

Parecer

PG/PADM/LI/003/2023/SBG

Em 22 de março de 2023

REFERÊNCIA: SMS-PRO-2022/03013

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. MENOR CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA. REGIME DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP). MODERNIZAÇÃO E ADEQUAÇÃO DE INSTALAÇÕES PREDIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ASSISTENCIAIS NAS UNIDADES DA COORDENADORIA GERAL DE EMERGÊNCIA DA ÁREA DE PLANEJAMENTO 1.0 DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - COMPLEXO HOSPITALAR MUNICIPAL SOUZA AGUIAR (CHMSA). ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DO PROJETO, DAS MINUTAS DE EDITAL E DE CONTRATO.

I - RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pela Secretaria Municipal de Saúde, com vistas à realização de licitação na modalidade de concorrência, **do tipo menor contraprestação pública**, para contratação de Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, tendo por objeto *“a outorga da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, para MODERNIZAÇÃO E ADEQUAÇÃO DE INSTALAÇÕES PREDIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ASSISTENCIAIS NAS UNIDADES DA COORDENADORIA GERAL DE EMERGÊNCIA DA ÁREA DE PLANEJAMENTO 1.0 DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - COMPLEXO HOSPITALAR MUNICIPAL SOUZA AGUIAR (CHMSA), conforme especificado no EDITAL, na forma do CONTRATO, bem como a realização de outros investimentos e SERVIÇOS obrigatórios e do desempenho, pela CONCESSIONÁRIA, de atividades inerentes, acessórias ou complementares, na forma das diretrizes e especificações mínimas constantes do EDITAL e seus ANEXOS, na forma da lei e das normas regulamentares.”*, pelo prazo de 30 (trinta) anos, contados da ordem de início.

O valor estimado do contrato é de **R\$ 5.729.626.439,05** (cinco bilhões, setecentos e vinte e nove milhões, seiscentos e vinte e seis mil e quatrocentos e trinta e nove reais e cinco centavos), com data base em março de 2023, correspondente à soma dos valores estimados da contraprestação pública, a serem recebidos pela concessionária ao longo do prazo estipulado para a concessão administrativa.

Foi encartado às fls. 12/53 Termo de Referência referente ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), com vista à seleção de estudos técnicos junto à iniciativa privada para a modelagem da concessão administrativa.

Às fls. 137/143 consta Manifestação Técnica desta PADM (**Manifestação Técnica PG/PADM/LI/457/2021/EOG**) com relação à Minuta de Edital de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e seus Anexos, que foram encartados às fls. 55/133.

Consta à fl. 146 autorização para a realização do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), com a respectiva publicação no D.O. Rio às fls. 147/148.

Manifestação da Comissão Especial de Parcerias Estratégicas às fls. 156/165 quanto ao atendimento das recomendações da PGM para a realização do PMI.

Foram anexados às fls. 169/1520 os documentos de habilitação e qualificação e os projetos de estudos encaminhados pelos interessados no Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

Foram encartados às fls. 1918/2813 a minuta do Edital de Licitação e os seus Anexos.

Às fls. 2814/2815 foi encartada a Ata de Sessão de Avaliação e Seleção de Estudos referente ao PMI SMI nº 01/2021, com a respectiva publicação no D.O. Rio à fl. 2816, tendo sido selecionados os estudos técnicos apresentados pelo Grupo PEZCO-KRAFT-APPARECIDO e apontada a necessidade de correções e ajustes.

Às fls. 2817 consta aviso de consulta pública para apresentação de informações

preliminares e sugestões referentes ao projeto de implantação de Parceria Público-Privada (PPP) Administrativa no Complexo Hospitalar do Souza Aguiar, com a respectiva publicação no D.O. Rio à fl. 2818 e em jornal de grande circulação ao público à fl. 2819.

Às fls. 2820/2822 foi anexada a carta de oposição apresentada pelo Grupo PEZCO-KRAFT-APPARECIDO relativamente ao valor da indenização, que aparentemente não foi objeto de consideração motivada.

Às fls. 2876/3836 foram encartados a minuta atualizada do Edital de Licitação de Concorrência e os seus respectivos Anexos.

Demonstrativo orçamentário à fl. 3840 e Declaração do ordenador de despesa de adequação e compatibilidade financeira e orçamentária à fl. 3841.

Por fim, às fls. 3844/3847, consta despacho do Secretário titular da Pasta com a justificativa para a concessão administrativa, determinando, na sequência, o encaminhamento do processo a esta PG/PADM para análise jurídica, na forma do art. 8º, § 2º da LC nº 105/2009.

Não foram encartados aos autos a Declaração de Conformidade com a Minuta-Padrão e o Relatório de Instrução Processual Mínima - RIPM, estando em desacordo com o que determina o art. 2º, par. único, da Resolução PGM nº 845/2017.

Todavia, visando contribuir com a celeridade no atendimento de relevante demanda administrativa e social, bem como da apontada urgência, excepcionalmente, faremos a análise das minutas do Edital e do Contrato sem a declaração de conformidade, destacando, porém, a necessidade da sua apresentação nas futuras licitações realizadas pela Pasta, sob pena de restituição sem

manifestação definitiva, na forma do art. 4º da referida resolução.

É o relatório.

Passo à Análise Jurídica.

II – ANÁLISE JURÍDICA

II.1 – Considerações introdutórias: Precedentes da d. PGM sobre a modelagem, sua adequação ao caso concreto e premissas jurídicas do exame

Destacamos desde logo que o presente Parecer não adentrará na análise da legalidade dos procedimentos adotados para a realização do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), objeto de análise por esta PG/PADM na **Manifestação Técnica PG/PADM/LI/457/2021/EOG** às fls. 137/143, presumindo-se que tenham sido devidamente observadas as orientações jurídicas desta Procuradoria.

Registre-se que o presente pronunciamento adotará a forma de Parecer, na forma do art. 104, I, ‘f’ do Regimento Interno da PGM/RJ.¹

Pois bem, a parceria público-privada (PPP), na forma de concessão administrativa, encontra-se conceituada no art. 3º, § 2º da Lei Complementar nº 105/09, que a define como “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”.

Como não poderia ser diferente, a definição trazida na Lei Complementar nº 105/09 não destoa daquela prevista no art.

2º, §2º da Lei federal nº 11.079/04: *“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.”*

Em sede doutrinária, cumpre trazer as lições de Carlos Ari Sunfeld a respeito dos elementos essenciais da concessão administrativa:

“A concessão administrativa de serviços ao Estado é a que tem por objeto (...) o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração. (...) Enquanto o contrato de serviços resume-se à prestação de serviços, a concessão administrativa de serviços ao Estado inclui, também a realização, pelo concessionário, de investimento mínimo de 20 milhões de reais (Lei nº 11.079/04, art.2º, §4 - II) na criação, ampliação ou recuperação (. . .) de infraestrutura necessária aos serviços, que serão prestados com base nela por ao menos cinco anos.”² (Grifo nosso)

A *ratio* econômica da concessão administrativa pressupõe, portanto, ajustes de longo prazo para possibilitar a amortização e remuneração do valor alocado, além de prestigiar, observada a discricionariedade administrativa no caso concreto, a fixação de metas objetivas de resultado e a previsão de incentivos à contratada para que execute o objeto da concessão de modo a ensejar correspondente ganho de eficiência e economicidade à

¹ **Art. 104.** As respostas dos Procuradores às consultas revestem-se da forma de:

I - parecer, sempre que versem sobre:

(...) f) análise de editais e contratos relativos a parcerias público-privadas e concessões de serviço público.

² SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Editora Malheiros, 2a ed., 2011, p.32.

Administração na gestão de obras e serviços públicos.

Destarte, a adequada repartição de riscos concretizada na minuta do Edital e no contrato (arts. 5º, VI e 20, IV da Lei Complementar nº 105/09), bem como a remuneração variável com critérios precisos (arts. 5º, IX e 20, II da Lei Complementar nº 105/09) compensam sistemicamente a flexibilidade da contratada para elaborar o projeto, de acordo com a *expertise* que lhe é própria.

Noutro giro, as concessões administrativas se destacam pela inexistência de tarifas a serem complementadas pela remuneração do parceiro público. Quanto ao ponto, cumpre assinalar que a matéria já foi enfrentada nesta Procuradoria, por meio do Parecer PG/SUB/CONS/FLC nº 002/2018 e o Parecer PG/GAB/008/2011-RLL. Veja-se trecho didático deste último pronunciamento:

“5. Concessão administrativa – A outra modalidade de PPP poderia ser conceituada como um contrato especial de prestação de serviços. Neste caso, teremos a prestação de serviços em favor da Administração Pública, sendo o parceiro privado remunerado exclusivamente pelas contrapartidas pagas pelo Poder Público, uma vez que a cobrança de tarifas é inviável (economicamente, socialmente, ou porque o Estado é o único usuário).

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado esclarecem ‘as concessões administrativas destinam-se a tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sob a égide da Lei 8.666/1993’, o que não afasta, contudo, que a mesma possa se aplicar também para a prestação de serviços públicos.

Por isso, a concessão administrativa é também chamada de ‘falsa’ concessão,

um contrato de prestação de serviços com a roupagem jurídica de concessão.

O que a lei veda, para evitar o uso indiscriminado de PPP, é a celebração de uma PPP tendo como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, §4º da Lei Federal nº 11.079/2004). situações nas quais estaríamos diante de um simples contrato de empreitada, de modo que a gestão do bem, por exemplo, deve estar contemplada no objeto”. (Grifo nosso)

Traçado este delineamento preambular, cabe destacar que a concepção do projeto se enquadra juridicamente na modelagem de concessão administrativa, conforme estudos técnicos e justificativa apresentada pelo Exmo. Secretário Municipal de Saúde (DESPACHO Nº SMS-DES-2023/28300 - fls. 3847/3848):

“O processo administrativo SMS-PRO-2022/03013 trata de projeto de Parceria Público-Privada na modalidade de concessão administrativa, cujo objeto consiste em modernização, reforma, operação e manutenção das estruturas prediais do Complexo Hospitalar Souza Aguiar, bem como gestão dos serviços não- assistenciais inerentes à operação das unidades deste Complexo.

Importante ressaltar que este projeto não envolve os serviços atrelados à execução assistencial, consideradas atividades fim desta Secretaria e do Complexo em questão. Tal projeto, na visão desta Pasta, vem auxiliar em sua missão constitucional de garantir à população acesso aos serviços de saúde por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, especialmente no que tange ao componente do atendimento hospitalar, seguindo como premissa basilar o acesso universal com equidade e integralidade, respeitando assim a Constituição e a Lei Orgânica do SUS, nº 8080/1990.

Esta missão constitucional é demasiadamente complexa em virtude de suas peculiaridades, principalmente por também envolver um oferta de serviço em consonância com a Política Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, além de garantir a efetividade dos serviços com racionalização, transparência e eficiência na aplicação de recursos.

A Gestão de Atenção Hospitalar e seu respectivo Financiamento compõe eixos estruturantes previstos na Portaria Ministerial nº 3.390, de

30 de dezembro de 2013, que fixa a Política Nacional de Atenção Hospitalar - PNHOSP. Esta norma define, dentre outras condições relevantes, a ambiência hospitalar, arquitetura inclusiva e com acessibilidade, infraestrutura, incorporação tecnológica, sustentabilidade e da renovação sistêmica do parque tecnológico, devendo contemplar os projetos de implementação das Redes Temáticas de Atenção à Saúde e Programas prioritários do SUS.

Nesta esteira, percebe-se pela literatura predominante que experiências (internacional e nacional) comprovam a eficácia da atuação da parceria com a iniciativa privada nas políticas públicas de saúde, com vantagens não somente econômicas como também técnicas, em que a instituição contratada detém condições de prestar um serviço público qualificado, interessando aos administrados e usuários esta aproximação do Estado com a iniciativa privada, direcionada à arrecadação de capital para investimento e financiamento de obras e serviços públicos.

É notório que, dentre os contratos administrativos que possibilitam essa relação entre os setores (público e privado), a parceria público-privada se destaca pelo compartilhamento dos riscos e pela arrecadação de valores, assumindo fundamental importância nos investimentos em infraestrutura e,

como consequência, no crescimento econômico local.

