrapole nas exigências, a ponto de afrontar a Lei Federal nº 8.666/93 e seus princípios basilares.

Neste contexto, 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 Junior⁸ assim noticia julgado do Tribunal de Contas Fluminense na matéria:

“ ... a Constituição reservou à autoridade administrativa a discricção 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 Souto⁹, por sua vez, afirma:

⁸ Júnior. Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 2003, p.347

⁹ Souto. Marcos Juruena. *Direito Administrativo Contratual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 183.



“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 Filho¹⁰,

“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.)

Vale mencionar decisões do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria:

“Assiste à Administração o direito de cercar-se de garantias acerca da qualificação técnica das empresas licitantes em licitações para execução de obras envolvendo metodologia de alta complexidade, a exemplo de pontes estaiadas, podendo estabelecer, na ausência de limite legal máximo, e em razão da existência comprovada de riscos, a quantidade de experiência anterior a ser requerida, ressalvados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (Acórdão nº 521/2011, Plenário, Rel. Ministro Augusto Nardes).

“Parece não restar dúvidas quanto à conveniência de a Administração impor requisitos mínimos para melhor selecionar dentre possíveis interessados em com ela contratar. Ainda que seja de todo impossível à Administração evitar o risco de o contratado vir a se revelar incapaz tecnicamente de executar a prestação devida, o estabelecimento de certas exigências permite, inegavelmente, a redução desse risco. Com efeito, esse procedimento administrativo, quando adotado dentro do princípio da razoabilidade, encontra amparo no ordenamento jurídico, não configurando restrições ao caráter competitivo do certame licitatório. Aliás, sobre a matéria esta Corte, através do Enunciado de Decisão nº. 351, assim se posicionou: ‘A proibição

¹⁰ Filho, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 5ª ed., p. 311.



de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/93". (TCU, Decisão nº 217/1997, publicada em 12.05.1997.)

"(...)

4. Enfrenta-se, neste processo, duas questões: a validade das exigências relativas à quantidade e conteúdo dos atestados de capacidade técnica e a definição do perfil do profissional que deverá responder pela qualidade do serviço prestado.

5. No que atina à primeira questão, devemos considerar, preliminarmente, que qualquer exigência presente no edital deve ser fundamentada no interesse público. Destarte, repudia-se a inclusão de qualquer cláusula que venha, imotivadamente, limitar o caráter competitivo do certame. Este princípio não se contrapõe, todavia, com os cuidados que a Administração deve tomar para garantir a boa e regular prestação do serviço. Tal juízo já foi brilhantemente defendido pelo Exmº. Sr. Ministro Fernando Gonçalves em voto que norteou a Decisão nº 217/97 - Plenário (Ata nº 15, de 30/04/97), (...)

6. Dessa forma e ante os elementos coligidos nos autos, não me parecem inoportunas as exigências da ECT. Considero que o porte dos serviços e as cautelas que a execução dos mesmos demanda justificam a requisição de dois certificados de capacitação técnica." Decisão 238/2000 – Plenário – Processo 003.671/1999-2 – Ministro Relator Valmir Campelo)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, assim trata a questão:

"(...)

4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares

TM



ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso especial provido." (RESP nº 1.257.886/PE – Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/11/2011)

"... 'O exame do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe" (Adilson Dalari). (g.n.)

3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido." (REsp n. 172.232/SP, rel. Min. José Delgado, DJU 21.9.98, RSTJ 115/194).

"Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade. Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93.

É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa." (g.n.)

Recurso provido" (REsp 144.750-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, in DJU de 25.9.2000).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.

1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e

FM



particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.

(...)

3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não-provido.”(REsp 295806 / SP Ministro João Otávio de Noronha - DJ 06/03/2006 p. 275) (g.n.)

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 não só autoriza, mas impõe 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.

Neste contexto, a Unidade Central de PPP (OF.SEDE/PPP/004/2013) justifica as exigências editalícias, nos seguintes termos:

“Os atestados de comprovação de experiência em serviços de destinação final de resíduos sólidos urbanos, na quantidade de 600 toneladas/dia, por um período mínimo de 3 anos, obedecem à “regra de ouro” do Tribunal de Contas da União de exigência mínima de até 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos exigidos. (...)

O ANEXO V – INSTRUMENTOS DE INCENTIVO À PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA, apresenta a projeção do montante anual de resíduos sólidos urbanos (RSU), que se refere ao valor projetado anualmente (em toneladas) de RSU total a ser entregue à Concessionária, cuja média apresenta o valor total de 1200 a 1300 toneladas de RSU por dia, para cada um dos dois lotes de licitação.

(...)

Portanto, a fim de cumprir com as orientações do Tribunal de Contas da União, adotou-se o valor de 600 toneladas de resíduos sólidos urbanos/dia,



para cada um dos lotes de licitação previsto no edital de licitação da concessão administrativa.

Quanto ao requisito referente à participação em empreendimento de grande porte no qual tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 60.000.000,00, provenientes de capital próprio ou de terceiros, destina-se a garantir a execução do empreendimento de grande vulto, uma vez que o CAPEX, conforme as especificações previstas no ANEXO IV – PLANO DE NEGÓCIOS DE REFERÊNCIA, prevê um valor médio projetado de 187 milhões de reais, para cada lote de licitação. Portanto, a exigência do atestado consiste em comprovação de recursos que correspondem a 32% (trinta e dois por cento) do valor total projetado.

Por sua vez, o último dos três requisitos, o que consiste na comprovação de participação em empreendimento que tenha captado R\$ 30.000.000,00 para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, por meio de financiamentos de longo prazo (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos), estruturados nas modalidades de financiamento de projetos (project finance) ou financiamento corporativo (corporate finance), visa assegurar que a licitante (seja empresa ou consórcio de empresas) tenha condições reais de requerer financiamento com instituições financeiras no mercado, com o objetivo de garantir recursos necessários para a execução do empreendimento. Outrossim, com base na média de CAPEX para cada um dos lotes de licitação, a exigência prevista no edital corresponde ao percentual de 15%, para cada lote de licitação. Ou seja, o valor está abaixo do limite de 50% definido pelo TCU, bem como permite uma maior participação de empresas sem comprometer a futura execução do empreendimento.”

