



GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

NOTA TÉCNICA JURÍDICA SEPAR Nº 23/2022

Porto Alegre, 9 de setembro de 2022.

Assunto: CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 0005/2022 – CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO PRESÍDIO DE ERECHIM – IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

À Comissão Permanente de licitação,

Esta Unidade de Concessões e PPPs apresenta a análise sobre a impugnação ao Edital apresentada pela Impugnante

1. DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

A Impugnante encaminhou no dia 8 de setembro de 2022 pedido de impugnação ao Edital de Concorrência Pública Internacional nº 0005/2022 (“Edital”), instaurado pelo Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do item 4 do referido ato convocatório.

Em síntese, a Impugnante alega **(i)** problemática no item 25.2.13 do capítulo VI, do Anexo III, referente à minuta do contrato de concessão; **(ii)** problemática no item 25.2.6 do capítulo VI, do Anexo III, referente à minuta do contrato de concessão; **(iii)** contradição entre as disposições editalícias do item 2.11 do anexo IV e os mandamentos do item 6.5 do anexo VIII; **(iv)** problemática envolvendo o prazo exíguo para a análise do edital da concorrência pública internacional nº 0005/2022; **(v)** problemática envolvendo a declaração 7 do anexo ii do edital da concorrência pública internacional nº 0005/2022 e o item 16 da minuta do contrato; **(vi)** questão relativa à impossibilidade de contratação de financiamento sem a necessidade de que o parceiro privado cubra a íntegra do risco de crédito do projeto; **(vii)** erro na fórmula de reajuste; e **(viii)** erro no cálculo da contraprestação máxima.

2. DA PROBLEMÁTICA NO ITEM 25.2.13 DO CAPÍTULO VI, DO ANEXO III, REFERENTE À MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a impugnação neste item retrata mero inconformismo com os termos do edital de licitação, não tendo sido indicadas quaisquer ilegalidades pela impugnante.

A cláusula 25.2.13, da minuta do contrato de concessão, traz a seguinte redação:

25.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pela CONCESSIONÁRIA:

[...]

25.2.13 Precimento ou destruição dos BENS DA CONCESSÃO decorrentes da má

qualidade dos bens, má utilização, vandalismo ou depredação pelos PRESOS ou decorrentes de danos, furtos ou perdas, observado o disposto na subcláusula 26.4 abaixo;

Como expressamente indicado, deve-se ler este dispositivo em conjunto com a cláusula 26.4, cuja redação é a seguinte:

26.1 No caso de EVENTOS DE DESEQUILÍBRIO que decorram de ação e/ou omissão conjunta das PARTES, os prejuízos sofridos deverão ser repartidos pelas PARTES na proporção que cada uma contribuiu para a ocorrência do evento.

26.1.1. A proporção que cada PARTE contribuiu para a ocorrência do EVENTO DE DESEQUILÍBRIO será acordada pelas PARTES em negociação.

26.1.2 Caso as PARTES não cheguem a um acordo sobre o tema, a controvérsia será decidida de acordo com os métodos de solução de controvérsias previstos no CONTRATO.

Neste mesmo sentido, deve-se mencionar as subcláusulas 25.3.18 e 25.3.19 que tratam dos riscos suportados pelo Poder Concedente:

25.3.18. Furtos, roubos e outros crimes ocorridos no interior do COMPLEXO PRISIONAL, desde que a ocorrência não decorra de culpa ou dolo da CONCESSIONÁRIA, e, observado o disposto na subcláusula 26.5;

25.3.19. Custos decorrentes de rebeliões ou motins dentro das UNIDADES PRISIONAIS, desde que a ocorrência não decorra de culpa ou dolo da CONCESSIONÁRIA, e, observado o disposto na subcláusula 26.5.

A interpretação de todas estas subcláusulas demonstra claramente que a responsabilidade da concessionária é unicamente subjetiva, dependendo, portanto, da demonstração de dolo ou culpa. Deste modo, é incorreta a alegação da impugnante de que a cláusula 25.2.13 atribui responsabilidade objetiva à concessionária. A Concessionária também é responsável nos casos de danos ou perdas causados pelos Presos, na medida de sua responsabilidade.

Por fim, deve-se esclarecer que a alocação de riscos tem por objetivo criar incentivos à concessionária, que estará resguardada pelas excludentes de responsabilidade previstas no contrato de concessão. Ademais, a alocação de risco é uma decisão discricionária do Poder Concedente, uma vez que não há definição legal *ex ante* em relação à matéria.