Outrossim, além da imperiosa necessidade de reforma predial e de modernização de infraestrutura nas Unidades desta Rede Municipal, principalmente no que tange ao desenvolvimento de projetos arquitetônicos, comunicação visual e climatização, bem como quanto ao projeto de prevenção e combate a incêndio, envolvendo instalações hidráulicas e elétricas, também se faz necessária a operação e execução dos serviços "não assistenciais", vinculados a "atividade-meio", conforme exemplificado neste processo e pormenorizadamente sinalizado no respectivo Termo de Referência.

No planejamento desta Pasta, a prioridade de iniciar um programa de PPPs pelo Complexo Hospitalar Souza Aguiar se dá por ser uma unidade centenária que demanda de modernização e reformas profundas, por sua demanda notoriamente expressiva e por se tratar de um complexo estratégico da Cidade e do Estado do Rio de Janeiro devido a sua localização central, além de contemplar na sua estrutura todas as especialidades necessárias ao atendimento de Urgência e Emergência.

Especificamente sobre esta PPP, a expectativa é que o Complexo sofra uma revitalização que lhe coloque apto a atender às diversas normas técnicas, de segurança e forneça aos seus usuários atendimentos tempestivos e de qualidade, além de receber uma renovação em seu parque de equipamentos que traga sensível aumento na produtividade do complexo.

Em termos de orçamento, vislumbra-se que o eventual acréscimo orçamentário da PPP, em relação ao orçamento já em execução para os diversos contratos atualmente vigentes para operação do

Complexo, seja justificado em função da renovação de todo o parque de equipamentos do Complexo, além da reforma que trará aumento significativo na produtividade através de mais atendimentos de urgência e ambulatoriais, partos, cirurgias, revisões, exames entre outros serviços. Uma vez que a Administração Municipal será a principal interessada na prestação dos serviços, e na impossibilidade de cobrança pelos serviços ali prestados, esta PPP se enquadrará sob a modalidade de concessão administrativa, conforme previsão contida no art. 2º, §2º, da Lei Federal nº 11.079/2004.” (Grifo nosso)

Constata-se da minuta do Edital (itens 1.1 e 7.1 – fls. 2876 e 2887), do Contrato (cláusula 4 – fls. 2933/2934) e do Anexo de Encargos (fls. 2999/3235) que o concessionário deverá, além de executar as obras e serviços de modernização, reforma, operação e manutenção das estruturas prediais do Complexo Hospitalar Municipal Souza Aguiar, será responsável também pela operação e execução dos serviços "não assistenciais", vinculados a "atividade-meio" especificados e detalhados no referido Anexo de Encargos, tais como controle de acesso, hotelaria, infraestrutura e serviços de TI, nutrição e dietética, faturamento hospitalar, manutenção, serviços de suprimento e distribuição da farmácia hospitalar e coleta de resíduos de serviços de saúde, não se tratando, portanto, de mera execução de obra, vedada pelo art. 2º, §4º da Lei Federal nº 11.079/04.

Tendo em vista a complexidade, os riscos e o elevado investimento esperado para o projeto, adotou-se o formato de PPP, em modalidade de concessão administrativa,

para conferir maior atratividade à iniciativa privada, permitindo a amortização em longo prazo dos investimentos e a partilha dos riscos.

Em razão de a Administração Pública ser a usuária direta dos serviços administrativos prestados, não será viável o custeio por meio de tarifas, havendo remuneração unicamente por meio de contrapartida pública, diferenciando-se da concessão comum e patrocinada, conforme art. 3º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 105/09.

Ademais, cabe ressaltar que o art. 4º, I da Lei Complementar nº 105/09 admite expressamente a aplicação do PROPAR-RIO na área da saúde.

Fazendo uma rápida pesquisa na rede mundial de computadores, verificamos que Projetos similares já foram executados por outros entes da federação na área da saúde, adotando a mesmo instrumento da Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa, conciliando a execução de obras e serviços, tais como o Hospital do Subúrbio no Estado da Bahia³; o Hospital Metropolitano no Município de Belo Horizonte/MG⁴, havendo projeto similar na sua Rede de Atenção Primária à Saúde⁵, os Complexos Hospitalares no Estado de São Paulo⁶; o Município de Manaus/AM, que também já executou projeto similar para implantação e manutenção das UBSF⁷. O projeto do Hospital do Subúrbio no Estado da Bahia, inclusive, foi reconhecido e premiado

³ http://www.hospitaldosuburbio.com.br/?page_id=5320.

⁴ <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/hospital-metropolitano-de-belo-horizonte>

⁵ <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/atencao-primaria>.

⁶ <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/ppp-complexos-hospitalares/ppp-complexos-hospitalares>

⁷ <https://ppp.manaus.am.gov.br/ppp-da-saude/>

internacionalmente como um dos melhores projetos de saúde da América Latina⁸, o que reforça a adequação do modelo de concessão administrativa ao caso.

Assim, há adequação do projeto à definição de concessão administrativa veiculada no art. 3º, §2º da Lei Complementar nº 105/09, devendo ser observados os preceitos constitucionais que regem o Sistema Único de Saúde-SUS, na forma do art. 5º, par. único, da Lei Complementar nº 105/09.

Quanto à **modalidade licitatória**, foi escolhida a **modalidade concorrência pública**, conforme item 1.1 da minuta do Edital (fl. 2876), em observância ao disposto no art. 10º, caput, da Lei Federal nº 11.079/2004 e no art. 11, caput, da Lei Complementar nº 105/2009, in verbis:

*“Art. 10. **A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021 (...))” (Grifo nosso).*

*“Art. 11. Aprovados e incluídos os projetos no Plano Municipal de Parcerias Público-Privadas, os órgãos ou entidades responsáveis pela sua implementação darão início, após autorização do CGP, **ao procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência**, necessário à contratação de Parceria Público-Privada, nos termos da legislação federal aplicável à espécie.” (Grifo nosso)*

Em relação ao **Tipo de Licitação/Critério de Julgamento**, foi escolhido o **critério do menor valor da contraprestação pela Administração Pública**, conforme itens 1.1 e

8.1 da minuta do Edital (fls. 2876 e 2887), contemplado no art. 12, II, “a”, da Lei Federal nº 11.079/2004.

Assim sendo, afiguram-se juridicamente adequados a modalidade e o tipo de licitação/critério de julgamento adotados.

De toda sorte, a instrução processual da Fase da Interna da Licitação e a minuta de Edital de parcerias público-privadas possuem especificidades, que devem ser analisadas separadamente com vistas à sua escoreta adequação, o que faremos a seguir nos itens III e IV deste Parecer.

III - Análise da Instrução Processual Pertinente à Fase Interna da Licitação de Parceria Público-Privada, sob a Modalidade Concessão Administrativa

Com o intuito de conferir sistematicidade e facilitar o atendimento à legislação de regência por parte dos órgãos competentes, estrutura-se esta seção por meio de tópicos.

III.1 - Justificativa quanto ao interesse público do Projeto: requisito **atendido**, às fls. 04/07 e fls. 3844/3847 (**DESPACHO Nº SMS-DES-2023/28300**), como apontado no item II deste Parecer.

A análise do interesse público identifica-se como mérito do administrador, que detém legitimidade democrática para decidir acerca da conveniência e oportunidade da licitação, tanto quanto do órgão técnico que detenha expertise para atestá-lo, observados sempre, por óbvio, os princípios da Administração Pública.

III.2 - Justificativa quanto à modalidade de concessão adotada (art. 3º da Lei Complementar nº 105/09 e art. 2º da Lei

⁸ http://www.hospitaldosuburbio.com.br/?page_id=5320.

federal nº 11.079/04): requisito **atendido**, às fls. 3844/3847 (**DESPACHO Nº SMS-DES-2023/28300**), como apontado no item II deste Parecer.

Recomendamos apenas sejam anexados o Termo de Referência (Projeto Básico) referente ao processo licitatório da concessão administrativa e o Caderno 5 – Jurídico apontado às fls. 1069/1071, integrante dos estudos técnicos selecionados no PMI, como forma de reforçar de forma técnica as justificativas apresentadas pelo Gestor da Pasta.

III. 3 - Adequação do Projeto às áreas do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas-PROPAR-RIO (art. 4º da Lei Complementar municipal nº 105/09): requisito **atendido**, tendo em vista que o Projeto está precipuamente voltado à área temática da saúde, expressamente contemplada no art. 4º, I, da Lei Complementar nº 105/2009.

III. 4 - Aprovação do Termo de Referência e seus Apêndices pela autoridade competente e respectiva publicação no Diário Oficial: requisito **não atendido**.

Não localizamos nos autos o Termo de Referência (Projeto Básico) referente ao processo licitatório, que deve ser oportunamente providenciado e submetido à aprovação pela autoridade administrativa competente, com a respectiva publicação da aprovação no

D.O. Rio, observando os parâmetros previstos nos estudos técnicos selecionados no PMI.

O Termo de Referência (Projeto Básico) deverá conter, além da justificativa para a

contratação, as justificativas para os requisitos de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira dos licitantes no certame, em especial o tempo de experiência e os quantitativos mínimos exigidos, considerando o caráter restritivo das exigências.

III. 5 - Não incidência das vedações elencadas no art. 4º, §4º da Lei Complementar nº 105/2009 e do art. 2º, §4º da Lei federal nº 11.079/2004 (valor inferior a R\$ 20.000.000,00, prazo contratual inferior a 5 anos e objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública): requisito **atendido**, visto que a licitação possui valor estimado de R\$ 5.729.626.439,05 (cinco bilhões, setecentos e vinte e nove milhões, seiscentos e vinte e seis mil e quatrocentos e trinta e nove reais e cinco centavos) – item 9 do Edital (fl. 2887), prazo de 30 (trinta anos) – item 10 do Edital (fl. 2888) e, como já apontado no item II deste Parecer, possui objeto complexo, englobando a execução de obras de modernização, reforma, operação e manutenção das estruturas prediais do Complexo Hospitalar Souza Aguiar, bem como a operação e execução de serviços "não assistenciais", vinculados a "atividade-meio" à Administração Pública, na qualidade de usuária direta.

III.6 - Autorização pelo Conselho Gestor do PROPAR-RIO-CGP para abertura do procedimento licitatório (art. 7º, II da Lei Complementar municipal nº 105/09 e art.

10 da Lei federal nº 11.079/04): requisito não atendido.

III.7 - Realização de consulta pública - arts. 5º, XIII, 8º, §2º e 15, todos da Lei Complementar nº 105/09, e art. 10, VI da Lei federal nº 11.079/04: requisito parcialmente atendido às fls. 2817/2819.

Em que pese tenha sido acostado a processo Aviso Consulta Pública nº 01/2022 (fls. 2817/2819), referente ao projeto de PPP administrativa para a concessão administrativa das obras de modernização e adequação das instalações prediais e operacionização e prestação de serviços não assistenciais nas unidades do Complexo Hospitalar Municipal Souza Aguiar, que foi publicado no D.O. Rio de 10/02/2022 (fl. 2818), fato é que não constam dos autos o resultado da consulta e as eventuais contribuições oferecidas pelos interessados.

Destaco que o artigo 15 da Lei Complementar nº 105/09 e o artigo 10, VI da Lei federal nº 11.079/04 demandam que o aviso de consulta pública seja acompanhado de i) justificativa para a contratação; ii) identificação do objeto; iii) prazo de duração do contrato; e iv) seu valor estimado.

Cabe frisar que a Administração não possui o dever de incorporar as sugestões apresentadas pela sociedade civil, mas compete-lhe oferecer publicidade ao procedimento e pautar os atos decorrentes pelo princípio da motivação administrativa.

Assim, recomenda-se sejam prestados esclarecimentos a respeito do atendimento ao iter procedimental de consulta pública das minutas de edital e do contrato, isto é, o recebimento de sugestões dos interessados e a resposta da Administração, conforme

determinam o artigo 15 da Lei Complementar nº 105/2009 e o artigo 10, VI da Lei federal nº 11.079/04.