...
Desta forma, os atestados exigidos para cumprir os requisitos de habilitação técnica permitem qualificar exclusivamente aquelas empresas que possuem experiência no tratamento de resíduos sólidos por um período mínimo de 3 anos e, outrossim, tenham atuado em empreendimentos de grande porte e de financiamentos superiores a 5 anos, uma vez que a presente concessão administrativa exigirá do licitante vencedor a prestação de serviços de transbordo, tratamento e de disposição de resíduos sólidos de 44 municípios convenientes por um prazo contratual de 30 anos.”

In casu, portanto, tendo em vista a complexidade do objeto, que inclui os serviços de transbordo, tratamento e destinação final de um grande volume de RSU, considerando os 44 municípios envolvidos na operação, e as razões apresentadas pela equipe técnica responsável pela licitação, há de se ter como demonstrada a relevância dos requisitos de qualificação técnica exigidos no edital, para fins de se garantir ao ESTADO o cumprimento do objeto licitado a contento.



No que tange aos critérios de apuração da qualificação técnica, o edital prevê que as exigências devam ser comprovadas pela licitante, ou no caso de consórcio, por, no mínimo, uma das empresas dele integrantes, admitindo-se, de qualquer modo, o somatório de atestados.

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)

E, segundo o TCU, *“... na constituição de associações ou consórcios entre empresas interessadas, abstendo-se de exigir individualmente de todas as integrantes da associação ou consórcio o pleno atendimento a todos os requisitos de ordem técnica necessários, desde que, em conjunto, as empresas os atendam”* (Acórdão nº 478/2006, Plenário, Rel. Ministro Valmir Campelo).

De fato, tal interpretação é a que melhor coaduna com o propósito dos consórcios em licitações, mesmo porque, se cada consorciada tivesse que preencher, sozinha, todos os requisitos de qualificação técnica, não haveria razão para se consorciar, ou, lado outro, estar-se-ia exigindo do consórcio mais do que dos demais licitantes.

Por fim, o ESTADO aposta na avaliação do FINANCIADOR do projeto, valendo-se da premissa de que o êxito da licitante na obtenção de financiamento dependerá da comprovação de que possui capacidade EFETIVA para realizar com sucesso o objeto, seja individualmente ou em consórcio. Um risco, como já dito, que o Estado assumiu na construção da presente modelagem.



Em relação às regras de julgamento das propostas previstas no edital, ressalte-se a abertura do envelope que contém a garantia da proposta em primeiro lugar, de modo que a abertura dos demais (proposta técnica, proposta comercial e documentos de habilitação) somente ocorrerá se a garantia tiver sido apresentada nos termos em que exigida no edital.

Curiosamente, o ESTADO exige a garantia de proposta apartada e anterior à análise dos demais requisitos de habilitação (qualificação econômico-financeira), e o faz com a pretensão 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 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)

Ademais, ainda que o art.31 da Lei nº 8.666/93 disponha sobre a garantia de proposta na fase de habilitação, deve-se considerar que o legislador ordinário assim o fez para afastar eventual exigência de garantia previamente à entrega das propostas, de maneira que pudesse ensejar o conhecimento prematuro da identidade dos participantes, e, pois, eventuais conluíus e sobrepreços nas propostas que só mais tarde seriam entregues.

No presente caso, contudo, a exigência de apresentação da garantia de proposta já no Envelope 1, que será, de fato, aberto em primeiro lugar, não traz qualquer prejuízo ao caráter competitivo da licitação, considerando a entrega simultânea de todos os envelopes exigidos no edital.

No que tange à legalidade da própria exigência da garantia de proposta, considera-se justificada no próprio empreendimento objeto da licitação, cujo porte e valor exigem maior rigor da Administração, justamente em prol de uma futura execução regular do contrato decorrente do certame.

O edital prevê o cálculo da nota final para fins de obtenção da melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação pecuniária a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica na prestação dos serviços relativos ao objeto da licitação, em conformidade com o que determina o art.12, II, “b”, da Lei Federal nº 11.079/04.

A apuração da nota final da licitação dar-se-á mediante a aplicação de uma fórmula, estabelecida no subitem 18.2.4, que representa a combinação do critério de menor preço a ser pago pelo ESTADO com o de melhor técnica para redução de percentual aterrado.

Lembre-se que as notas da proposta técnica e da proposta comercial que compõem a fórmula foram apuradas de forma objetiva, considerando que caberá à Comissão de Licitação considerar apenas o coeficiente ambiental proposto pelo licitante (= técnica), e o preço ofertado.

Quanto à fórmula adota no edital, Marçal Justen Filho faz as seguintes considerações:

“A proposta vencedora será determinada a partir de um procedimento matemático, que deverá estar disciplinado no edital. A valoração da proposta técnica e o valor da proposta de preço deverão ser transformados em valores numéricos, produzindo-se a partir daí uma média. Existe uma margem de discricionariedade para a Administração dispor sobre isso no edital. Faculta-se que o edital inclusive reconheça importância maior para a nota técnica. Todavia, essa autonomia não autoriza reconhecer predominância tão intensa à nota técnica que a proposta econômica deixaria de apresentar relevância. Em termos concretos, a solução mais equilibrada é reconhecer



que a proposta vencedora será determinada por uma fórmula que reconheça peso igual para as notas técnica e de preço. Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, p.732)

Note-se, pois, que, em uma licitação do tipo técnica e preço, a fórmula matemática deve ser desenvolvida de modo que represente uma ponderação equilibrada entre a técnica e o preço, evitando-se uma preferência exacerbada e desarrazoada de um quesito em relação ao outro, exigindo-se, de qualquer modo, justificativa técnica.

Neste contexto, alerta-se para decisão do TCU que já considerou ilegal conduta da Administração Pública cuja metodologia de apuração da nota final acabou por tornar irrisório o fator preço, reduzindo-se, praticamente, à consideração exclusiva da proposta técnica. (Acórdão nº 327/2012, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler).

