



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

ÍNDICE

EDITORIAL	1
PARECERES E MANIFESTAÇÕES	2
LEGISLAÇÃO (<i>HYPERLINKS</i>)	7
JURISPRUDÊNCIA E NOTÍCIAS (<i>HYPERLINKS</i>)	8
PARECER EM DESTAQUE	9

EDITORIAL: A PARTICIPAÇÃO DA PGE NOS PROJETOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DO ESTADO

Em 31 de março de 2014, a página da Procuradoria Geral do Estado na *internet* informou o lançamento, no Palácio dos Bandeirantes, de edição especial da Revista da PGE a respeito de parcerias público-privadas (PPPs). A notícia pode ser lida acessando [este endereço](#).

A revista em questão foi elaborada com a participação de dezenas de Procuradores do Estado, no decorrer dos trabalhos do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre PPPs do Centro de Estudos da PGE. A revista pode ser encontrada a partir [deste link](#) (pesquisar somente em “Revista”).

Além do engajamento em produção científica, a Procuradoria Geral do Estado tem desempenhado importante papel na concretização de tais parcerias, atuando desde a modelagem dos projetos até o acompanhamento da execução contratual.



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

Nesse trabalho, assume especial relevância o exame das minutas de editais e contratos, tendo em vista a complexidade da relação a ser estabelecida entre os parceiros, e, também, a duração das parcerias. Em acréscimo, a PGE presta assessoramento à equipe técnica responsável pela condução dos estudos e elaboração do projeto, acompanha o procedimento licitatório e auxilia nos esclarecimentos solicitados pelo Tribunal de Contas.

Como exemplo de tal atuação, podemos citar a PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô.

Utilizando-se da tecnologia do monotrilho, a linha em questão interligará a região do ABC ao sistema de trens e metrô da Região Metropolitana de São Paulo e ao Corredor ABD. Serão treze estações, dois terminais de integração intermodal, um pátio de estacionamento e manutenção de trens e um estacionamento para trens ao longo da linha.

Trata-se, enfim, de um marco da mobilidade urbana na Região Metropolitana de São Paulo, que beneficiará milhares de usuários diariamente e que contou com cuidadosa análise da PGE.

Tal análise foi consubstanciada no Parecer GPG n.º 02/2014, que segue anexado ao final deste boletim, para conhecimento.

Cordialmente,

Equipe da Coordenadoria de Empresas e Fundações.

PARECERES E MANIFESTAÇÕES¹

¹. As manifestações e os pareceres mencionados foram proferidos em resposta a consultas específicas. Recomenda-se, assim, que, antes da evocação dos apontamentos presentes neste *Boletim* em casos concretos, seja solicitada a íntegra do pronunciamento à Coordenadoria de Empresas e Fundações, de modo a assegurar a pertinência dos presentes resumos a outras hipóteses.



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

- **Parecer PA n.º 58/2012**

ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DA SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. Cabe à SPPREV a gestão do patrimônio constituído para custear os pagamentos dos benefícios previdenciários. Possibilidade de efetuar venda direta dos imóveis recebidos do Estado de São Paulo, por meio do Decreto nº 57.181/2011, com a imputação dos recursos arrecadados no pagamento dos encargos, ou de constituir um Fundo de Investimento Imobiliário – FII. Economicidade. Caberá a SPPREV sopesar qual das alternativas é a mais econômica, eis que está gerindo um patrimônio com finalidade específica, o pagamento de benefícios previdenciários. Se optar pela constituição do Fundo de Investimento Imobiliário – FII, há a necessidade de autorização legislativa. Precedente Parecer PA nº 54/2011.

- **Parecer PA n.º 105/2013**

PREVIDENCIÁRIO. Servidor público. Aposentadoria voluntária. Artigo 40, parágrafo 1º, III, da Constituição da República. Requisitos. Dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. 1. Dez anos de efetivo exercício no serviço público. Conceito de serviço público. Vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias. Conceito de efetivo exercício. Exercício real e concreto das atribuições inerentes ao cargo. Impossibilidade de cômputo, como tempo de efetivo exercício no serviço público, de período de afastamento do titular de cargo efetivo para exercer emprego de confiança em sociedade de economia mista, como tal dotada de personalidade de direito privado. Inexistência de efetivo exercício no serviço público. 2. Cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria. Desnecessidade de que haja efetivo exercício das atribuições inerentes ao cargo. Silêncio eloquente do legislador constituinte. Requisito satisfeito pelo só fato jurídico do vínculo em



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

caráter efetivo, pelo tempo requerido, do servidor com o Estado. Possibilidade de cômputo, como tempo no cargo efetivo, de período de regular afastamento para o exercício de outros cargos ou empregos na Administração Pública. Precedentes: Parecer PA-3 nº 70/1993; Parecer PA nº 258/2004; Parecer PA nº 5/2006; Parecer PA nº 274/2006; Parecer PA nº 157/2010; Parecer PA nº 52/2013; Parecer PA nº 65/2013; Parecer PA nº 82/2013.