III.8 - Justificativa quanto ao prazo da PPP: requisito atendido às fls. 3685/3723 (Estudo Econômico de Referência), estando o prazo de 30 (trinta) anos inserido no limite de 35 (trinta e cinco) anos legalmente estabelecido no art. 5º, I da Lei Federal nº 11.079/04 e superior ao prazo mínimo de 5 (cinco) anos previsto no art. 3º, §4º, II da Lei Complementar nº 105/2009.

Cabe ressaltar que o prazo da concessão consiste em elemento essencial da modelagem adotada, constituindo relevante indicador do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, dada sua repercussão na amortização de investimentos da parceira privada.

No mais, ressalvo que não cabe a esta Procuradoria examinar critérios de oportunidade, conveniência e razoabilidade eleitos pelos órgãos técnicos com expertise para tanto no momento da fixação do prazo, mas tão somente avaliar a existência nos autos da análise em comento.

III.9 - Manifestações e Estudos da Secretaria Municipal da Casa Civil, da Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento, e da Controladoria-Geral do Município com vistas à aprovação e inclusão do Projeto no Plano Municipal de Parcerias Público- Privadas (art. 8º, §§2º e 3º da Lei Complementar nº 105/09 e art. 4º do Decreto nº 32.422/10): requisito não atendido.

III.10 - Análise da viabilidade jurídica da proposta e dos instrumentos editalícios pela PGM, na forma do art. 8º, §4º da Lei Complementar nº 105/09 e do art. 4º, III do Decreto nº 32.422/10: requisito **atendido** por meio da presente manifestação e dos vistos que se sucederão, cujas eventuais ressalvas competem aos órgãos competentes observar.

III.11 - Realização de Estudo Técnico (art. 10 Lei Complementar nº 135/09 e art. 10 Lei federal nº 11.079/04): requisito **parcialmente atendido** às fls. 2999/3836, não tendo sido localizado, contudo, o Caderno 5 - Jurídico apontado às fls. 1069/1071 e que integraria os estudos técnicos selecionados no PMI.

Nesse ponto, verificamos que a Comissão de Avaliação e Acompanhamento do PMI, quando da avaliação e seleção dos estudos, considerou necessários correções e ajustes nos estudos selecionados (fl. 2815), devendo ser esclarecido pela Pasta se tais correções e ajustes foram implementados e se os estudos anexados ao Edital correspondem efetivamente à versão final e atualizada já com as correções e ajustes apontados como necessários.

Recomendamos seja avaliada pela equipe técnica da Pasta a situação dos contratos atualmente vigentes para a prestação dos serviços e que serão futuramente assumidos pela concessionária, a fim de se evitar eventual sobreposição de contratos e de pagamentos em duplicidade pelos mesmos serviços prestados, em prejuízo aos cofres públicos.

Além disso, sugerimos seja realizada uma análise das condições de mercado, para fins

de verificar a existência de potenciais empresas ou consórcios de empresas aptos e capazes de assumir a operacionalização e execução de todos os serviços previstos a serem assumidos pela futura concessionária, de forma a evitar eventual licitação deserta ou fracassada.

Por fim, sugere-se que os valores adotados para a estimativa do valor do contrato nos estudos técnicos elaborados sejam avaliados rigidamente pela equipe técnica competente da Pasta, a fim de analisar a compatibilidade com os preços referenciais de mercado, a fim de se evitar eventual sobrepreço e/ou superfaturamento.

III. 12 - Edição de Decreto incluindo o projeto aprovado pelo CGP no Plano Municipal de Parcerias Público-Privadas (art. 8º, §5º da Lei Complementar nº 105/09): requisito **não atendido**.

III.13 - Documentos de natureza orçamentária: consta às fls. 3840/3841 Demonstrativo orçamentário e Declaração do ordenador de despesa da adequação e compatibilidade financeira e orçamentária da despesa com a LDO, LOA e o PPA.

Nesse ponto, cabe registrar que não se insere nas atribuições desta PG/PADM a análise quanto ao cumprimento de providências de índole orçamentária, cabendo ao gestor demonstrar sua observância.

No tocante especificamente às Parcerias Público-Privadas, o art. 4º, II do Decreto Municipal nº 32.422/10 incumbiu à SMFP a atribuição para a análise dos aspectos econômicos, orçamentários e financeiros da concessão, o que deve ser oportunamente providenciado pela Pasta.

III.14 - Limite de despesa previsto no art. 24 da Lei Complementar nº 105/09: requisito não atendido.

III.15 - Demonstração da regularidade da área objeto da concessão junto ao município: requisito não atendido, constando apenas informação de que a implementação do Projeto ocorrerá em Complexo Hospitalar pertencente à rede municipal de saúde.

III.16 - Obtenção de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento (art. 12 da Lei Complementar nº 105/09 e art. 10, VII da Lei federal nº 11.079/04): requisito parcialmente atendido às fls. 3460/3476 (Caderno de Sustentabilidade).

Não obstante a literalidade dos preceitos legais pertinentes afirme que a abertura do procedimento licitatório está condicionada a "licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento", não se pode deixar de alertar que a ausência da licença ambiental prévia expõe a abertura do procedimento licitatório a riscos jurídicos, considerando especialmente que as diretrizes apresentadas no estudo técnico aparentam ser muito amplas e genéricas, não avaliando especificamente se as obras e serviços de engenharia a serem executados efetivamente apresentam potencial risco de degradação ambiental, de modo a exigir o licenciamento ambiental.

Nesse ponto, recomendamos, se for o caso, seja consultada a SMAC para avaliar se as

diretrizes apresentadas no estudo técnico são suficientes para atender a exigência legal ou se seriam necessários ajustes e aperfeiçoamento para o atendimento das normas ambientais, evitando, inclusive, futuros questionamentos pelos órgãos de controle.

III.17 - Definição da modalidade de contraprestação da Administração Pública adotada (art. 27 da Lei Complementar nº 105/09 e art. 6º da Lei federal nº 11.079/04): requisito parcialmente atendido às fls. 2950/2954 (Cláusula 20ª da minuta de Contrato), não restando indicada de forma clara se a modalidade eleita se encontra no rol daquelas previstas no art. 27 da Lei Complementar nº 105/2009.

Ao que tudo indica, o pagamento da contraprestação da Administração Pública se dará com recursos orçamentários dos cofres municipais, amoldando-se à hipótese prevista no art. 27, I da Lei Complementar nº 105/2009, o que, todavia, deve constar expressamente no instrumento contratual, de modo a tornar claro e afastar qualquer dúvida.

III.18 - Definição da modalidade de garantia contratual oferecida pela Administração Pública (art. 28 da Lei Complementar nº 105/09 e art. 8º da Lei federal nº 11.079/04): requisito parcialmente atendido à fl. 2972 (Cláusula 34ª da minuta de Contrato) e às fls. 3725/3742 (Anexo IV – minuta de contrato garantia), não restando indicado de forma clara se a modalidade de garantia adotada se insere no rol daquelas previstas no art. 28, da Lei Complementar nº 105/2009.

Ao que tudo indica, pretende-se criar uma conta bancária específica junto a uma instituição financeira para garantir o pagamento das contraprestações mensais devidas pelo concedente, inclusive, com a vinculação de transferências do FPM (fl. 3728), amoldando-se, aparentemente, à hipótese prevista no art. 28, II da Lei Complementar nº 105/2009, o que, todavia, deve constar expressamente no instrumento contratual, de modo a tornar claro e afastar qualquer dúvida.

Nesse ponto, advertimos para eventuais riscos com a modalidade de garantia adotada conforme alínea “b” do item 4.1 do contrato de conta garantia (fl. 3731).

A controvérsia gira em torno da interpretação do alcance da vedação prevista no art. 167, IV da CF/88, existindo duas interpretações quanto ao tema.

A primeira interpretação entende que a proibição atinge apenas os impostos de competência do próprio ente, não abrangendo a receita oriunda das transferências constitucionais, entendendo que tais receitas, para os entes que as recebem, não constituem receitas de impostos propriamente, mas receitas constitucionais transferidas de natureza contábil, não atraindo, assim, a vedação constitucional.

Esse é o entendimento defendido pelo professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, GUSTAVO BINENBOJM:

“(..)Sabe-se que o FPE e o FPM, de fato, são nutridos por receitas de impostos federais (Imposto de Renda - IR e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI), nos termos do disposto no art. 159 da Constituição. Diante disso, questiona-se se os recursos repassados pela União, no bojo do FPE e do FPM, seriam impostos, sujeitos ao princípio da não vinculação. A resposta é negativa.

Nada obstante os fundos de participação tenham origem fiscal, não é correto dizer que os seus recursos mantenham tal natureza quando ingressam nos cofres dos Estados e Municípios. Em verdade, após sua regular constituição e distribuição, os fundos revestem-se de natureza meramente contábil, sendo típica receita pública do ente federativo que a recebe.

Em outras palavras: quando os recursos do FPE ou do FPM são transferidos do Tesouro Nacional para os Estados e Municípios, deixam de ser receita de impostos. Até mesmo porque aqueles entes não têm qualquer ingerência sobre tais exações federais dirigidas aos fundos de participação. Eles apenas participam do resultado final do montante arrecadado pela União. Por isso, tais valores são contabilizados nos cofres estaduais e municipais não como receitas de impostos, mas como transferências intergovernamentais. E é justamente por essa razão que não se lhes aplica a vedação do inciso IV do art. 167.(...)”⁹
(Grifo nosso)

Ao que nos parece essa interpretação é predominante e majoritária, entendendo, assim, que a vedação somente incidiria relativamente a receitas de impostos arrecadadas pelo próprio ente (impostos diretos), não incidindo tal vedação sobre as receitas transferidas, que, sob a perspectiva dos entes que recebem a transferência, não possuem a natureza de receitas de impostos propriamente, mas de receitas financeiras transferidas, não atraindo, por consequência, a vedação constitucional do art. 167, IV da CF/88.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas e a vinculação de receitas dos Fundos de Participação como garantia das obrigações do Poder Público.** In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 7 (jan./jun. 2014) Rio de Janeiro: O Tribunal.

Nesta mesma linha, citamos o entendimento do professor FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO; o TCM/MG¹⁰, a AGU¹¹, a PGE/BA¹², a PGM/SP¹³; precedentes de alguns Tribunais Regionais Federais¹⁴, precedente do Órgão Especial do TJSP¹⁵ e precedente mais antigo do STF.¹⁶

A outra interpretação entende que, como o texto constitucional não faz qualquer

¹⁰ TCE/MG, Processo nº 809502, Consulta. Conselheiro Relator: Antônio Carlos Andrada.

¹¹ AGU, **Parecer Vinculante nº GMF07**. Disponível em <[¹² PGE/BA, **PARECER PLC-V-1754/2008**, da lavra do Procuradora do Estado da Bahia, Dra. MARIA VITÓRIA TOURINHO DANTAS. Disponível <\[https://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Maria_Vitoria_Tourinho_Dantas_Consulta_2009_Consultoria.pdf\]\(https://www.pge.ba.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Maria_Vitoria_Tourinho_Dantas_Consulta_2009_Consultoria.pdf\)> Acesso em 20 de mar 2023.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-07-2018.htm#:~:text=ASSUNTO%3A%20Oferecimento%20dos%20Fundos%20de,normativos%20a%20ser%20uniformemente%20seguida.> Acesso em 20 de mar 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹³ PGM/SP, **Parecer PGM/CGC Nº 4216715**, da lavra do Procurador do Município de São Paulo, Dr. RODRIGO BRACET MIRAGAYA. Disponível em <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/parecer-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-11776-de-21-de-agosto-de-2017/consolidado>> Acesso em 20 de mar 2023.

¹⁴ TRF-3, REMESSA NECESSÁRIA Nº 5000119-05.2020.4.03.6126, 3ª Turma, Relator: Des. Fed. Antônio Cedenho, julgamento em 27/07/2021. No mesmo sentido: TRF-1, REMESSA NECESSÁRIA nº 1009132-80.2020.4.01.3304, 6ª Turma, Relator: João Batista Gomes Moreira, julgamento em 28/03/2022.