Com efeito, compete à equipe técnica responsável pelo presente edital demonstrar que a fórmula matemática ali prevista foi desenvolvida com ponderação razoável dos fatores “técnica” e “preço”, justificando-a, na linha de entendimento da doutrina e do TCU.

Por fim, antes da assinatura do contrato, o adjudicatário deverá constituir Sociedade de Propósito Específico, em obediência ao art. 9º 11 da Lei nº 11.079/04, e apresentar a garantia de execução do contrato, conforme disposto no art.56 da Lei nº 8.666/93.

2.3. DO CONTRATO

Trata-se de minuta de contrato de concessão administrativa para exploração dos serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos nos municípios convenientes da região metropolitana de Belo Horizonte e Colar metropolitano.

A Cláusula 2ª da minuta de contrato especifica os anexos do instrumento contratual, quais sejam: Anexo I – Edital de concorrência e seus anexos; Anexo II – Proposta Técnica; Anexo III – Proposta Comercial; Anexo IV – Apólices de Seguro e Garantias de Execução do Contrato.

A minuta do contrato prevê o prazo de vigência de 30 anos, contados da publicação no Diário Oficial do Estado, prorrogáveis nos termos da legislação, e concede à CONCESSIONÁRIA o prazo de 12 meses, contados da vigência contratual, para que dê início à execução da concessão administrativa.

De acordo com o CADERNO DE ENCARGOS (Anexo VI do Edital), o prazo 12 (doze) destina-se à elaboração do Plano de Implantação, que se presta à

¹¹ Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.



elaboração do plano logístico, à aquisição da área de implantação da (s) Estação (ões) de Transbordo, que deverá (ão) estar em plena capacidade de funcionamento ao final do referido prazo. No que tange à(s) Central (ais) de Tratamento de RSU, essas deverão estar em pleno funcionamento no prazo de 48 meses, contados da publicação do contrato no DOE.

Nas cláusulas 7ª e 10ª do contrato, estão dispostas as regras de transferência da concessão administrativa e do controle acionário da concessionária, ambos os casos condicionados à aprovação do PODER CONCEDENTE e ao preenchimento de requisito temporal, qual seja, que a concessão esteja em execução há pelo menos 2 anos, tudo em conformidade com o art.5º da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.27 da Lei Federal nº 8.987/95.

O contrato, ainda, impõe à CONCESSIONÁRIA, no prazo máximo de dois anos de vigência, a obrigação de oferecer à COPASA e à CEMIG, parcela das ações que compõem o capital social da SPE, em condições de mercado, não inferior a 10% das ações (para cada), oferta essa que poderá ser aceita ou não pelas referidas empresas.

Note-se, pois, que o ESTADO exige da CONCESSIONÁRIA uma participação acionária de empresas integrantes de sua Administração Indireta, se assim for de interesse destas, o que não é vedado pela legislação, especialmente considerando o conhecimento prévio dos interessados na concessão (item 23.4 do Edital). Alerta-se, apenas, para a possibilidade de redução do rol de interessados na licitação, o que deve ser avaliado.

A CONCESSIONÁRIA deverá indicar em seu estatuto, como finalidade exclusiva, a exploração do objeto da concessão administrativa e a forma de integralização do capital social, cujo valor mínimo constitui dado fixado pela Administração no exercício da discricionariedade.

Dentre as obrigações da CONCESSIONÁRIA previstas no CADERNO DE ENCARGOS, ressalte-se que a(s) Estação (ões) de Transbordo deverá (ão) estar que em plena capacidade de funcionamento até 12 meses da vigência do contrato e a (s) Central (ais) de Tratamento até 48 meses; a obrigação de providenciar as estruturas e pessoal para realizar a transferência dos RSU dos veículos coletores para a (s) Estação (ões) de Transbordo; a obrigação de realizar a pesagem dos RSU oriundos das Estação (ões) de Transbordo no momento de recebimento nas Central (ais) de Tratamento, de forma individualizada para cada município, realizando-se o devido registro dos veículos de transporte e/ou coletor, quando houver; a obrigação de armazenar o montante de RSU na (s) Estação (ões) de Transbordo pelo prazo máximo de 72 horas (salvo normatização diversa), cujo descumprimento impacta na remuneração; manter os sistemas de acondicionamento da(s) Estação (ões) de Transbordo segundo melhores padrões de segurança e preservação ambiental, observada a legislação aplicável; identificar os sistemas de acondicionamento com individualização do volume de RSU oriundo de cada município; transportar o montante de RSU até a (s) Central (ais) de Tratamento em veículos transportadores em perfeito estado de conservação; incentivar na mídia a coleta

32



seletiva e programa de educação ambiental, inclusive promovendo campanhas em fomento à coleta seletiva; realizar um tratamento e uma disposição final ambientalmente adequada do RSU e demais poluentes gerados; garantir um percentual máximo de aterramento aceito pelo ESTADO, fixado a partir do coeficiente ambiental constante da proposta técnica da CONCESSIONÁRIA, cujo descumprimento enseja a aplicação de multas; manter laudos técnicos de empresas especializadas que atestem as boas condições de uso e conservação do controle de lixiviado, de emissão de gases poluentes e vetores; realizar estudos de viabilidade técnica e financeira para o incremento tecnológico do sistema de processamento dos serviços objeto da concessão, visando à manutenção da qualidade dos serviços e à modicidade da contraprestação pecuniária, sempre que demandada pelo ESTADO; manter um sistema de gestão automatizado que integre todos os sistemas relacionados à operação dos serviços e atividades desenvolvidas, que viabilize eventuais auditorias solicitadas pelo ESTADO; compartilhar com o ESTADO os ganhos líquidos das receitas acessórias compartilhadas; realizar recuperação energética e/ou aproveitamento energético proveniente do tratamento de RSU.

Dentre as obrigações do ESTADO, destacam-se as seguintes: acompanhar a execução do CONVÊNIO e dos CONTRATOS DE PROGRAMA, visando a garantir que as obrigações assumidas pelos municípios convenientes sejam cumpridas; efetuar o pagamento da contraprestação pecuniária em favor da CONCESSIONÁRIA; manter, durante todo o período de vigência do contrato, a garantia de adimplemento em pleno vigor e eficácia; revisar a projeção do montante anual de RSU entregue a cada quatro anos, e, por fim, fiscalizar o cumprimento do contrato.