3. **DA PROBLEMÁTICA DO ITEM 25.2.26 DO CAPÍTULO VI DO ANEXO III, REFERENTE À MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA**

Inicialmente, cumpre ressaltar que a impugnação neste item retrata mero inconformismo com os termos do edital de licitação, não tendo sido indicadas quaisquer ilegalidades pela impugnante.

A cláusula 25.2.26, da minuta do contrato de concessão, traz a seguinte redação:

*25.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pela CONCESSIONÁRIA: [...]
25.2.26. Custos decorrentes da (i) inobservância da legislação sobre proteção de dados pessoais, notadamente a Lei Federal 13.709, de 14 de agosto de 2018, e, (ii) de determinações de órgãos reguladores/fiscalizadores sobre a matéria*

Este dispositivo deve ser lido em conjunto com a cláusula 26.4, cuja redação é a seguinte:

*26.4.No caso de EVENTOS DE DESEQUILÍBRIO que decorram de ação e/ou omissão conjunta das PARTES, os prejuízos sofridos deverão ser repartidos pelas PARTES na proporção que cada uma contribuiu para a ocorrência do evento.
26.4.1. A proporção que cada PARTE contribuiu para a ocorrência do EVENTO DE DESEQUILÍBRIO será acordada pelas PARTES em negociação.
26.4.2 Caso as PARTES não cheguem a um acordo sobre o tema, a controvérsia será decidida de acordo com os métodos de solução de controvérsias previstos no CONTRATO.*

A interpretação destes dois itens demonstra claramente que a responsabilidade da concessionária é unicamente subjetiva, dependendo, portanto, da demonstração de dolo ou culpa. Neste sentido, a concessionária só será responsável pelos dados pessoais a que tiver acesso, sujeitando-se à mesma regra de responsabilidade aplicável indistintamente às atividades empresariais, inclusive para os serviços de cogestão prisional.

Por esta razão, a alegação de que a “**parceira privada será responsável, invariavelmente e em qualquer ocasião, por todo e qualquer dano causado aos dados pessoais que porventura tenha acesso**” é improcedente à luz das disposições da minuta contratual.

Por fim, deve-se esclarecer que a alocação de riscos tem por objetivo criar incentivos à concessionária, que estará resguardada pelas excludentes de responsabilidade previstas no contrato de concessão

4. DA CONTRADIÇÃO ENTRE AS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS DO ITEM 2.11 DO ANEXO IV E OS MANDAMENTOS DO ITEM 6.5 DO ANEXO VIII

A alegação de contradição entre o item 2.11, do Anexo IV, e o item 6.5, do Anexo VIII, é improcedente. A própria impugnante reconhece tratar-se de situações distintas:

“Veja-se, portanto, que dispositivos editalícios diversos parecem trazer informações contraditórias entre si, no caso, o Item 2.11 do Anexo IV afirma que eventuais descontos em cada contraprestação não podera ultrapassar a monta de 20% da contraprestação máxima; e, diversamente, o Item 6.5 do Anexo VIII prevê que esse montante somente pode atingir a marca dos 15% da máxima contraprestação. Por isso, ainda que as disposições editalícias digam respeito a assuntos diversos, visando à precaução de controvérsias futuras, e sob o manto da segurança jurídica dos licitantes, importa ser a impugnação acolhida a fim de que o Poder Concedente esclareça a questão obscura posta.”

Com efeito, trata-se de situações dissemelhantes a justificar tratamento diverso e específico. O fator gerador de cada uma das hipóteses descritas nos itens impugnados é distinto, não havendo, portanto, contradição a ser sanada e tampouco cabe cogitar, mesmo que em tese, controvérsia futura a este respeito.

Por último, deve-se esclarecer, a propósito, que a inclusão de um limite nos descontos progressivos beneficia a própria concessionária, pois visa a manter a viabilidade econômico-financeira da concessão.

5. DA PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O PRAZO EXÍGUO PARA A ANÁLISE DO EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL Nº 0005/2022

Em primeiro lugar, deve-se registrar que a impugnante utiliza-se da via da impugnação para solicitar o adiamento de prazo do processo licitatório. A impugnação, contudo, tem por objetivo indicar irregularidades e ilegalidades no processo licitatório, conforme estabelecido na Lei nº 8666/93.