¹⁵ TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0142749-60.2011.8.26.0000, Órgão Especial, Relator: Des. Artur Marques, data do julgamento 14/09/2011.

¹⁶ *RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FÁTICA. Na apreciação do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais, parte-se da moldura fática delineada pela Corte de origem. Impossível é pretender substituí-la para, a partir de fundamentos diversos, chegar-se a conclusão sobre o desrespeito a dispositivo da Lei Básica Federal. CONDENAÇÃO JUDICIAL - ACORDO - PARCELAMENTO. Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição. ACORDO - DÉBITO - ICMS - PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios. (Grifo nosso) (STF, RE 184116, Relator(a): MIN. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 07/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00139 EMENT VOL-02019-02 PP-00419)*

restrição, a vedação atingiria também as transferências constitucionais, quando oriundas do produto da arrecadação de impostos pelos entes federativos que efetuam os repasses. Foi a interpretação adotada nos precedentes mais recentes do STF¹⁷ e em alguns precedentes do Órgão Especial do TJSP¹⁸.

Portanto, há de se reconhecer que a questão não se encontra pacificada e suscita controvérsias, inclusive no âmbito do STF, trazendo riscos jurídicos com relação à modalidade de garantia escolhida, que deverão ser sopesados pelo Gestor Público ao tomar decisão acerca da previsão desta forma de garantia. Por cautela, caso se decida por manter a previsão da garantia, recomenda-se que seja avaliada a conveniência de antecipar uma solução para a eventualidade da anulação da cláusula de garantia.

Afora desta discussão, não vislumbramos no presente caso a presença de qualquer das hipóteses ressalvadas na parte final do inciso IV do art. 167 da CF/88, que admitem, excepcionalmente, a vinculação de receitas de impostos a despesa, órgão ou fundo. Inclusive quanto à ressalva para “as ações serviços públicos de saúde”, específica para vinculação de receitas para o custeio de despesas obrigatórias relativas aos serviços de saúde.

¹⁷ STF, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 665.291/RS, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, data do julgamento 16/02/2016. No mesmo sentido: STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 553/RJ, Plenário, MIN. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018.

¹⁸ TJSP, ADI nº 2077592-67.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Relator: Des. Ferreira Rodrigues, data do julgamento 18/11/2015. No mesmo sentido: TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2270832- 21.2015.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 14/09/2016; Data de Registro: 20/09/2016.

De todo modo, recomendamos seja a SMFP consultada quanto ao atendimento e compatibilidade com as leis financeiras e orçamentárias e o impacto financeiro-orçamentário da medida relativamente aos resultados e metas fiscais do município.

Por fim, caso se opte por manter a modalidade de garantia, o que deve ser ponderado pelo Gestor Público, considerando os riscos jurídicos apresentados nesta manifestação, recomenda-se seja avaliada a conveniência de encaminhamento de projeto de lei autorizativa à Câmara Municipal para outorgar como garantia as receitas recebidas via FPM, considerando ter sido este o expediente comumente observado pelos demais entes da federação que já adotaram forma de garantia similar, tais como, o Estado da Bahia¹⁹; o Estado de Pernambuco²⁰; o Estado do Ceará²¹; o Estado do Amazonas²², até para se evitar eventuais questionamentos e conferir maior segurança jurídica ao concessionário.

III.19 - Definição da modalidade de garantia contratual oferecida pelo licitante (art. 11, I da Lei Federal nº 11.079/04, arts. 447 e 457 do RGCAF e art. 96 da Lei Federal nº 14.133/2021): Requisito **parcialmente atendido** às fls. 2892/2894 (item 14 da minuta do Edital), cabendo à autoridade competente ratificar expressamente a porcentagem e as modalidades admitidas.

¹⁹ Lei nº 11.477/2009 do Estado da Bahia.

²⁰ Lei nº 12765/2005 do Estado de Pernambuco.

²¹ Lei nº 15.745/2014 do Estado do Ceará.

²² Lei nº 3.322/2008 do Estado do Amazonas.

III. 20- Avaliação dos tributos incidentes de titularidade do Município para fins de estimativa dos estudos de viabilidade da concessão: requisito **não atendido**.

III. 21 - Autorização legislativa específica, na forma do art. 10, § 3º da Lei Federal nº 11.079/04 e art. 13 da Lei Complementar nº 105/09: requisito **não aplicável**.

Não obstante respeitável entendimento em sentido contrário²³, entendemos não haver necessidade de autorização legislativa específica para as concessões

administrativas tendo em vista que os arts. 10, § 3º da Lei Federal nº 11.079/04 e 13 da Lei Complementar municipal nº 105/2009 somente trazem expressamente a exigência para as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado seja custeada pela Administração Pública, nada se referindo às concessões administrativas, não se afigurando razoável extrair, por via interpretativa ampliativa, exigência excepcionalíssima que restringe a autonomia do Poder Executivo, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes e a esfera de reserva da Administração.

As hipóteses de prévia autorização legislativa para a celebração de parcerias e contratos administrativos, atividades tipicamente administrativas de gestão inerentes às atribuições próprias do Poder Executivo, por excepcionais e se admitidas, devem ser interpretadas de maneira estrita, não comportando interpretação ampliativa ou extensiva, de forma a limitar indevidamente a

²³ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 288.

autonomia das atividades do Poder Executivo e a reserva de Administração.

Ademais, se fosse a intenção do legislador exigir prévia autorização específica para as concessões administrativas, certamente o teria feito de maneira expressa, depreendendo-se que não o fez, certamente por entender que tais concessões administrativas estariam inseridas no âmbito da discricionariedade e das atividades tipicamente de gestão do administrador público, dispensando a prévia autorização legislativa.

O mesmo entendimento aqui sustentado já foi adotado por esta PG/PADM na **Manifestação Técnica PG/PADM/003/2019/AFC**, da lavra da Procuradora do Município, Arícia Fernandes Correa, entendendo igualmente pela desnecessidade de lei autorizativa específica para as concessões administrativas, inclusive citando jurisprudência do STF (ADI 472/BA), a cujos fundamentos e considerações nos reportamos.

Dessa forma, reputa-se inaplicável a exigência de autorização legislativa específica para as concessões administrativas.

IV - Da Análise da Minuta de Edital, do Contrato e Demais Anexos

Quanto à **minuta de Edital e respectivos Anexos encartados às fls. 2876/3836**, cabe registrar não foi anexada a respectiva Declaração de Conformidade, com a indicação das alterações e adaptações que se fizeram necessárias com relação à minuta-padrão estabelecida pela PGM, estando em desacordo com o que determina o art. 2º, par. único, da Resolução PGM nº 845/2017.

Todavia, conforme já destacado, visando contribuir com a celeridade no atendimento de relevante demanda administrativa e social, bem como da apontada urgência, excepcionalmente, faremos a análise das minutas do Edital e do Contrato sem a declaração de conformidade, destacando, porém, a necessidade da sua apresentação nas futuras licitações realizadas pela Pasta, sob pena de restituição sem manifestação definitiva, na forma do art. 4º da referida Resolução.

Pois bem.

Inicialmente, cabe ressaltar que as minutas de Edital e do Contrato apresentadas fazem referência a disposições da Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos), que em breve será obrigatória no âmbito da Administração Pública municipal, conforme previsão do art. 193, II da Lei 14.133/21 e do Decreto Rio nº 51.962, de 25 de janeiro de 2023. Por outro lado, as minutas também fazem referência a dispositivos da Lei 8.666/93, demonstrando uma incongruência.

Nesse ponto, vale registrar que o art. 191 da Lei 14.133/21 veda a aplicação combinada com o regime anterior, devendo a Administração optar apenas por um deles.

Vale registrar que ainda não foram estabelecidas pela PGM minutas-padrão de Edital de Concorrência e de Contrato para contratação de Parcerias Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, com referência às disposições da Lei 14.133/21.

Assim, caso se opte pelo regime trazido pela Lei 14.133/2021, recomenda-se que sejam adotadas as minutas-padrão de Edital e de Contrato estabelecidas pela PGM com referência às disposições da Lei 8.666/93,

fazendo as devidas adaptações e adequações ao novo regime legal, readequando as referências aos dispositivos legais, devendo, contudo, serem justificadas as alterações e adaptações implementadas, demonstrando a compatibilidade com os dispositivos da minuta-padrão.

Do contrário, caso se opte pelo regime da Lei 8.666/93, deve ser excluídas todas as referências da Lei 14.133/21, reestabelecendo as disposições das minutas-padrão alteradas.

Feitas essas considerações, faremos a análise das minutas tomando como referência as minutas-padrão estabelecidas pela PGM com base no regime da Lei 8.666/93, apontando, conforme o caso, as correções de referência que se fazem necessárias.

Quanto ao item 1.2 da minuta do Edital, recomenda-se que a Pasta faça menção expressa à Legislação de regência da licitação e da concessão administrativa, indicando que a contratação será regida pelas disposições da Lei Complementar nº 105/2009, assim como pela Lei Federal 11.079/04, e, subsidiariamente, pelas disposições da Lei 8.987/95 e da Lei 8.666/93 – neste caso, caso o edital seja publicado até 31/03/2023 ou, caso publicado após, pelas disposições da Lei 14.133/21.

Caso adotado o regime da Lei 14.133/21, deve ser corrigida a referência prevista no subitem 1.4, indicando o dispositivo correspondente na nova lei de licitações e contratos.

Deve ser justificada a inclusão do subitem 11.1.1, bem como a supressão do subitem 11.7 da minuta-padrão, que trata da presunção de conhecimento da área e locais atingidos pela concessão na apresentação das

propostas econômicas diante da facultatividade do comparecimento da licitante na visita técnica.

Devem ser justificados os limites percentuais estabelecidos nos subitens 13.1 e 13.4.1, conforme observações da minuta-padrão.

Em relação aos subitens 15.1 a 15.5, foi adotada a inversão das fases de habilitação e julgamento permitida pelo art. 14 da LC 105/2009, art. 13 da Lei 11.079/2004 e pelo art. 18-A da Lei 8.987/95, conforme observação da minuta-padrão, o que, inclusive, tornou-se tendência e foi incorporada como regra geral na Lei 14.133/21, não havendo óbices à inversão. A mesma observação fazemos em relação ao item 15.8.

Caso adotado o regime da Lei 14.133/21, deve ser corrigida a referência prevista no subitem 16.2, indicando o dispositivo correspondente na Nova Lei de Licitações e Contratos. Além disso, deve ser justificada a inclusão do subitem 16.3.1

Caso adotado o regime da Lei 14.133/21, deve ser corrigida a referência prevista no subitem 17.7, indicando o dispositivo correspondente na nova lei de licitações e contratos.

Deve ser justificada a supressão do subitem 18.2 da minuta-padrão e alteração do subitem 8.5 da minuta-padrão, demonstrando a correspondência dos dispositivos referidos.

Caso adotado o regime da Lei 14.133/21, deve ser corrigida a referência prevista no subitem 18.6.9, indicando o dispositivo correspondente na Nova Lei de Licitações e Contratos.

Deverá, ainda, esclarecer o motivo das alterações nos subitens 18.7.3, referente à

qualificação econômico-financeira do licitante, bem com a não inclusão dos subitens

18.8.4 e 18.8.5 e 18.8.7 da minuta-padrão, justificando os requisitos de qualificação econômico-financeira exigidos.

Quanto à qualificação técnica, deverá a Pasta justificar as alterações dos subitens 18, em especial, o tempo de experiência e os quantitativos mínimos exigidos, dado o caráter restritivo das exigências.

Relativamente aos subitens 19.5 a 19.5.3, restou observada a redação alternativa sugerida na observação da minuta-padrão.

Observada a inversão das fases de habilitação e julgamento em relação aos itens 20 e 21 e respectivos subitens, conforme redação alternativa sugerida na observação da minuta-padrão, devendo ser corrigidas as referências aos dispositivos da Lei 8.666/93 nos subitens 20.20 e 21.5, caso adotado o regime da Lei 14.133/21, indicando os dispositivos correspondentes na nova lei. A mesma observação fazemos em relação ao subitem 22.2.

Deve ser justificada a alteração do item 23.1, devendo ser demonstrada a correspondência do dispositivo indicado.