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.

Nos termos do ANEXO “Instrumentos de Incentivo à Preservação Ambiental e Remuneração da Concessionária”, o pagamento da CONCESSIONÁRIA será por quantidade, em tonelada, conforme o montante de RSU efetivamente destinado, com base no valor da proposta vencedora da licitação; será mensal e sofrerá impacto de indicadores de desempenho, de acordo com o SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO.

O SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO tem por finalidade incentivar a CONCESSIONÁRIA a realizar a destinação final de RSU de maneira ambientalmente correta, e, ao mesmo tempo, medir o grau de atendimento da CONCESSIONÁRIA em relação aos patamares de serviço considerados adequados pelo ESTADO. Para tanto, o modelo conta com o COEFICIENTE AMBIENTAL, que, como visto, representa o comprometimento da CONCESSIONÁRIA em aterrar menos RSU.



Conforme já ressaltado neste parecer, o COEFICIENTE AMBIENTAL é aquele oferecido pela CONCESSIONÁRIA na proposta técnica da licitação, e terá influência direta na sua remuneração durante todo o prazo contratual: primeiro, porque se a CONCESSIONÁRIA deixa de aterrar o volume de RSU pelo qual se comprometeu, terá sua remuneração reduzida; segundo, porque o CA é considerado para fixação de um percentual máximo de aterramento, cujo descumprimento enseja a aplicação de multas. Trata-se, como visto, de um risco assumido pela CONCESSIONÁRIA, que, no entanto, é mitigado à medida que o ESTADO assegura a remuneração de até 70% da projeção do montante de RSU entregue.

Se o montante de RSU efetivamente entregue à CONCESSIONÁRIA revelar-se inferior a 70% da projeção do montante anual de RSU entregue, ter-se-á uma parcela anual complementar. Ressalte-se, todavia, que, tal parcela poderá sofrer reduções decorrentes de seu desempenho, que, repise-se, é atrelado ao COEFICIENTE AMBIENTAL.

O ESTADO, por sua vez, embora assumo o compromisso de remunerar 70% da projeção do montante de RSU entregue, tem seu risco reduzido à medida que o pagamento é atrelado ao desempenho da CONCESSIONÁRIA e também porque as projeções anuais de RSU entregue, a partir do 38º mês de vigência do contrato, serão reajustadas, e sofrerão sucessivos reajustes a cada quatro anos. Quando a projeção anual de RSU entregue se aproxima da realidade contratual, de certa forma, reduz-se o risco do ESTADO.

E, mais, da leitura do ANEXO – MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO, depreende-se mais uma regra de compartilhamento de riscos: se o volume de RSU efetivamente entregue apresentar-se superior a 170% da projeção de RSU efetivamente entregue, caberá a recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

O mecanismo de pagamento da contraprestação pecuniária atrelado ao desempenho da CONCESSIONÁRIA, é apurado, nos termos do edital, mediante a aplicação de uma fórmula, que contém diversos indicadores.

Ressalte-se, por oportuno, que não compete a esta Consultoria Jurídica 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. **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 idéia 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.

As projeções anuais de RSU entregue, por sua vez, constam de um quadro previsto no ANEXO V – INSTRUMENTOS DE INCENTIVO À PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA, cujos dados foram fixados a partir dos estudos técnicos realizados em procedimento prévio à licitação. Aqui, também, vale chamar a atenção do administrador público para a necessidade precípua de que referido quadro de projeções anuais tenha sido fruto de estudos técnicos compromissados e confiáveis, pois daí depende a viabilidade do projeto e a certeza de que os recursos públicos serão aplicados devidamente, sem qualquer desperdício. Aqui, ressalte-se a importância dos estudos técnicos, eis que o risco assumido pelo ESTADO, quando garante à CONCESSIONÁRIA 70% da projeção do montante de RSU entregue, está justamente no quadro de projeções, que deve, portanto, ser confiável, sob pena de o ESTADO assumir maior risco do que o esperado.

Ressalte-se que esta confiabilidade dos estudos técnicos é preocupação do próprio legislador, que exige a comprovação da viabilidade do projeto como requisito formal ao desenvolvimento de toda PPP, nos termos do art.10 da Lei nº 14.868/2003.

Observa-se que o contrato prevê que o resultado do Quadro de Indicadores de Desempenho, bem como a pormenorização dos cálculos que o formaram, deverão ser enviados pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, sempre que solicitado, inclusive para fins de pagamento da remuneração, o que exigirá do ESTADO uma **constante e eficiente** fiscalização. Qualquer falha na fiscalização das pesagens do volume de RSU entregue e do montante ao final destinado, por exemplo, pode causar prejuízos significativos ao ESTADO.

Note-se, pois, que a fiscalização da execução da concessão administrativa, no presente modelo de PPP, é extremamente importante. O administrador público responsável pela execução contratual não deverá medir esforços para realizá-la, inclusive poderá recorrer a serviços técnicos externos para auxiliá-lo, a exemplo da contratação do Verificador Independente, que, neste caso, desenvolverá papel de grande relevância.

O contrato prevê, ainda, o compartilhamento das receitas acessórias que a CONCESSIONÁRIA obtiver no curso da execução do contrato, mediante o rateio de 50% do lucro líquido para cada parte.

E, de acordo com o ANEXO – MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO, na hipótese de a receita acessória superar a 30% da receita bruta total da SPE em dois anos consecutivos, haverá reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do ESTADO.



O contrato deixa clara a possibilidade de a CONCESSIONÁRIA obter financiamentos para cumprimento de suas obrigações contratuais, ressaltando, por oportuno, que ela não poderá se valer de qualquer disposição, cláusula ou condição do contrato de financiamento eventualmente firmado, ou mesmo de qualquer atraso no desembolso de recursos do financiamento para se eximir de suas obrigações, cabendo-lhe, ainda, dar ao financiador pleno conhecimento do teor do presente contrato.