É de conhecimento geral que o Edital de licitação foi publicado no dia 22 de julho de 2022. A sessão está prevista para o dia 12 de setembro de 2022. Portanto, o intervalo de 52 (cinquenta e dois) dias entre as duas datas está de acordo com o previsto no artigo 21, §2º, II, da Lei de Licitação, que estipula um intervalo mínimo de 30 (trinta) dias para a hipótese.

Deve-se frisar também que a publicação do edital de licitação foi precedida de consulta pública, realizada entre os dias 27 de janeiro de 2022 e 26 de fevereiro de 2022, de audiência pública, realizada no dia 22 de fevereiro de 2022, e de reuniões de *roadshow* com potenciais interessados, inclusive com a presença da impugnante.

Desta forma, o projeto era de conhecimento de todos os interessados tendo havido tempo hábil para análise e formulação de proposta, sendo improcedente a alegação trazida pela impugnante.

6. DA PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A DECLARAÇÃO 7 DO ANEXO II DO EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL Nº 0005/2022 E O ITEM 16 DA MINUTA DO CONTRATO

A alegação trazida pela impugnante é improcedente. A respeito deste ponto, deve-se esclarecer que já foram publicadas as seguintes respostas aos pedidos de esclarecimento n. 17 e n.121, transcritos a seguir:

17. “O item 3.6, do Modelo 7, do Anexo 2, trata da situação na qual a Concessionária não está cumprindo de maneira adequada os Indicadores de Desempenho, hipótese na qual o Poder Concedente determinará que esta tome as providências cabíveis para que os serviços sejam prestados de maneira adequada. Inclusive, o Contrato e o Anexo 7 do Contrato – Penalidades estabelecem multas e previsão de caducidade da Concessão no caso de desempenho reiterado da Concessionária abaixo de determinados níveis.

O caso do item 3.6 em referência é diferente da hipótese de alteração unilateral do Contrato pelo Poder Concedente, que, conforme a cláusula 25.3.1, do Contrato, é causa de reequilíbrio econômico-financeiro.”

121. “A subcláusula 16.1 trata da obrigação de a Concessionária manter os serviços atuais, conforme o art. 6º, § 2º, da Lei de Concessões, e, art. 5º, inciso V, da Lei Federal de PPP. Neste sentido, conforme previsto no Caderno de Encargos, a Concessionária deve apresentar, durante a fase de obras, o Projeto de Tecnologia, sendo que as tecnologias instaladas pela Concessionária devem ser

mantidas atuais durante todo o prazo do Contrato de PPP. Inclusive, a subcláusula 27.1(ii) prevê que o Projeto de Tecnologia será reavaliado de tempos em tempos, nas Revisões Ordinárias, exatamente para que as Partes possam, em conjunto, decidir as medidas que devem ser tomadas. Todos os investimentos para a Atualidade Tecnológica (ver definição no Glossário) devem ser suportados exclusivamente pela Concessionária e fazem parte do escopo original do contrato. Deve-se atentar para a regra da subcláusula 16.1.1, que prevê que "A revisão das especificações para fins de Atualidade Tecnológica não pressuporá a substituição dos sistemas e equipamentos ainda operacionais, mas tão somente o estabelecimento de novos parâmetros e especificações para a atualização de softwares, substituição de componentes e aquisição de novos sistemas e equipamentos." Ou seja, a revisão neste caso não obrigará que a Concessionária realize a substituição de equipamentos ainda operacionais. Portanto, uma eventual alteração unilateral do Contrato com base na subcláusula 16.1 ocorrerá em razão de a Concessionária não ter cumprido sua obrigação. Por isso, neste caso não haverá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro para a Concessionária".

7. DA QUESTÃO RELATIVA À IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE FINANCIAMENTO SEM A NECESSIDADE DE QUE O PARCEIRO PRIVADO CUBRA A ÍNTEGRA DO RISCO DE CRÉDITO DO PROJETO

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a impugnação é o instrumento legal para apontar irregularidades e ilegalidades constantes no edital do processo licitatório. A rigor, a impugnação não é o meio legal adequado para solicitar modificações no teor do edital, sobretudo aquelas que visam atender a estratégia de financiamento de determinado licitante.