- **Parecer PA n.º 01/2014**

CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração indireta. Pareceres PA 189/2009, 72/2010. Despacho aditivo da Chefia da Assessoria Jurídica do Governo aposto no Parecer AJG 0529/2009. Art. 7º do Decreto estadual nº 54.376/2009. Princípios constitucionais de observância obrigatória a toda a Administração Pública, direta e indireta, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos os entes que integram esta última. Artigo 37, caput, da CR/88. Decreto federal nº 7.203/2010. Proposta de solução do caso concreto à luz da orientação firmada a partir do despacho de aprovação aposto pelo Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral ao Parecer PA 33/2013.

- **Parecer PA n.º 02/2014**

CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração indireta. Parecer PA 1/2014. Presença de parentes de gestores ou administradores entre os entes contratados e/ou terceirizados. Análise à luz das regras de impedimento elencadas na Lei de Licitações. Parecer PA 35/2010. Exegese ampliativa adotada pelo Tribunal de Contas da União para a interpretação do comando contido no § 3º do artigo 9º da Lei nº



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

8.666/93, de forma a abranger qualquer tipo de vínculo que possa trazer alguma espécie de influência ou vantagem sobre a conduta do licitante, vedando-se qualquer conduta que, direta ou indiretamente, possa comprometer a moralidade, isonomia e a impessoalidade, princípios estes que devem presidir as licitações públicas. Artigo 3º da Lei no 8.666/93 c.c. artigo 37, caput, da Lei Maior. Matéria a ser submetida à deliberação do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado CODEC, nos termos do art. 7º do Decreto nº 54.376/2009.

- **Parecer PA n.º 08/2014**

SERVIÇO BÁSICO. PÚBLICO. SANEAMENTO REGIÕES METROPOLITANAS. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 1.842/RJ. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade a colegiado formado pelos municípios integrantes da região metropolitana e pelo estado federado. Entendimento adstrito ao controle de constitucionalidade da legislação editada pelo Estado do Rio de Janeiro. Legislação Paulista submetida à apreciação da Corte Constitucional na ADI nº 4.028/SP e no Recurso Extraordinário nº 539.253/SP. Manutenção, por ora, do entendimento vigente: titularidade estadual da prestação de serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas. Pareceres PA nºs 413/2003, 414/2004, 68/2012 e 80/2013. Região Metropolitana de Campinas. Inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 3006/2010, de Artur Nogueira; 3324/2010, de Cosmópolis; 2465/2010, de Hortolândia; 4322/2011, de Itatiba; 2029/2010, de Jaguariúna; 3222/2011, de Paulínia; 3077/2010, de Pedreira; 2543/2010, de Santo Antonio da Posse; e 4671/2011, de Valinhos, que determinaram a adesão desses Municípios ao Consórcio Público Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí, também denominada ARES-PCJ. Viabilidade de interposição de ação direta de inconstitucionalidade. Minutas.



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

- **Parecer GPG-CEF n.º 01/2014**

Administração Indireta. Estatuto Social da Desenvolvimento Rodoviário S/A (DERSA). Esclarecimentos sobre o objeto social da empresa. Conceito de sociedade de economia mista. Função social da empresa estatal. Princípio da preservação da empresa. Definição do objeto social pelas normas estatutárias, de acordo com a autorização legal. Possibilidade de contratação da companhia, observados os requisitos legais.

- **Manifestação GPG-CEF n.º 09/2014**

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. FUNDAÇÃO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Adicional de periculosidade. Nova redação do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, dada pela Lei Federal n.º 12.740, de 8 de dezembro de 2012 e regulamentada pela Portaria n.º 1.885, de 2 de dezembro de 2013, do Ministério do Trabalho e Emprego. Elementos insuficientes para análise, pela Procuradoria Geral do Estado, das condições de trabalho na entidade consulente. Informações presentes na consulta e no parecer da Assessoria Jurídica da Fundação CASA que, todavia, sugerem a inexigibilidade do pagamento do adicional. Escorço histórico que permite afirmar a subsunção da Gratificação por Regime Especial de Trabalho – GRET ao artigo 193, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

- **Manifestação GPG-CEF n.º 40/2014**

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Participação nos Lucros ou Resultados – PLR. Pedido de pagamento *pro rata temporis*. Empregada que solicitou dispensa de



BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

empresa estatal durante o período de apuração do benefício. Ausência de previsão na convenção coletiva que seria aplicável à companhia. OJ-SDI1-390 do Tribunal Superior do Trabalho. Artigos 5º, parágrafo único e 10 do Decreto estadual n.º 59.598, de 16 de outubro de 2013. Uniformização de procedimentos e adoção de plano de metas. Proposta de remessa do expediente ao Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC.