Recomenda-se seja justificado o valor indicado subitem 25.19, considerando que aparentemente foi incorporado o valor apontado na carta de oposição apresentada às fls. 2820/2822, em contrariedade ao que restou decidido na sessão de avaliação e julgamento do PMI à fl. 2817, não constando dos autos qualquer deliberação motivada quanto à oposição apresentada, o que deve ser esclarecido pela Pasta.

A inclusão do subitem 27.14 deve ser justificada, bem como preenchida a lacuna

referente ao valor do boleto bancário descrito no subitem, caso este seja mantido.

Dentre os documentos necessários para compor os Anexos da Minuta de Edital, resta ausente o Anexo II, relativo ao Projeto Básico, o Anexo III, referente à Garantia Pública, bem como o Caderno 5 – Jurídico referido às fls. 1069/1071 e que integraria os estudos técnicos selecionados no PMI.

Por fim, deve a Pasta justificar a inclusão dos Anexos II.1 (Caderno de Encargos),

II.2 (Caderno de Arquitetura), II.3 (Caderno de Engenharia), II.4 (Caderno de Opex), II.5 (Caderno de Sustentabilidade), II.7 (Plano de Implantação de Tecnologia), IV (Minuta de Contrato de Conta Garantia), VI (Manual de Procedimento B3) e VIII (Plantas de Arquitetura do Projeto do Complexo Souza Aguiar), todos referidos no subitem 30.1.

Quanto à **minuta de Contrato de fls. 2926/2998**, sugere-se que a Pasta indique expressamente na cláusula 1.1 que a presente contratação será regida pelas disposições da Lei Complementar nº 105/2009, assim como pela Lei 11.079/04, pela Lei 8.987/95 e pela Lei 8.666/93 – neste caso, caso o edital seja publicado até 31/03/2023, ou, caso publicado após, pelas disposições da Lei 14.133/21.

Assim como a minuta de Edital, a Pasta pode optar pela Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações) mediante justificativa, indicando EXPRESSAMENTE na redação das Cláusulas do contrato os artigos correspondentes na nova Lei de Licitações, quando couber, adotando a minuta-padrão de contrato de concessão administrativa elaborada com base na Lei 8.666/93 com as devidas adaptações e adequações aos dispositivos da nova lei.

Dentre os Anexos que integram a minuta de Contrato, a Pasta deverá justificar a

supressão do Anexo II.2 (Projeto Básico) e a inclusão do Anexo II.2 (Caderno de Arquitetura), Anexo II.3 (Caderno de Engenharia), Anexo II.4 (Caderno de

Sustentabilidade), Anexo II.6 (Plano de Implantação de Tecnologia), Anexo VII (Contrato de Conta Garantia) e Anexo X (Matriz de Riscos).

Devem ser justificados os acréscimos dos subitens 3 e 4 nas considerações do contrato, os anexos referidos na subcláusula 3.1 e da alínea ii da subcláusula 4.3, referente às condições para a execução das obras e exploração dos serviços.

As alterações na subcláusula 4.4 da minuta de contrato, referente aos prazos a serem observados pela Concessionária, devem ser justificadas.

Em relação à Cláusula 7, relativa às obras que serão realizadas pela Concessionária, foi suprimida a subcláusula 7.3.1, incluída a subcláusula 7.4, alterada a redação da subcláusula 7.5.4, suprimida a subcláusula 7.7 e modificadas as subcláusulas 7.9 e 7.10, que devem ser justificadas pela Pasta.

As alterações da subcláusula 8.1.4 também devem ser justificadas.

A Pasta deverá esclarecer as modificações nas subcláusulas 12.1, 12.2, 12.3 e

12.4.3 da minuta de contrato, referentes às obrigações da concessionária, bem como a incorporação das subcláusulas 12.8 e 12.9.

A Cláusula 13, que trata das obrigações do poder concedente, sofreu alterações que devem ser justificadas pela Secretaria, assim como a subcláusula 15.2, relativa ao direito de regresso do poder concedente.

Caso adotado o regime da Lei 14.133/21, deve ser corrigida a referência prevista na subcláusula 16.3, indicando o dispositivo

correspondente na Nova Lei de Licitações e Contratos.

A Cláusula 19, referente às receitas acessórias, teve as subcláusulas 19.1.1 e 19.1.2 incorporadas à sua redação, cuja inclusão deve ser esclarecida pela Pasta, esclarecendo principalmente se consideradas as receitas acessórias no valor da contraprestação devida à Concessionária, bem como as mudanças nas subcláusulas 19.2, 19.4 e 19.5 da minuta de contrato.

Foram inseridas diversas subcláusulas na Cláusula 20, que abrange as disposições relativas à contraprestação pública, que devem ser justificadas, bem como indicada expressamente a modalidade de contraprestação adotada dentre aquelas previstas no art. 27 da Lei Complementar 105/2009, conforme observação do item III deste Parecer.

A Cláusula 21, cuja composição trata do aporte público na minuta-padrão, foi substituída pela Cláusula de reajuste na Minuta de Contrato, correspondente à Cláusula 31 da minuta-padrão. As alterações realizadas no texto devem ser justificadas pela Pasta.

A Cláusula 23 da minuta de contrato, referente à estrutura da concessionária, teve as subcláusulas 23.1.1 e 23.3.1 incorporadas à sua redação, bem como alterações na subcláusula 23.8, que trata da contratação com partes relacionadas, sem as respectivas justificativas, o que deve ser providenciado.

Da mesma forma devem ser esclarecidas a inclusão da subcláusula 25.1.1, as alterações nas subcláusulas 27.1 e 28.1 da minuta de contrato e a supressão da subcláusula 29.4.1 da minuta-padrão.

Na Cláusula 30, que trata das alterações do contrato, devem ser justificadas as alterações na subcláusula 30.2. Além disso, quanto à revisão quinquenal da prestação dos serviços, deverá a Pasta justificar as alterações na subcláusula 30.2.1 da minuta de contrato, bem como a inclusão das subcláusulas 30.2.2, 30.2.3 e 30.3.1.

Identificamos, ainda, alterações na Cláusula 31 da minuta de contrato, correspondente à Cláusula 32 da minuta padrão. Trata-se de disposição relativa ao equilíbrio econômico-financeiro, dos riscos e do compartilhamento de ganhos econômicos. Nesse sentido, as mudanças no texto da subcláusula 31.2 da minuta de contrato devem ser justificadas, sobretudo quanto à inclusão das alíneas (vi) a (xi). As alterações da subcláusulas 31.2.1 e 31.5, 31.5.2 também devem ser esclarecidas.

A Secretaria deve justificar alterações na Cláusula 32 da minuta de contrato, que trata dos procedimentos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo quanto à supressão das subcláusulas 32.7, 32.8 e 32.8.

Na cláusula 35, que trata da fiscalização, a inclusão das subcláusulas 35.1 a 35.4.3, bem como a subcláusulas 35.11 a 35.14 devem ser motivadas. Ainda, foi alterado o texto das subcláusulas 35.5 e 35.6 e foi suprimida a subcláusula 36.7 da minuta-padrão, sem a correspondente justificativa.

A pasta modificou a redação da subcláusula 37.1, referente à instrução de garantia da execução e da subcláusula 38.5, relativa aos riscos seguráveis.

Foram incorporadas as Cláusulas 39,40 e 41 ao texto da minuta de Contrato, e foram suprimidas as Cláusulas 40, 41 e 42 da

minuta-padrão. As Cláusulas mencionadas tratam de sanções e penalidades, período de cura e intervenção na concessão, devendo ser justificadas as incorporações e supressões.

A Cláusula 49 diz respeito à resolução de disputas e teve seu texto alterado pela Pasta, que optou pela utilização de mecanismos de solução amigável de resolução de conflitos. Embora a Administração pública Municipal admita o emprego de procedimentos de autocomposição, a Secretaria deverá justificar a escolha pelo referido mecanismo.

Nesse sentido, na subcláusula 49.2.5, deve a Pasta esclarecer a escolha do termo "*procedimento arbitral*", tendo em vista que a arbitragem é procedimento específico que se submete às disposições da Lei 9.307/96 e difere do procedimento com característica de "*Dispute Adjudication Board*". O termo ainda é empregado na subcláusula 18.6 da minuta do Contrato de Conta Garantia à fl. 3741.

É certo que com o advento da Lei 14.133/21, o Comitê de Resolução de Disputas ("*dispute board*") passou ser amplamente admitido nas licitações e contratos administrativos, conforme previsão do art. 151 da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Por outro lado, antes mesmo do advento da nova lei e da ausência de previsão expressa na legislação, já se afigurava a adoção do referido mecanismo de resolução de disputas nos contratos administrativos de concessões comum e especial face o permissivo geral previsto no art. 11, III, da Lei 11.079/04 e no art. 23-A, da Lei 8.987/95, que admitem a adoção dos mecanismos privados de resolução de disputas, categoria na qual

estaria inserido o Comitê de Resolução de Disputas (“dispute board”).

Nesse sentido, é o entendimento do professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, FLÁVIO AMARAL GARCIA, *In verbis*:

“(…) Não obstante não exista no ordenamento jurídico pátrio um dispositivo legal específico para o dispute board, pode-se extrair o seu fundamento, para as concessões comuns, no artigo 23-A da Lei nº 8.987/95, que admite o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato e no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04, que expressa a mesma autorização para as parcerias público-privadas (concessões patrocinadas e concessões administrativas).

Para além disso, nos contratos administrativos financiados com recursos de organismos internacionais, o artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93 admite expressamente a importação de normas e procedimentos das referidas entidades, o que pode resultar na utilização obrigatória do dispute board, caso seja considerado indispensável para o êxito do negócio pelo organismo financiador (...)”²⁴ (Grifo nosso)

O mesmo entendimento foi adotado por esta PG/PADM no **Parecer PG/PADM/009/RCRO**, da lavra do Procurador do Município, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, aprovado pelo PG/GAB, entendendo pela possibilidade de adoção do Comitê de Resolução de Disputas (“dispute board”) com fundamento nos referidos dispositivos legais.

²⁴ GARCIA, Flávio Amaral. **O Dispute Board e os Contratos de Concessão**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>> Acesso em 20 mar 2023.

De todo modo, entendemos que a sua efetiva aplicação nos contratos administrativos demanda regulamentação por decreto municipal, até para dar concretização e aplicabilidade concreta ao permissivo geral previsto na Legislação Federal, definindo as espécies, modalidades de comitê admitidas e os aspectos procedimentais, decreto regulamentador este ainda inexistente no âmbito do Município do Rio de Janeiro, o que inviabiliza, pelo menos por ora, a sua aplicabilidade plena aos contratos celebrados pelo Município.

Dessa forma, recomendamos seja revista a opção pelo referido mecanismo privado de resolução de controvérsias, face a ausência de regulamentação municipal ou que se aguarde a edição de Decreto Municipal regulamentando a sua aplicação no âmbito do município.

A incorporação da Cláusula 49 da minuta de contrato, referente à interface contratual, deve ser justificada.

No mais, temos meras adequações formais do instrumento convocatório e do contrato às especificidades da presente licitação e contratação, sem alterações substanciais ou significativas de conteúdo, dispensando assim maiores considerações e comentários, devendo aquelas que tratam de ordem técnicas ser fundamentadas através de necessárias avaliações, que deverão estar insertas aos autos.

Por fim, deverá a Pasta, oportunamente, preencher as lacunas em branco.

Reiteramos, mais uma vez, a recomendação para que, caso se opte pela adoção do regime trazido pela Lei 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos), sejam adequadas e corrigidas as referências à Lei

8.666/93 presentes nas minutas anexadas, indicando, naquilo que couber, os dispositivos correspondentes da Lei 14.133/21, avaliando em todo caso a compatibilidade com as disposições das minutas-padrão estabelecidas pela PGM com fundamento na Lei 8.666/93.

Quanto ao Anexo IV (Minuta de Contrato de Conta Garantia) do Edital, reiteramos as considerações e observações apresentadas quando da análise do **item III. 18**. Os demais Anexos apresentam conteúdo técnico que transcendem a *expertise* desta Procuradoria, devendo ser analisados pelos órgãos técnicos competentes para tanto.