Cumpre esclarecer que o faseamento na implantação das unidades prisionais obedece a um critério de política pública do Poder Concedente. Entende-se que esta medida é adequada para gestão das vagas no setor prisional de modo a evitar ociosidade. Além disto, em projeto de infraestrutura é rotineira a opção pelo faseamento. Em resposta ao pedido de esclarecimento nº 131 afirmou-se o seguinte:

“O entendimento não está correto. Deverá ser respeitado o faseamento estabelecido na Minuta de Contrato, que foi determinado pelo Poder Concedente

considerando a demanda estimada de vagas para a região. Este faseamento visa a evitar a construção de vagas que não serão ocupadas imediatamente”

Com relação ao sistema de garantias, a minuta do contrato de concessão estabelece na cláusula 23 – “Sistema de garantia em favor da concessionária” regras claras e objetivas para a substituição da garantia, inclusive quanto aos prazos e à qualidade da garantia a ser dada pelo Poder Concedente em substituição à original.

Neste sentido, entende-se ser improcedente a alegação da impugnante de que há incerteza jurídica na definição do sistema de garantias.

8. DO ERRO NA FÓRMULA DE REAJUSTE

A alegação trazida pela impugnante é improcedente. A respeito deste ponto, deve-se esclarecer que já foi publicada a seguintes respostas aos pedidos de esclarecimento nº 139 e 140, transcritas a seguir:

139. O cálculo do reajuste do VVG DIA considera que os ajustes pelos índices inflacionários serão acumulados ao longo do tempo. Logo, o VVG DIA que será pago quando do início da operação efetiva da 1ª Unidade Prisional considerará os reajustes acumulados até então, incluindo o INCC.

140. A questão apresentada não é referente a pedido de esclarecimento ao Edital e Anexos. A fase de consulta pública para a apresentação de sugestões já foi encerrada. De qualquer forma, informamos que (i) as questões apresentadas na sugestão foram avaliadas durante a estruturação do projeto; e, (ii) nos termos do item 2.3.1, do Edital, os estudos divulgados pelo Poder Concedente são referenciais, sendo que cada Licitante pode assumir premissas diversas, desde que sua proposta atenda ao disposto no Edital, Contrato e Anexos.

9. DO ERRO DE CÁLCULO DA CONTRAPRESTAÇÃO MÁXIMA

A alegação trazida pela impugnante é improcedente. A respeito deste ponto, deve-se esclarecer que já foi publicada a seguinte resposta ao pedido de esclarecimento nº 141, transcrita a seguir:

“A questão apresentada não é referente a pedido de esclarecimento ao Edital e Anexos. A fase de consulta pública para a apresentação de sugestões já foi

encerrada. De qualquer forma, informamos que (i) as questões apresentadas na sugestão foram avaliadas durante a estruturação do projeto; e, (ii) nos termos do item 2.3.1, do Edital, os estudos divulgados pelo Poder Concedente são referenciais, sendo que cada Licitante pode assumir premissas diversas, desde que sua proposta atenda ao disposto no Edital, Contrato e Anexos”

Cumpra esclarecer à impugnante, ademais, que os projetos de concessão e de parcerias público-privadas (“PPPs”) se diferenciam do modelo tradicional de contratação pública, regidos pela Lei nº 8.666/93 ou pela Lei nº 14.133/21.

Na estruturação de projetos de concessões e PPPs, as informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos disponibilizados pelo Poder Público possuem caráter meramente indicativo, sendo utilizados para fins exclusivos de precificação da concessão. Tais dados, incluindo o modelo financeiro e os estudos de engenharia e arquitetônicos são meramente referenciais e não vinculam os potenciais licitantes.

Com efeito, o §4º, do artigo 10 da Lei n.11.079/2004, é bastante claro ao dispor que:

“os estudos de engenharia para definição do valor do investimento da parceria público-privada deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”.

Não cabe alegar, todavia, que os estudos preliminares aqui citados são irrelevantes ao processo. Pelo contrário, como será demonstrado a seguir tais estudos são essenciais para a tomada de diversas decisões ao longo do processo de estruturação da concessão, permitindo que o certame licitatório maximize a concorrência. Apesar disso, há que se situar qual o seu devido papel para não haver a interpretação equivocada da finalidade de tais estudos.