Na hipótese de obter financiamento, admite-se que a CONCESSIONÁRIA ofereça em garantia direitos emergentes da concessão administrativa até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da concessão.

As ações de emissão da CONCESSIONÁRIA, por sua vez, poderão ser dadas em garantia de financiamentos, ou como contragarantias de operações vinculadas às obrigações do contrato, sem necessidade de prévia autorização pelo PODER CONCEDENTE, o que, no entanto, é exigível em se tratando de oferecimento em garantia das ações correspondentes ao controle da CONCESSIONÁRIA.

A CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão administrativa, o que deverá ser obrigatoriamente informado ao PODER CONCEDENTE. O fato de o ESTADO ter conhecimento das subcontratações não exime a CONCESSIONÁRIA do cumprimento de suas obrigações, tampouco pode justificar qualquer atraso ou modificação nos custos e investimentos sob sua responsabilidade.

Se, eventualmente, os subcontratados forem acionistas pertencentes ao grupo controlador, empresas coligadas ou controladas, pessoas físicas ou jurídicas que façam parte, junto com a CONCESSIONÁRIA, de uma mesma empresa controlada, ou pessoas físicas ou jurídicas que tenham diretores ou administradores comuns à CONCESSIONÁRIA, tais subcontratações dependerão de exame e aprovação prévia do PODER CONCEDENTE.

Oportuno mencionar que as subcontratações serão regidas pelo Direito Privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre terceiros e o PODER CONCEDENTE, e a respectiva execução pressupõe, obrigatoriamente, o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido, nos termos do art.25 da Lei 8.987/95¹².

Importante reiterar que o contrato exige que a CONCESSIONÁRIA assegure-se de que os terceiros contratados tenham experiência pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com as obrigações assumidas. Tal previsão, de certa forma, dá maior segurança ao ESTADO de que eventuais subcontratações

¹² Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.
(...)

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.



ocorrerão sem risco de que os subcontratados não detenham capacidade para execução do objeto contratado.

No que tange à garantia de execução do contrato pela CONCESSIONÁRIA, o contrato a prevê no valor equivalente a 10% do valor do contrato, que se presta a cobrir o ressarcimento eventuais custos e despesas incorridas pelo ESTADO em caso de inadimplência da CONCESSIONÁRIA, além de cobrir o pagamento de eventuais multas que lhe forem aplicadas durante a execução do contrato. 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 Pietro¹³, 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 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.”

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 8.666/93 admite a exigência de garantia no percentual de 10%, mas, ao fazê-lo, **exige justificativa técnica**, de modo que se demonstre que tal exigência encontra-se compatível com os ônus e riscos envolvidos na concessão administrativa.

Note-se que a **cláusula 23.10** dispõe sobre as regras de liberação da garantia, e prevê a liberação de 80% do respectivo valor ao final do 5º ano de vigência do contrato. Não custa mencionar que o percentual da liberação da garantia deve ser fixado em proporção ao valor investido pelo parceiro privado nos cinco primeiros anos da concessão. Quer dizer, justifica-se a liberação à razão de 80% se o investimento da CONCESSIONÁRIA corresponder a tanto, e do mesmo modo, as sucessivas liberações ao decorrer da concessão.

O contrato prevê a garantia de adimplemento do contrato pelo PODER CONCEDENTE mediante constituição de propriedade fiduciária ou penhor sobre ativos

¹³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p172/173. 2005.



de sua propriedade, o que deve se dar em conformidade com o art.8º da Lei Federal nº 11079/04 e art.16 da Lei nº 14.868/2003, que assim dispõem, respectivamente:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

(...)

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.”

O Art.16 da Lei Estadual nº 14.868/2003, por sua vez, prevê que:

“ Art. 16 – Os créditos do contratado poderão ser protegidos por meio de:

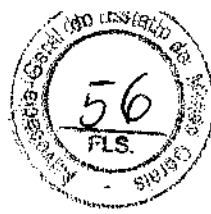
I – garantia real, pessoal, fidejussória e seguro;

II – atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito do contratante em relação a terceiros, salvo os relativos a impostos, prevista a forma de compensação dos créditos recíprocos de contratante e contratado;

III – vinculação de recursos do Estado, inclusive por meio de fundos específicos, ressalvados os impostos.”

A CONCESSIONÁRIA deverá contratar agente de garantia para a prestação de serviços de guarda, administração e liquidação dos bens gravados. À liberação da garantia prestada pelo ESTADO, aplica-se a mesma lógica das liberações da garantia prestadas pela CONCESSIONÁRIA, no sentido de ocorrerá proporcionalmente aos pagamentos das contraprestações efetuados pelo ESTADO.

Ressalte-se que o contrato fixa o prazo de **2 (dois) dias** para o ESTADO informar ao BANCO a quitação da parcela mensal da remuneração da



CONCESSIONÁRIA, sob pena de a instituição financeira acatar, prontamente, solicitação da parceira privada de transferência de fundos da conta vinculada para sua conta. **Chama-se a atenção apenas para o prazo fixado, que deve corresponder ao que o ESTADO efetivamente seja capaz de cumprir.**

O contrato, ainda, possibilita, expressamente, o pagamento direito ao financiador da CONCESSIONÁRIA da remuneração a ela devida e de eventuais indenizações por extinção antecipada do contrato, o que se encontra em conformidade com o art.5º, inciso III, da Lei 11.079/2004, art.28 da Lei 8.987/95 e art.15, §2º, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

A **CLÁUSULA 27ª** dispõe sobre o Plano de Seguros, prevendo os seguros mínimos que a concessionária deverá contratar e manter em vigor ao longo do prazo da concessão.

Extinta a concessão, o contrato prevê que os bens imprescindíveis à execução da concessão administrativa serão revertidos em favor do ESTADO, assim como todos os direitos e privilégios vinculados à exploração da concessão administrativa.

Segundo a Lei nº 14.868/2003, *“ao término da parceria público-privada a propriedade do bem móvel ou imóvel objeto do contrato caberá à Administração Pública, salvo disposição contratual em contrário.”* (art.12, §3º)

Já nos termos da Lei Federal nº 11.079/04, *“As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.”* (art.5º).