Caso alguma alteração tenha passado despercebida por esta Procuradora, considerando especialmente a ausência da Declaração de Conformidade, recomendamos seja justificada nos autos; eventuais alterações posteriores e que não tenham passado pelo crivo desta Procuradoria são de responsabilidade exclusiva da Pasta.

III – CONCLUSÃO

Frise-se, uma vez mais, que não detemos atribuição ou *expertise* para a análise dos aspectos técnicos, econômicos, financeiros ou de mérito administrativo – conveniência e oportunidade – do processo e da modelagem da referida Parceria Público- Privada.

Nesse contexto, as recomendações apontadas têm escopo exclusivamente jurídico, objetivando o atendimento à legislação de regência da matéria e, por óbvio, decorrem dos elementos e das declarações constantes dos autos. Ressalta-se que a manifestação produzida pela PADM, apesar de obrigatória, não é vinculativa para o gestor, que pode dela discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de

direito que lhe deem sustentação.²⁵ Convém explicitar, ainda, que o ordenamento jurídico prático impõe um dever geral de motivação para os atos administrativos.²⁶

Diante do exposto, **concluo pela viabilidade jurídica** do edital de Parceria Público-Privada e respectivos Anexos, na forma do art. 8º, §4º da Lei Complementar nº 105/09, **desde que observadas as ressalvas indicadas nos itens III e IV deste pronunciamento.**

À **i. Chefia da PG/PADM**, em prosseguimento, na forma do art. 112 do Regimento Interno da PGM.

SIMONE BRITZ GORODICHT

Procuradora do Município

PG/PADM

Mat.11/174.502-5 - OAB/RJ 70.031

Visto PG/PADM/022/2023/RDF ao PARECER PG/PADM/LI/003/2023/SBG

Concorrência pública. Parceria público-privada. Concessão Administrativa. Hospital Souza Aguiar. Modernização e adequação das instalações prediais e prestação de serviços não assistenciais. Realização de outros investimentos e serviços obrigatórios decorrentes das atividades inerentes à operação da unidade. Exame de edital e contratos.

²⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. “Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação”. Jessé Torres Pereira Junior, Marinês Restelatto Dotti. 1ª ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012. Pág. 138.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 79.

Viabilidade da operação após o atendimento às recomendações.

Trata-se de encaminhamento pela Secretaria Municipal de Saúde, submetendo à análise desta Especializada minutas de edital de concorrência e contrato com anexos, para a celebração de Parceria Público-Privada, sob a modalidade de concessão administrativa, tendo por objeto “*a outorga da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, para MODERNIZAÇÃO E ADEQUAÇÃO DE INSTALAÇÕES PREDIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ASSISTENCIAIS NAS UNIDADES DA COORDENADORIA GERAL DE EMERGÊNCIA DA ÁREA DE PLANEJAMENTO 1.0 DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - COMPLEXO HOSPITALAR MUNICIPAL SOUZA AGUIAR (CHMSA), conforme*

especificado no EDITAL, na forma do CONTRATO, bem como a realização de outros investimentos e SERVIÇOS obrigatórios e do desempenho, pela CONCESSIONÁRIA, de atividades inerentes, acessórias ou complementares, na forma das diretrizes e especificações mínimas constantes do EDITAL e seus ANEXOS, na forma da lei e das normas regulamentares.” pelo prazo de trinta anos.

O Parecer da I. Procuradora Simone Britz Gorodicht apresenta os aspectos doutrinários do instituto da Parceria Público-Privada-PPP, inclusive citando precedentes desta Casa. Além disso, realiza minudente análise dos documentos instrutórios e das condições propostas para a licitação e consequente contratação, cotejando-as com o arcabouço jurídico existente. Cada um dos itens analisados, quando não aprovados, mereceu as pertinentes recomendações de diligência ou complementação.

Vale destacar a menção à ausência de encarte do termo de referência e sua respectiva aprovação, o que, a par da falha procedimental, impede qualquer análise que envolva a compatibilidade do mesmo com os itens do edital de concorrência e as cláusulas contratuais. Da mesma forma, aponta o parecer o não atendimento a diversos dispositivos da Lei complementar municipal nº 105/2009, cuja observância condiciona a abertura do procedimento licitatório.

Diante do exposto, **APROVO INTEGRALMENTE o PARECER PG/PADM/LI/003/2023/SBG**, registrando que o prosseguimento da licitação deverá restar condicionado ao atendimento de todas recomendações expendidas no pronunciamento ora vistado, inclusive à aprovação e anuência dos órgãos citados na Lei Complementar 105/2009.

Ao I. Subprocurador-Geral do Município, Dr. Carlos Raposo, para apreciação superior, nos termos regimentais.

Rio de Janeiro, 23 de março de 2023.

RUBEM DARIO FERMAN

Procurador-Chefe da Procuradoria
Administrativa - PG/PADM
Mat. 11/151.337-3 – OAB/RJ 66.068

VISTO PG/SUB/CONS/20/2023/CR

APROVO com ressalva o Parecer PG/PADM/LI/003/2023/SBG exarado pela il. Procuradora do Município Simone Britz Gorodicht, que contou com a aprovação do

Visto PG/PADM/022/2023/RDF, do il. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, que analisou minuta de Edital e Contrato para a celebração de Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, para modernização e adequação de instalações prediais e prestação de serviços não assistenciais nas unidades da coordenadoria geral de emergência da área de planejamento 1.0 da cidade do Rio de Janeiro - Complexo Hospitalar Municipal Souza Aguiar (CHMSA).

O objeto do contrato, como já destacado pela manifestação ora vistada, se enquadra na definição de uma Concessão Administrativa. Na hipótese, a Administração será a usuária de um serviço complexo e arcará com a sua remuneração. Veja-se que não se trata de uma pura e simples contratação de pessoal, o objeto envolve, na realidade, inúmeras outras atividades que demandam verdadeira capacidade operacional empresarial e capital intensivo, a justificar a opção pela parceria. Como bem destacado pela doutrina¹:

“Quanto mais o contrato é de capital intensivo, mais conveniente tende a ser a adoção da estrutura econômica de concessão. (...)”

A contratação de PPP só é viável quando envolver capacidade operacional empresarial, que se traduz na organização de conjunto de bens direitos e pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço.

Embora as questões já tenham sido amplamente abordadas pelo il. Parecerista, tendo feito o devido cotejo com (i) a legislação pertinente, (ii) os posicionamentos

existentes nessa Procuradoria, (iii) precedentes judiciais e (iv) entendimento doutrinário a respeito do tema, alguns pontos merecem destaque nesse visto.

I. Autorização legislativa

Em primeiro lugar, cumpre mencionar, como bem pontuado pela il. Parecerista, que tanto a lei Municipal, quanto a Federal, exigem autorização legislativa para o caso de Parcerias patrocinadas nas quais mais de 70% da receita provenha de contraprestação pública, veja-se:

Lei Complementar 105/2009

Art. 13. As concessões patrocinadas em que mais de setenta por cento da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Lei 11.079/2004

Art. 10 (...) § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

O dispositivo foi incluído na Lei Federal (acompanhado pela municipal) com objetivo de evitar qualquer burla à responsabilidade fiscal, restringindo a realização de projetos com altos níveis de contraprestação estatal. É dizer, se esta é a *ratio legis*, poder-se-ia entender que no caso da PPP administrativa — objeto dessa análise —, na qual a integralidade da contraprestação é custeada pelo parceiro público, também seria necessária a autorização legislativa.

Na doutrina, aliás, essa posição encontra defensores, como Rafael Carvalho de Rezende

¹ Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2007. p. 80/81

Oliveira², segundo o qual: “entendemos que, apesar do silêncio da Lei, a necessidade de autorização legislativa deve ser aplicada também às PPPs administrativas, uma vez que a remuneração, nessas concessões, será realizada integralmente pelo Estado”.

Contudo, fato é que o dispositivo não trata das concessões administrativas. Em sendo uma previsão que restringe a autonomia do Poder Executivo para atividade tipicamente de gestão, não pode ser esta interpretada de forma ampliativa, sob pena de violação à separação de Poderes. O caso exige interpretação restritiva como já defendido

no âmbito dessa Procuradoria por meio da Manifestação Técnica PG/PADM/003/2019/AFC. Na oportunidade, a il. Procuradora Arícia Fernandes, com aprovação do il. Subprocurador-Geral, à época, suscitando o precedente firmado no julgamento da ADI 472/BA do e. STF, entendeu que a gestão ordinária do Executivo não deve se submeter à licença prévia do legislativo.

Essa posição encontra amparo também em sede doutrinária, como explica Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado³:

“Malgrado a incoerência do ponto de vista econômico, como o dispositivo configura exceção à regra geral de que se pode fazer PPP sem prévia autorização legislativa, sua interpretação deve ser restritiva. Ou seja, deve-se entender que ele só se aplica a concessões patrocinadas. **Podem ser celebradas concessões administrativas independentemente de prévia autorização legislativa**”.

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos administrativos: teoria e prática. 611. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 168

³ Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2007. p. 271.

Assim, deve a Pasta ter ciência sobre a existência de posição no sentido de ser necessária a autorização legislativa, **apesar de ser plenamente defensável a sua desnecessidade**.

II. Consulta Pública

Assim como a Lei Federal 11.079/2004, no seu art. 10, VI⁴, também a Lei Complementar municipal nº 105/09, no art. 15⁵, preveem a necessidade de submissão das minutas de Edital e Contrato à consulta Pública. Pretende-se, com isso, dar ampla publicidade aos instrumentos, garantindo-se não apenas a transparência do certame, mas assegurar a efetiva participação dos interessados.

Por esse motivo, aliás, a doutrina reitera que “a Administração deverá analisar e se manifestar ainda que sumariamente, sobre todas as sugestões e críticas recebidas ao longo do processo de consulta pública”⁶.

Na hipótese dos autos, embora conste nos autos o aviso de consulta pública nº 01/2022, às fls. 2817, não se localizou o resultado da

⁴ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...) VI – submissão da minuta de edital e 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 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

⁵ Art. 15. A minuta do edital e do contrato será submetida 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 trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para publicação do edital.

⁶ Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2007. p. 265.

consulta e as ponderações feitas pela Administração acerca das eventuais sugestões.

Assim, sugere-se sejam incluídas as sugestões e a respectiva análise administrativa de modo a instruir o certame na forma da lei.

III. Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI

Como bem destacado pelo Parecer que ora se vista, consta nos autos o Procedimento de Manifestação de Interesse que antecedeu a presente PPP. O referido procedimento já foi objeto de análise por essa Procuradoria por meio do Manifestação Técnica PG/PADM/LI/457/2021/EOG às fls. 137/143, não estando no escopo do presente exame.

Contudo, cabe observar que às fls. 2820/2822 consta carta do Consórcio Pezco - Kraft - Aparecido discordando da fixação do valor da indenização pelos estudos apresentados em sede de PMI na proporção de *“90% dos valores máximos de ressarcimento aos autorizatários, considerando o teto de ressarcimento fixado no Edital de PMI SMI 01/2021”*. Não se localizou nos autos, por outro lado, solução para a controvérsia apontada.

Considerando que esse valor será ressarcido pelo vencedor da licitação, conforme se verifica da cláusula 25.19 da minuta de Edital⁷ (fls. 2920) — que, aliás, indica o valor

⁷ Ressarcimento dos Estudos Vinculados à Concessão Administrativa 25.19. Em até 02 (dois) dias úteis antes da assinatura do CONTRATO, o ADJUDICATÁRIO deverá comprovar o pagamento do valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) ao grupo autorizado no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, relativo aos custos incorridos na preparação dos estudos que embasaram a presente CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, realizados com autorização do PODER CONCEDENTE, conforme autorização

impugnado pelo referido consórcio —, imperioso que a questão seja efetivamente resolvida. Reitera-se, por oportuno, que o valor apurado integra a equação econômica da licitação e conseqüentemente compõe a proposta dos eventuais licitantes.

IV. Prazo da PPP

Como bem destacado pela il. Parecerista o prazo da concessão constitui elemento essencial da sua modelagem, dada a sua repercussão na amortização de investimentos feitos em decorrência da parceria.