Isso se dá por conta de características peculiares das PPPs, que, diferentemente da modalidade tradicional de contratação de obra pública, costumam abranger, em seu escopo, não apenas a construção (ou significativa reforma) de ativos de infraestrutura, mas também a manutenção de

tais bens e a prestação de serviços correlatos, por um longo prazo (não inferior a cinco anos, nem superior a 35 anos).

Assim, o que se espera do concessionário não é apenas a construção da infraestrutura, mas também a prestação de serviços aos apenados, aos agentes públicos e à sociedade em níveis de qualidade pré-especificados, em termos de segurança, disponibilidade e continuidade. Logo, a fim de maximizar a eficiência do contrato, os estudos e projetos que embasaram a construção dos documentos editalícios devem ser meramente indicativos, não vinculando o parceiro privado, que poderá aperfeiçoar os estudos e modelos disponibilizados pelo poder concedente, sem qualquer custo para este.

Com isto, o Poder Concedente espera que o licitante agregue sua experiência e ofereça soluções técnicas para a implementação da infraestrutura e prestação dos serviços, proporcionando eficiência e ganhos de escala que se traduzem em propostas mais vantajosas para o Poder Público.

Além do mais, a alocação de riscos em um instrumento de concessão administrativa difere de forma relevante de uma obra pública, principalmente pelos contratos serem de longo prazo (30 anos, no caso concreto). Deve-se ter em vista que a minuta de contrato de concessão atribui ao parceiro privado uma significativa responsabilidade pela gestão e pelos riscos ao longo da vigência contratual. Portanto, flexibilidade contratual, com ferramentas adequadas de gestão, são essenciais para manter a resiliência do contrato ao longo do período da concessão, tornando-o mais eficiente.

Nesse sentido, o Acórdão nº 939/2011, do Tribunal de Contas da União, ilustra com clareza a visão acima apresentada, quando analisa caso de concessão de serviços públicos, *in verbis*:

*“47. Não se pode, contudo, exigir o mesmo nível de detalhamento inerente a um certame por meio do qual a administração tenciona contratar uma obra pública em sentido estrito, pois **no EVTEA de uma concessão, além de o concessionário não estar vinculado à solução construtiva vislumbrada pelo poder concedente, ele estará exposto a riscos maiores do que o de empresas contratadas diretamente para execução de obras por meio da Lei nº 8.666/1993, como se pode extrair facilmente da matriz de repartição de riscos da concessão.**”* (grifo nosso)

Outra questão a se considerar é que os modelos geralmente utilizados nas concessões comuns e administrativas são determinísticos, ou seja, dão conta de um cenário específico, com base em dezenas (muitas vezes centenas) de variáveis. Portanto, é natural se pensar em outros cenários possíveis. Daí a importância da alocação dos principais riscos de negócio ao concessionário, que

geralmente tem melhor capacidade de gerenciar tais eventos de risco, podendo exigir um prêmio de risco menor que o custo provável que o Poder Público teria na hipótese de não transferir tais riscos, bem como de não se vincular a um modelo teórico, tampouco a uma Taxa Interna de Retorno (TIR) pré-determinada.

A boa prática na estruturação de projetos de concessão sugere que, na definição de modelos financeiros, há que se observar, como premissas, o conservadorismo e a prudência na elaboração de projeções contábeis e financeiras. Principalmente, no caso em questão, em que o processo passará por um processo concorrencial licitatório, onde os licitantes competirão por meio da oferta da menor contraprestação pública, permitindo a seleção da proposta mais eficiente e, portanto, mais vantajosa para a administração pública.

Portanto, é entendimento desta Comissão que os estudos referenciais atendem aos objetivos deste tipo de levantamento, de fornecer linhas gerais do projeto que sirvam de ponto de partida para os licitantes na elaboração de seus próprios projetos, com a liberdade que legislação lhes franqueia.

10. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sugerimos o não acolhimento da impugnação ora analisada mantendo-se inalterados os documentos licitatórios referentes à Concorrência Pública Internacional nº 0005/2022.

Assim, submetemos à deliberação dessa Comissão Permanente de Licitações.

Gabriel Sperotto Anawate
Analista Jurídico – UCPPP

Luana Breidenbach
Analista Jurídica – UCPPP

Carlos Eduardo da Silveira
Assessor Especial – UCPPP

Cesar Kasper de Marsillac,
Procurador do Estado – Coordenador Setorial do
Programa Estadual de Concessões e PPPs