Note-se que a CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização dos bens adquiridos nos últimos cinco anos da concessão e ainda não amortizados, desde que adquiridos mediante prévia autorização do PODER CONCEDENTE e **desde que imprescindíveis à continuidade e atualidade da prestação dos serviços.** Alternativamente à indenização, poderá o PODER CONCEDENTE, nesse caso, admitir a transferência de bens que tenham sido dados em garantia de seu próprio financiamento, sob-rogando-se nas parcelas financiadas vincendas.

De fato, 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.

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

872



caso em que o PODER CONCEDENTE deverá considerar a natureza e gravidade da infração, os danos resultantes, a vantagem auferida pela CONCESSIONÁRIA, sua situação econômico-financeira, seus antecedentes e eventuais reincidências, e aplicar a sanção com proporcionalidade e razoabilidade, tudo em conformidade com o disposto no art. 5º, II, da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.23, VIII, da Lei 8.987/95.

Diante do risco de não se conseguir esgotar todas as hipóteses ensejadoras de aplicação de penalidade, o contrato prevê a possibilidade de o PODER CONCEDENTE aplicar multa em valor limitado a R\$ 10 milhões, em caso de se verificar o cometimento de infração não tipificada expressamente no contrato, sem prejuízo de indenização devida por eventuais perdas e danos. Evidentemente, que o PODER CONCEDENTE utilizará de tal discricionariedade, valendo-se dos parâmetros acima previstos, de modo que sua conduta não extrapole os limites do razoável.

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.

Oportuno citar decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que se encontra publicado em 11/04/08 no portal do TCU, referente às penalidades aplicáveis às partes nos contratos de PPP:

“Serão aplicáveis às partes contratantes¹⁴, no que couber, e sem prejuízo das penalidades financeiras contratualmente previstas, as sanções dispostas nos seguintes diplomas legais:

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/40 - Código Penal;
- Lei nº 1.079, de 10/04/50 - define os crimes de responsabilidade;
- Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67 - responsabilidade de Prefeitos e Vereadores;
- Lei nº 8.429, de 2/6/92 - Lei de Improbidade Administrativa e
- Lei nº 10.028, de 19/10/00 - Lei dos Crimes Fiscais.”

¹⁴ Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa, na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

TTU



No que tange ao processo administrativo a ser instaurado para aplicação de penalidades, não custa lembrar o dever de o ESTADO conduzi-lo com observância à ampla defesa e ao contraditório, sob pena de nulidade.

As partes poderão se valer de mecanismos para solução amigável de conflitos, a exemplo da mediação e a arbitragem, nos termos em que autorizada pelo art.11 da Lei Federal nº 11079/04, e desde que observados os termos do art.13 da Lei nº 14.868/2003, que assim dispõe:

“Art. 13 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

§ 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.”(g.n.)

Nos termos do contrato, o ESTADO, sem prejuízo das sanções cabíveis e das responsabilidades incidentes, poderá intervir na concessão, a qualquer tempo, com o fim de assegurar a adequada prestação dos serviços, o que deverá ocorrer com observância aos ditames da Lei Federal nº 8987/95, que trata a matéria da seguinte forma:

“Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de



prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.”(g.n.)

O contrato prevê os casos de extinção do contrato de concessão, assim arrolados: término do prazo de vigência do contrato, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA.

Eis o que dispõe a Lei Federal nº 8.987/05 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.”

A minuta do contrato, na parte a que se refere à extinção do contrato por advento do término do prazo contratual (cláusula 37.1), como já asseverado, admite eventual indenização apenas em relação aos bens adquiridos nos últimos cinco anos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, desde que autorizados pelo ESTADO e imprescindíveis à continuidade e atualidade da concessão. Eventual indenização, de qualquer modo, deverá se dar mediante desconto de multas e quaisquer valores devidos pela CONCESSIONÁRIA, que não tenham sido pagos.

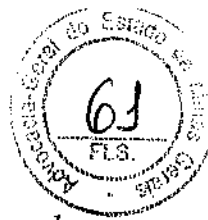
No que tange à encampação, caberá ao PODER CONCEDENTE promovê-la mediante lei autorizativa específica e pagamento prévio de indenização à CONCESSIONÁRIA “*das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados*”. Cumpre ressaltar que o contrato possibilita que o PODER CONCEDENTE realize o pagamento da indenização devida à CONCESSIONÁRIA diretamente ao financiador, reduzindo-se, ou mesmo extinguindo-se o saldo do financiamento, mas, ao fazê-lo, deverá descontar eventuais multas, indenizações e prejuízos causados ao PODER CONCEDENTE, assim como quaisquer valores devidos pela CONCESSIONÁRIA, eis que não está autorizado a abrir mão de recursos públicos. Nesse sentido, é a cláusula 38.4.1.

A extinção da concessão, por caducidade, via de regra, ocorre quando há inexecução parcial ou total do contrato pela CONCESSIONÁRIA, constatada em processo administrativo com garantia de ampla defesa e contraditório, e é declarada por Decreto, independentemente de indenização prévia.

Nos termos da minuta do contrato, a indenização está em conformidade com o disposto no art.36 c/c art.38, §5º, ambos da Lei Federal nº 8.987/2005, quer dizer, corresponderá às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, descontando-se, de qualquer forma, o valor das multas contratuais e danos causados, apurados na data de declaração da caducidade.

No tocante à rescisão contratual, 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 conluios 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."

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.

O contrato dispõe sobre a indenização na hipótese de anulação judicial da concessão, correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, salvo se a CONCESSIONÁRIA tiver concorrido para a ilegalidade, ou nos casos em que a ilegalidade puder lhe ser imputada de forma exclusiva.

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 concorreu para a ilegalidade, é questão de moralidade.

Por fim, a extinção do contrato por falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA enseja a indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, descontando-se, de qualquer forma, eventual valor das multas contratuais e danos causados, devidos pela CONCESSIONÁRIA.