De fato, em contratos administrativos complexos, o lapso temporal necessário para o ajuste resultará de uma avaliação acerca do tempo necessário — em condições de normalidade — para que o contratado possa amortizar os investimentos feitos e assegurar a rentabilidade do projeto⁸.

Nota-se, nesse ponto, que o Edital e, conseqüentemente o contrato, fixaram o prazo de 30 (trinta) anos para a concessão, sem tratar de eventual prorrogação. Confira-se:

Edital:

10. PRAZO

10.1. O CONTRATO vigorará pelo prazo de 30 (trinta) anos, contados da data estabelecida na ORDEM DE INÍCIO.

Contrato:

10. PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO

10.1 Prazo de Vigência do Contrato. O presente CONTRATO vigorará pelo prazo de

publicada em xx/xx/xxxx, no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro - D.O. RIO, com fulcro no artigo 21 da LEI FEDERAL DE CONCESSÕES.

⁸ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 283.

30 (trinta) anos, contados da data da ORDEM DE INÍCIO dos SERVIÇOS.

Como já se teve oportunidade de defender na Manifestação Técnica PG/SUCONS/18/2023/CR a ampliação do lapso temporal inicial do contrato, pode ser entendida não como um privilégio ao contratado em desfavor dos possíveis futuros licitantes, mas como uma escolha que atenda à economia e eficiência do serviço público. Explica-se.

A licitação não pode ser entendida como um fim em si mesma, mas como meio para atender o interesse público. É de se dizer que é possível que eventualmente se entenda que, diante de determinado caso concreto, a opção mais eficiente para Administração não seja licitar, mas sim prorrogar. Ambos são instrumentos à disposição da Administração.

A prorrogação, aliás, também tem assento constitucional. O artigo 175 da Constituição Federal, além de determinar, no *caput*, que a concessão e a permissão não serão realizadas sem licitação, também determinou no seu parágrafo único que a lei deve dispor sobre “o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação” (inciso I). Seguindo os ditames constitucionais, os diplomas normativos que tratam de contratos complexos reconheceram a possibilidade de prorrogação do prazo contratual, como acontece na Lei nº 11.079/2004 e Lei Complementar 105/2009.

Assim, sugere-se que a Pasta além de apresentar as razões pelas quais adota o prazo de 30 anos, justifique o motivo pelo qual afastou a possibilidade de prorrogação do contrato.

V. Contratos atualmente vigentes – regime de transição

A Cláusula 11.1 do contrato trata do período de transição nos seguintes termos: “A partir da data de assinatura do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA e PODER CONCEDENTE terão o prazo de (60) sessenta dias corridos (“Período de Transição”) para a tomada das medidas necessárias para efetivar a transferência dos SERVIÇOS constantes do objeto do CONTRATO”.

Nesse ponto, importante destacar que muitos dos serviços que serão concedidos são, hoje, objeto de contratos diversos firmados pela Administração. Desse modo, de forma a evitar uma sobreposição de prestadores, em flagrante prejuízo à economicidade, entende-se necessário que seja apontado, no âmbito do presente processo, como serão regidos e extintos tais contratos até a assunção de toda atividade pelo adjudicatário.

Deve a Pasta, inclusive, avaliar a necessidade de previsão dos riscos decorrentes da extinção desses contratos no ANEXO V do contrato, o qual trata da matriz de riscos.

VI. Garantia Pública

A garantia pública tem papel de destaque na Lei 11.079/04, tendo o seu art. 8º não apenas previsto a possibilidade de sua concessão, como descrito inúmeras formas de fazê-lo⁹. A razão é óbvia: tratam-se de parcerias que envolvem contraprestação pública — a requerer, portanto, uma garantia do concedente. Afinal, sua previsão traz maior segurança ao parceiro privado e mostra-se como um verdadeiro atrativo para mais

⁹ A questão também foi objeto de previsão na Lei complementar 105/2009 do Município, cujo art. 28 descreve as modalidades de garantia.

players se interessarem pela concessão. Como explica a doutrina¹⁰:

“Ao garantir as obrigações pecuniárias do parceiro público, procura-se oferecer segurança aos parceiros privados. O objetivo é evitar que eventuais mudanças de orientação política afetem os fluxos financeiros dos projetos, por meio da ausência de pagamento das contraprestações pecuniárias. Espera-se, como contrapartida, que essa diminuição de risco reflita melhores propostas para o Poder Público”.

Para além dos pontos já suscitados pela il. Parecerista, com os quais estou de acordo — **(i)** risco jurídico na vinculação de Receita do Fundo de Participação dos Municípios (*v.g.* ADI nº 553/RJ¹¹); **(ii)** conveniência de envio de proposta legislativa para instituição da garantia, como observado em Parcerias de outros entes; e **(iii)** necessidade de oitiva Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento – SMFP¹² — a garantia indicada pela Pasta merece ainda outras ponderações.

Da análise dos autos percebe-se que optou-se pela cessão fiduciária, cuja disciplina se encontra prevista na Lei 4.728/1965, Lei nº 9.514/97 e no Código Civil, os quais servem de fundamento legal para a minuta acostada no Anexo IV “MINUTA DE CONTRATO DE CONTA GARANTIA” às fls. 3725/3742 dos autos. Sobre o ponto,

¹⁰ Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2007. p. 206.

¹¹ Na ADI nº 553/RJ o e. STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que vinculava a outro Fundo receitas do Fundo de Participação dos Estados, por entender que não estaria nas exceções constitucionalmente admitidas para vinculação de receitas de impostos.

¹² É imperioso que a Fazenda se manifeste sobre questões como: capacidade de pagamento, viabilidade da concessão de garantia pelo Poder Concedente, receitas vinculadas.

inclusive, cumpre destacar que a sistemática adotada pela Pasta para fins de garantia deve ser mais bem explicitada, de modo que o licitante tenha ciência: (i) de qual proporção foram vinculadas as receitas à conta garantia; (ii) o valor assegurado; (iv) quem será responsável por eventuais encargos da conta e, principalmente (v) como funcionará o fluxo da garantia.

VII. Necessidade de oitiva da Secretaria Municipal de Fazenda

Assim como destacado pelo Parecer ora vistado, **entende-se necessária a oitiva da Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento, como órgão lançador, para que esclareça quais tributos serão lançados no âmbito da concessão.** Isso porque, tal informação tem consequência imediata na equação econômico-financeira do ajuste, a fim de evitar futuros pedidos de reequilíbrio.

VIII. Resolução de disputas - mecanismo de solução amigável e mesa de resolução de conflitos

Como destacado pela il. Parecerista, a Cláusula 49 (fls. 2993) da minuta de contrato indica que, no âmbito da relação da parceria ora em apreço, optou-se pela solução amigável dos conflitos, confira-se:

49.1. Mecanismo de Solução Amigável. Se quaisquer disputas, conflitos ou discrepâncias de qualquer natureza surgirem entre as PARTES, estas deverão utilizar seus melhores esforços para solucionar o conflito amigavelmente.

Aliás, a própria minuta-padrão de contrato de PPP administrativa já previa opção pela via

privada de solução de conflitos¹³. Afinal, a legislação federal e municipal que regem as PPPs preveem expressamente essa possibilidade:

Lei 11.079/2004

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: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Lei Complementar 105/2009

Art. 18. São cláusulas necessárias dos contratos de Parceria Público- Privada, além daquelas definidas na legislação federal, as que contenham: (...)

XI - o estabelecimento de mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem esta sempre tendo como sede o Município;

A análise das disposições da presente minuta, por sua vez, parece indicar a opção pela utilização dos Comitês de Resolução de Disputa (*dispute boards*). É o que está descrito expressamente na Cláusula 49.2.4 da minuta de contrato (fls. 2994), segundo a qual:

49.2.4 O procedimento terá a característica de “Dispute Adjudication Board”, vinculando as PARTES quanto ao decidido na Mesa de Resolução de Conflitos, inclusive no tocante a medidas cautelares,

¹³ 51.1. Resolução Consensual de Disputas. Em caso de disputas ou controvérsias oriundas deste CONTRATO, as PARTES se reunirão e buscarão dirimi-las consensualmente, convocando, sempre, suas instâncias diretivas com poderes para decisão.

restando a PARTE vencida no procedimento com o dever de arcar com todos os seus custos, inclusive com os honorários do Mediador. As custas serão adiantadas pela PARTE que suscitar a instauração do procedimento.

Duas questões surgem em razão dessa escolha. Em primeiro lugar a ausência de regramento municipal sobre o instituto e em segundo — consequência do primeiro — a necessidade de previsão ampla do mecanismo pelo contrato.

Com relação ao primeiro ponto, divirjo do parecer ora vistado. A il. Procuradora parecerista concluiu pela revisão do mecanismo de solução de controvérsias adotado “*face a ausência de regulamentação municipal ou que se aguarde a edição de Decreto Municipal regulamentando a sua aplicação*”.

Muito embora ainda não haja regulamentação específica dos Comitês em âmbito Municipal, não se pode deixar de reconhecer que a previsão ampla contida tanto na lei Federal, como na lei municipal acima transcritas, ao mencionarem “mecanismos amigáveis de solução de divergências”, admitem a escolha pelo mecanismo consensual cuja Administração entenda ser o mais eficiente para o caso, inclusive os *dispute boards*.

A utilização do mecanismo, aliás, foi formalmente reconhecida na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), realizada em 2016. Naquela oportunidade foram aprovados os seguintes enunciados sobre o tema:

Enunciado 49 – “Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são um método de solução consensual de conflito, **na forma prevista no parágrafo 3º do art. 3º do CPC.**”

Enunciado 76 – “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.”

Enunciado 80 – “A utilização de Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.”

Em 2020, o Enunciado 19 da I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo CEJ/CJF mencionou novamente o *dispute board* como mecanismo adequado de resolução amigável de conflitos nos seguintes termos: “As *controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*”

A questão também já foi enfrentada no âmbito do **PARECER PG/PADM/009/2018/RCRO**, quando ficou estabelecido que “A viabilidade dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos

celebrados pela Administração Pública, como será demonstrado adiante, decorre da legislação já existente, com aplicação nacional, e das respectivas regulamentações e previsões contratuais no âmbito dos respectivos Entes federados”.

Portanto, não se afasta adoção do mecanismo diante da ausência de regramento próprio em âmbito municipal. Aliás, apenas como argumento de reforço¹⁴, destaca-se que a Lei 14.133/2021 — nova lei de licitações — previu expressamente a figura dos *dispute boards*, como se verifica pela redação contida no art. 151 do diploma, segundo o qual nas “*contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem*”.

De toda forma, conquanto a ausência de norma não afaste *per se* a sua adoção, a falta de parâmetros legais deve refletir de forma inversa no contrato. É dizer, o instrumento contratual passa a ser o regramento do mecanismo, vinculando as partes aos seus ditames, de modo que se faz necessária ampla descrição do instituto. Daí o necessário entendimento acerca da sua natureza.

Nas lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁵, os Comitês de Resolução de

¹⁴ Diz-se argumento de reforço, pelo fato de que a leitura das minutas em apreço parece indicar que a Pasta fará a licitação utilizando-se do regramento da Lei nº 8.666/1993 e não pela nova lei. Nessa hipótese, a Lei 14.133/2021 veda expressamente a utilização combinada dos atos normativos, na forma do art. 191, o que inviabiliza a sua utilização como fundamento legal para a escolha dos Comitês de solução de conflitos nesse caso. De toda sorte, reitera-se que as disposições já mencionadas são suficientes para justificar a escolha pelo mecanismo.

¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. Revista Brasileira de

Conflitos são órgãos colegiados que acompanham desde o início a execução contratual e, a depender da modalidade escolhida podem emitir recomendações e/ou decisões no âmbito da Parceria. São claras as lições do autor:

“Além dos métodos tradicionais de resolução de conflitos, é possível mencionar, ainda, os *dispute boards*, utilizados de forma pioneira nos Estados Unidos na década de 70, durante a construção do Eisenhower Tunnel no Colorado. O *dispute board*, também conhecido como Comitê de Resolução de Conflitos, pode ser considerado órgão colegiado, geralmente formado por três *experts*, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar a sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso.

A principal diferença entre a arbitragem e os *dispute boards* está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e, no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo colegiado de *experts*, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão.

Os *dispute boards*, apesar da reduzida utilização no Brasil, podem representar um importante instrumento de solução de controvérsias, especialmente nos contratos de grande vulto econômico e complexidade da Administração Pública, tal como ocorre, por exemplo, nos contratos de infraestrutura.”

Portanto, em essência, o que distingue a adoção do Comitê é exatamente esse acompanhamento ao longo da relação contratual. Na hipótese dos autos, embora a cláusula 49.2.4 tenha adotado a modalidade “*Dispute Adjudication Board*”, isto é, a decisão de controvérsias contratuais por um Comitê com caráter vinculante¹⁶, as disposições contratuais não tratam desse acompanhamento ao longo do contrato, sequer há menção à indicação dos seus membros no início da parceria.

É preciso ter cuidado para não confundir institutos, especialmente diante da ausência de regramento. Não se pode mencionar *dispute board*, quando, na realidade se está apenas descrevendo uma mediação ou conciliação. Isso porque, nesses dois últimos

casos, o terceiro é chamado para solucionar conflitos quando estes existirem, sem o referido acompanhamento da relação contratual. Enquanto na mediação, o mediador, neutro e imparcial, auxilia as partes na composição do conflito, na conciliação, o conciliador, mantida a neutralidade e imparcialidade, pode exercer papel mais ativo na condução do diálogo, apresentação de sugestões e busca pelo acordo¹⁷. Todavia, em nenhum caso, o terceiro integra e acompanha o desenrolar da parceria.

¹⁶ Existem outras formas de atuação do Comitê, como destacado no PARECER PG/PADM/009/2018/RCRO, confira-se: “a) *Dispute Review Boards* (DRBs): emitem recomendações sobre determinada controvérsia, sem caráter vinculante imediato; b) *Dispute Adjudication Boards* (DABs): decidem as controvérsias contratuais, com caráter vinculante; e c) *Combined Dispute Boards* (CDBs): emitem recomendações e, em determinados casos, decidem disputas contratuais”.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun. 2019.

Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun. 2019.

Assim, diante da ausência de regramento municipal específico, caso confirmada a adoção do *Dispute Board* sugere-se:

a) Sejam extensivamente previstas as condições de atuação, indicação e composição do Comitê, de modo a refletir o caráter de acompanhamento contratual;

b) Seja verificada se será indicada alguma entidade privada que irá compor o comitê e como será feita essa escolha;

c) Seja retirada a menção à “procedimento arbitral” da cláusula 49.2.5 para evitar a confusão entre os institutos.

Por fim, cabe ressaltar que as mesmas observações podem ser reproduzidas com relação à cláusula 18 do Anexo V que trata do contrato de cessão fiduciária para garantia pública.

IX. B3

De acordo com a cláusula 6.1¹⁸ do Edital (fls. 2886) a sessão pública de recebimento dos envelopes será realizada com apoio da B3, empresa de infraestrutura de mercado financeiro, com atuação em ambiente de bolsa e de balcão. Além dessa previsão, consta ainda Anexo VI, que contém o Manual de Procedimentos de caráter informativo e complementar ao edital.

No sítio eletrônico da empresa, indica-se que havendo opção pela utilização do ambiente da B3 bem como seu apoio técnico “as partes devem estabelecer um contrato de prestação de serviços ou acordo operacional. Nesse contrato/acordo, as partes estabelecerão

as responsabilidades e direitos que ditarão os serviços prestados pela B3 durante todo o projeto que estiver em andamento. Nesse momento também será estabelecida a remuneração a que terá direito a B3 pelos serviços prestados”¹⁹.

Não se localizou nos autos, contudo, o referido contrato, razão pela qual não se pode analisar juridicamente os seus termos. De toda sorte, não se pode deixar de mencionar a B3 tem sido responsável por auxiliar diversos projetos no setor de infraestrutura, tais como: Concorrência internacional no 01/2017 para concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros da linha 15-prata da rede metroviária de São Paulo; Concorrência internacional nº 01/2019 para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado lote Piracicaba – panorama, modelada pela ARTESP; EDITAL N.º 001/2019 para concessão administrativa voltada à execução de obras de infraestrutura em esgotamento sanitário, complementando a infraestrutura instalada e/ou as obras executadas pela CORSAN, em municípios incluídos na Região Metropolitana de Porto Alegre, Concorrência Pública nº 01/2020, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul; bem como Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento

¹⁸ 6.1. No dia de xx de xx de xxxx, às xx horas, a Comissão Especial de Licitação estará reunida na sede da B3, na Rua xxxxx, nº , andar, na Cidade de São Paulo, para realizar a Sessão Pública de recebimento dos envelopes referentes à CONCORRÊNCIA CO PPP ADM SMS Nº 01/2023

¹⁹ Disponível em https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/leiloes/sobre-leiloes/entenda-o-processo.htm.

sanitário no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, é necessário constar dos autos a referência ao processo de contratação da B3.

X. Minutas do Edital e Contrato

Observe-se, em primeiro lugar, que a minuta-padrão de edital e respectivos termos de Contrato, relativos à Concessão Comum e Parceria Público Privada, foi aprovada pelo Decreto nº 42.699/2016, sendo de observância obrigatória por toda a Administração Municipal Direta e Indireta.

O art. 2º do mencionado decreto dispõe que os órgãos municipais deverão preencher o relatório de instrução processual mínima e declarar a conformidade com a minuta-padrão aprovada, indicando e justificando os pontos que necessitem alteração, antes da obrigatória tramitação para análise da PGM. Não foi isso o que ocorreu na hipótese. Como bem alertado pela il. Procuradora Parecerista, não houve a apresentação da Declaração de Conformidade, sendo a análise dos referidos instrumentos realizada em razão da urgência.

De toda forma, cumpre esclarecer que a Procuradoria não se responsabiliza por eventuais alterações feitas à minuta-padrão e que não foram identificadas pela análise jurídica, considerando a extensão da instrução processual.

Estabelecida essa premissa, passa-se à complementação da análise dos instrumentos.

Com relação à **Minuta de Edital** de fls. 2876/3836, além das ponderações feitas pelo il. Procurador destaque ainda:

1. Cláusula 1.1 – concorda-se com a orientação da il. Parecerista com relação à necessidade de definição da Lei

aplicável, se a 8.666/1993 ou se a 14.133/21. Todavia, cabe registrar que entre referida análise jurídica e a presente, fora publicado o Decreto Rio nº 52235/23, que alterou o Decreto Rio 51.689/22, citado na manifestação, para determinar que é possível a utilização da Lei 8.666/1993 para os processos licitatórios nos quais a autorização da autoridade competente para início do procedimento tenha sido publicada até o dia 31 de março de 2023, desde que a publicação do Edital seja promovida até 31/12/2023.

2. Cláusula 3.2.2 – indica que as impugnações ao Edital serão respondidas em “*até 1 (um) dia útil antes da data assinada para a abertura da Sessão Pública de recebimento dos envelopes*”. A Administração deve verificar a razoabilidade desse prazo, visto que eventual alteração em razão de impugnação, ou dúvida sanada, poderia ser informada ao licitante em tempo não hábil para apresentação de uma proposta.

3. Cláusula 13.1 – optou-se por limitar o número de empresas que poderão compor um consórcio. Sobre o ponto, cabe destacar que o Tribunal de Contas da União já se pronunciou a respeito e se posicionou no sentido de que qualquer limitação **deve ser plenamente justificada** (v.g. Acórdão nº 718/2011, Rel. Valmir Campelo, Plenário).

4. Cláusula 18.4 – menção à Lei 14.133/2021. Caso a opção seja pela utilização da Lei 8.666/93, não se

admite a combinação entre as leis (art. 191, Lei 14.13/21), **devendo ser suprimida a remissão legal.**

Com relação à **Minuta de Contrato** de fls. 2926/2998, além das ponderações feitas pelo il. Procurador destaco ainda:

1. Cláusula 1.1 – concorda-se com a orientação da il. Parecerista com relação à necessidade de definição da Lei aplicável, se a 8.666/1993 ou se a 14.133/21. Todavia, cabe registrar que entre referida análise jurídica e a presente, fora publicado o Decreto Rio nº 52235/23, que alterou o Decreto Rio 51.689/22, citado na manifestação, para determinar que é possível a utilização da Lei 8.666/1993 para os processos licitatórios nos quais a autorização da autoridade competente para início do procedimento tenha sido publicada até o dia 31 de março de 2023, desde que a publicação do Edital seja promovida até 31/12/2023.

1. Cláusula 17.1: considerando que o critério de julgamento é o de menor contraprestação estatal e o valor do contrato corresponde a soma dessa contraprestação, entende-se que o valor somente será indicado quando do término do procedimento licitatório, ou seja, ao tempo da assinatura do contrato.

2. Cláusula 20.4: prevê retenção tributária, a qual deve ser objeto de pronunciamento pela Fazenda;

3. Cláusula 21.3: solicita-se seja justificada a razão pela qual se optou pelo reajuste inicial após 14 meses, mas com apuração até o 12º mês.

4. Cláusula 21.6: não está claro como será calculado o reajuste das multas, Garantias e seguro.

5. Cláusula 22.1.1: verificar se, de fato, eventuais alterações no plano de negócios não possam gerar reequilíbrio, seja em favor do concessionário, como do concedente.

6. Cláusula 31.2: deve a Pasta ter como parâmetro aquilo que foge à alea ordinária do empreendedor. Veja-se, por exemplo, eventual variação da carga tributária, a qual deve ser excessivamente onerosa de modo a impactar o exercício contratual (TCU - Acórdão 538/2008-Plenário).

7. Cláusula 32.2: parece tratar das causas que ensejam reequilíbrio tanto quanto a cláusula 31.2. Sugere-se verificar se a mesma questão está sendo regida por cláusulas diversas.

8. Cláusula 39.1: trata das sanções que serão aplicadas ao concessionário. Nesse ponto vinculou-se o comportamento do agente, se doloso ou não, à gradação da sanção, se leve, média, grave ou gravíssima. É preciso ter ciência acerca da dificuldade em comprovar a natureza do comportamento, de modo que na prática as previsões se tornem ineficazes.

9. Cláusula 49: remete-se ao item VIII dessa manifestação;

Cabe destacar, por fim, que no Parecer ora vistado fora indicada a ausência de Termo de referência. De fato, após análise dos autos, não se localizou o referido documento. Todavia, consta como Anexo II.1 (fls. 2999/3235) às minutas analisados o “Caderno de encargos”, no qual pode-se

verificar a descrição do projeto com a delimitação de cada uma das prestações.

Assim, cabe à Pasta atestar se tal documento faz as vezes do Termo de Referência, contendo, além da justificativa para a contratação, as justificativas para os requisitos de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira dos licitantes no certame, em

especial o tempo de experiência e os quantitativos mínimos exigidos, considerando o caráter restritivo das exigências. Caso se conclua nesse sentido, imperiosa, também, a aprovação do Anexo por autoridade competente, bem como a respectiva publicação no Diário Oficial.

*_*_*

Por todo exposto, **APROVO com ressalva o Parecer PG/PADM/LI/003/2023/SBG** com os acréscimos do presente Visto e opino pela viabilidade jurídica do projeto desde que atendidos ou justificados fundamentadamente os pontos discriminados no referido Parecer e no presente visto.

Cabe reiterar que a Procuradoria não detém expertise para avaliação dos valores e indicativos econômico-financeiros apresentados. Além disso, cabe à Secretaria zelar para que (a) as métricas utilizadas sejam as efetivamente adequadas à contratação pretendida; (b) os valores indicados sejam compatíveis com os praticados em contratos semelhantes e no mercado; (c) os procedimentos relativos ao orçamento sejam rigorosamente cumpridos e (d) que os riscos atribuídos ao particular foram considerados para o cálculo de sua remuneração.

À SMS.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2023.

CARLOS RAPOSO

Subprocurador-Geral de Consultoria
Matrícula 11/221.206-6 - OAB/RJ nº 113.571