Questão delicada em contratações da espécie refere-se aos casos de reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

O ANEXO III - MECANISMO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO dispõe sobre a divisão de riscos entre a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE, arrolando os casos em que poderá ocorrer a recomposição econômico-financeira do contrato.

De início, 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.

De toda maneira, não custa aqui reiterar a importância dos estudos técnicos que embasaram a presente PPP, eis que considerados para definição do compartilhamento dos riscos do empreendimento objeto da concessão.

Da análise dos mecanismos previstos no referido ANEXO, depreende-se que o modelo foi adotado com a previsão de divisão de riscos entre as partes, que podem ser assim sintetizados:

- riscos de demanda, ou seja, de não se ter o volume de RSU projetado: a CONCESSIONÁRIA assume a oscilação de demanda que fique entre 30% a mais ou a menos do montante de RSU projetado. O ESTADO, por sua vez, garante o pagamento da parcela remuneratória mensal, equivalente a até 70% do volume de RSU projetado, risco esse estatal que é reduzido à medida que as projeções sofrem ajustamentos ao longo da concessão, e uma vez que o pagamento é atrelado ao desempenho da CONCESSIONÁRIA. Ressalte-se que a possibilidade de redução da remuneração por conta do desempenho estimula a CONCESSIONÁRIA a reverter eventual quadro indesejável;
- riscos do aumento de custos: a CONCESSIONÁRIA assume, salvo se decorrentes de alterações tributárias ou se tal aumento decorrer de algum evento imputado ao PODER CONCEDENTE ou por ele solicitado (ex: alteração do sistema de mensuração de desempenho; alteração dos projetos; pedido de incorporação de novas tecnologias)
- riscos de ocorrência de força maior ou caso fortuito: as partes dividem os prejuízos, podendo ocorrer a extinção da concessão, sem direito a qualquer indenização;
- riscos de inadimplência: são mitigados por conta das garantias oferecidas pelas partes e que podem ser utilizadas em caso de inadimplência.

Ressalte-se que, nos termos do ANEXO III, 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.

O ANEXO adota uma fórmula para cálculo do fluxo de caixa marginal anual, de forma a demonstrar os efeitos dos eventos que deram causa ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ao que tudo indica, esta fórmula pretende chegar ao



impacto do evento na concessão, o que deverá ser demonstrado em relatório técnico ou laudo pericial.

Neste contexto, o ANEXO 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 conseqüente variação do fluxo de caixa. O PODER CONCEDENTE, por sua vez, poderá requisitar outros documentos, assim como laudos econômicos, elaborados por entidades independentes contratadas pela CONCESSIONÁRIA.

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.

O contrato procura reduzir os riscos de se ter um reequilíbrio baseado em preços que não correspondam aos valores de mercado, quando impõe à CONCESSIONÁRIA o dever de cotar três propostas de orçamento. Todavia, tal providência não afasta por completo os riscos, 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 ao item 9 do ANEXO - MECANISMO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO, que trata da recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente de "*novos investimentos ou serviços solicitados pelo PODER CONCEDENTE e não previstos no contrato*", cumpre alertar para o fato de que o ESTADO não pode solicitar novo investimento ou serviço que fuja 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.

Em relação às hipóteses de caso fortuito e força maior, o risco é compartilhado. O ANEXO prevê que, na ocorrência de qualquer desses eventos, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, as PARTES acordarão se haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou a extinção da concessão administrativa, caso em que não caberá indenização à CONCESSIONÁRIA.

De fato, se a extinção da concessão decorrer de eventos imprevisíveis e inevitáveis, sem culpa, portanto, da CONCESSIONÁRIA ou do PODER CONCEDENTE, não se justifica o pagamento de indenização. As Partes dividem os prejuízos decorrentes do risco de se ter eventos de tal natureza.



Por fim, nos termos do contrato, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer mediante acordo das partes, alteração do prazo da concessão (respeitados os limites legais), alteração das obrigações contratuais da CONCESSIONÁRIA, pagamentos diretos à CONCESSIONÁRIA, ou revisão geral dos valores ou da fórmula de cálculo da contraprestação pecuniária. Caberá ao ESTADO a escolha por qual das medidas previstas para o reequilíbrio será adotada, caso a caso, mediante avaliação do interesse público.

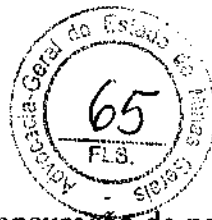
2.4. DO MODELO DE GOVERNANÇA

Pode-se dizer que o modelo de governança é um documento de extrema importância para o sucesso na implementação de uma Parceria Público-Privada, pois tal modalidade de parceria demanda uma governança estruturada, com entidades independentes para a fiscalização e auditoria do contrato, permitindo a garantia de execução dos interesses do ESTADO e maior transparência à população.

Trata-se de documento que visa a propor um modelo de governança para o período de concessão, incluindo o período de obras, a fim de assegurar que os esforços empreendidos pelas diversas entidades que estão envolvidas no projeto gerem o retorno esperado, seja ele financeiro, social e político.

O principal mecanismo de governança previsto no contrato é a instituição de COMITÊS DE GOVERNANÇA, constituídos por diversos atores envolvidos no objeto da concessão (PODER CONCEDENTE, CONCESSIONÁRIA, Associação Mineira de Municípios – AMM, Associação dos Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte GRANBEL, Ministério Público Do Estado de Minas Gerais – MPMG, Tribunal de Contas do Estado – TCE, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMAD, Verificador Independente, e outros atores que poderão ser incluídos) e cuja instituição se deve para fins de possibilitar discussões sobre diversos temas envolvidos na concessão.

Durante o prazo de vigência da concessão, poderão ser criados novos comitês que se façam necessários à gestão do serviços objeto da concessão. No entanto, desde já ficam instituídos dois comitês: COMITÊ 1, com as atribuições de apoiar o PODER CONCEDENTE com informações técnicas que possam contribuir para solução de eventuais conflitos gerados na execução do contrato, discutir impactos ambientais da execução do contrato e das obras envolvidas, discutir fatores para a garantia da saúde pública e segurança dos usuários, acompanhando relatório elaborado pela CONCESSIONÁRIA conforme previsto neste Plano de Governança e discutir sobre os papéis dos envolvidos na implementação das ações voltadas para EDUCAÇÃO AMBIENTAL. Já ao COMITÊ 2 compete a gestão do CONTRATO, a fiscalização da



operação dos serviços objeto da concessão, a mensuração de performance e consequente impacto na remuneração da CONCESSIONÁRIA, a apuração da medição mensal do QID e a Revisão, modificação e atualização do MODELO DE GOVERNANÇA.

Nas reuniões do COMITÊ 1, os atores que o compõem discutem as questões relativas ao seu objeto e podem fazer sugestões quanto à gestão dos serviços objeto da concessão. As deliberações tomadas não vinculam a CONCESSIONÁRIA, são apenas opinativas, mas exigem motivação pelo parceiro privado, que, portanto, deverá demonstrar que eventual descumprimento da sugestão do COMITÊ não prejudicará a gestão social e eficiente do COMPLEXO. De todo modo, havendo conflito entre o posicionamento do comitê e o da CONCESSIONÁRIA, nada impede que os atores do COMITÊ se valham dos meios legais para exigir seu cumprimento.

O COMITÊ 2, por sua vez, preocupa-se com a gestão propriamente dita do contrato e sua fiscalização. Qualquer discordância quanto à nota final de desempenho atribuída à CONCESSIONÁRIA poderá ser discutida no âmbito do COMITÊ 2, constituindo-se, pois, em instrumento útil à solução de eventuais conflitos entre as PARTES. O Verificador Independente é figura de extrema importância, dada sua imparcialidade.

O modelo conta, ainda, com duas ferramentas de suporte, a saber: 1) Gestão Web, que disponibilizará aos cidadãos os relatórios e dará notícias sobre o andamento e execução das atividades, além de dispor de um canal para que os interessados entrem em contato, via correio eletrônico, para comentários, sugestões, críticas; 2) Relatórios Periódicos, que serão elaborados pela CONCESSIONÁRIA (Relatório de Atividades), pelo ESTADO (Relatório de Gestão) e Relatório de Avaliação (facultado aos Municípios).

Com efeito, o modelo de governança possibilita tanto a solução de eventuais conflitos pautada no interesse público, como a participação de entidades e órgãos cujos interesses na gestão dos serviços objeto da concessão são relevantes, e, portanto, exigem da CONCESSIONÁRIA atenção às sugestões feitas, pois, provavelmente, essas visarão a uma maior eficiência na gestão e, conseqüentemente, melhores resultados tanto para as PARTES como para os demais usuários dos serviços.

Por fim, não custa lembrar que os atores envolvidos no modelo de governança (e não só o ESTADO, por meio da SEGEM/Agência RMBH) devem ficar atentos ao Plano de Resíduos Sólidos Metropolitano e aos planos editados pelos municípios (compatibilizados com o plano metropolitano), competindo-lhes, observada a competência de cada um, cobrar da CONCESSIONÁRIA a prestação dos serviços objeto da concessão em conformidade com os referidos planos.



2.5 – DOS REQUISITOS FORMAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Eis o que dispõe o art10 da Lei Federal nº 11.079/04, *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:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (seve) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

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.”



A Lei Estadual 14.868/03, por sua vez, prevê os requisitos necessários aos projetos de PPP, a saber:

“Art. 10 - Os projetos de parceria público-privada encaminhados ao CGP, sem prejuízo dos requisitos estabelecidos em regulamento, deverão conter estudo técnico que demonstre, em relação ao serviço, obra ou empreendimento a ser contratado:

I - a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;

II - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função da sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

III - a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos suficientes para cobrir seus custos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;

V - a necessidade, a importância e o valor do serviço em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único. Fica assegurado acesso público aos dados e às informações que fundamentem o estudo técnico de que trata este artigo.”

Em seu art.12, inciso IV, a Lei Estadual nº 14.868/2003 exige a apresentação pelo contratante, *“de estudo do impacto orçamentário-financeiro do contrato no exercício em que deva entrar em vigor e nos subseqüentes, abrangida a sua execução integral”*.

Note-se, aqui, 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 do orçamento estadual.

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, formais e legais.



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).

Neste contexto, cumpre ressaltar que o presente expediente não veio instruído com qualquer documento que comprove o cumprimento de todas as formalidades previstas na legislação, a exemplo do art.10 da Lei Federal nº 11.079/2004 e arts. 10 e 12 da Lei nº 14.868/2003, razão pela qual esta Consultoria Jurídica, neste momento, limitou-se a analisar o conteúdo do edital de licitação e respectivos anexos (I a VI).

A deflagração do processo licitatório, contudo, fica condicionada ao cumprimento de todos os requisitos formais previstos na legislação, que deverão ser comprovados nos autos e objeto de manifestação jurídica prévia.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, tem-se que o edital de licitação com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, para exploração dos serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos nos municípios convenientes da região metropolitana de Belo Horizonte e Colar metropolitano, encontra-se em conformidade com a legislação vigente (Lei Federal nº 11.079/2004, Lei 14.868/2003, Lei Federal nº 8.987/2005 e Lei Federal nº 8.666/93).

A publicação do edital, no entanto, fica condicionada:

- **à assinatura dos CONTRATOS DE PROGRAMA entre o ESTADO e os municípios metropolitanos arrolados no edital (Lotes 1 e 2), observadas todas as formalidades delineadas nas Notas Jurídicas nº 3.217, de 30/05/2012, e nº 3.409, de 20 de dezembro de 2012;**
- **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 e objeto de manifestação jurídica a tempo e modo.**

Por fim, não custa reiterar 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.

A análise jurídica desta Advocacia Geral do Estado se deu considerando os documentos que constam do arquivo digital que acompanha o presente Parecer.

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 18 de março de 2013.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
OAB/MG nº 69.844/ MASP nº 1127022-0

"APROVADO EM 18/03/13"

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597

APROV. EM 19/03/2013
Marco Antônio Rebezo Romão
Marco Antônio Rebezo Romão
Advogado-Geral do Estado
OAB/MG 32.060 - Masp.: 278