LEGISLAÇÃO – *hyperlinks*

(clique na designação do diploma normativo para acessar o conteúdo)

- **Lei Estadual n.º 15.295, de 8 de janeiro de 2014:** Dispõe sobre editais de concursos públicos, e dá providência correlata.
- **Lei Estadual n.º 15.331, de 27 de fevereiro de 2014:** Dispõe sobre a extinção da Secretaria de Desenvolvimento Metropolitano e dá providências correlatas.
- **Decreto Estadual n.º 60.106, de 29 de janeiro de 2014:** Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, de dispositivos da Lei federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.
- **Decreto Estadual n.º 60.244, de 14 de março de 2014:** Designa o Banco do Brasil S.A. como agente financeiro do tesouro estadual e autoriza a celebração de instrumento jurídico próprio para disciplinar o relacionamento institucional com o Poder Executivo.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

BOLETIM DA COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Volume 1 – janeiro/março de 2014

JURISPRUDÊNCIA E NOTÍCIAS – *hyperlinks* (clique no título da notícia para acessar o conteúdo)

STF:

- STF julgará aproveitamento de servidores de nível médio em carreira de nível superior (2 de janeiro de 2014).

TST:

- Uso de celular não restringe liberdade de locomoção de empregado (10 de janeiro de 2014)
- Turma nega adicional de insalubridade a segurança que trabalha com menores infratores (21 de janeiro de 2014).
- Fundação gaúcha não terá de pagar verbas trabalhistas para comissionado (5 de fevereiro de 2014).
- Concursado não reverte justa causa aplicada com base em inquérito policial (25 de março de 2014).

COORDENADORIA DE EMPRESAS E FUNDAÇÕES

Cristina M. Wagner Mastrobuono – Procuradora do Estado Assessora (Coordenadora)
André Rodrigues Junqueira – Procurador do Estado
Camila Rocha Cunha Viana – Procuradora do Estado
Carlos Eduardo Teixeira Braga – Procurador do Estado
Denis Dela Vedova Gomes – Procurador do Estado
Vinicius Teles Sanches – Procurador do Estado
Fernando Bernardi Gallacci – Estagiário de Direito



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

Processo GDOC nº 18487—118913/2014 /2014 (Processo STM nº 672/2013 volumes I a IV)

PARECER: GPG nº 02/2014

INTERESSADO: SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS - STM

ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO - PRIVADA. CONCESSÃO PATROCINADA – LINHA 18 DO METRÔ. Exame da minuta do edital e do contrato. Matéria regida pela Lei federal 11.079, de 30/12/2004, e suas alterações. Lei federal 8.987, de 13/02/1995 e Lei federal 8.666/93. No âmbito estadual, aplicação das Leis 7.835/92 e 6.544/89. Atendimento dos Requisitos Legais. Observações.

Senhor Procurador Geral,

1. Trata-se de proposta de concorrência pública de âmbito internacional objetivando a concessão patrocinada para a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da linha 18 – Bronze de Metrô de São Paulo, contemplando implantação, operação e manutenção, com tecnologia de monotrilho.

2. Os autos administrativos vieram encaminhados ao Gabinete do Procurador Geral do Estado para análise final das minutas do Edital e do Contrato e emissão de parecer, nos termos do Despacho GS nº 004/2014, a fls. 1299/1300.

3. Foram anexados aos autos:

1



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

- 1) Atas das 43ª, 52ª, 56ª e 61ª. Reuniões Ordinárias do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público- Privadas, instituído por força da Lei estadual nº 11.688, de 19/05/2004 (fls. 98, 982, 983, e 1012/1016vº);
- 2) Relatório do Banco Mundial sobre a análise das MIPs (estudos do setor privado em atenção ao Chamamento Público) e estrutura do projeto (fls. 39 a 158);
- 3) Relatório do Grupo de Trabalho instituído com representantes da STM, SF, CPP, UPPP e PGE para análise das MIPs (fls. 159 a 182);
- 4) Manifestação Formal da UPPP (Unidade de Parcerias Público Privadas) GS nº 016/2012 (fls. 183 a 194), e NT 012/2013 – Adendo (fls. 999 a 1003verso);
- 05) Aviso de Publicação de Audiência Pública nos Jornais Diário Oficial do Estado, Folha de São Paulo, Estado de São Paulo, Valor Econômico, DCI, Diário Oficial da União (fls.195 a 200);
- 06) Divulgação e publicação internacional acerca da audiência pública (fls. 201 a 202);
- 07) Republicação do Aviso de Audiência Pública no DCI, por ter saído com incorreção (fls. 203);
- 08) Documentos da audiência pública (fls. 204 a 224) ;
- 09) Ata da Audiência Pública (fls. 225 a 254);
- 10) Resolução STM nº 20, de 18-03-2013, que institui Grupo de Trabalho para elaboração do edital de concorrência pública de âmbito internacional e seus anexos, com representantes da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do Metrô e de técnicos (fls. 253-254);
- 11) Resolução STM nº 26, de 22-03-2013, que institui Grupo de Trabalho para desenvolver tratativas e interfaces junto às municipalidades envolvidas com a implantação da Linha 18, com representantes da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do Metrô e de técnicos (fls. 255-256);
- 12) Of/Gab/244/2013, da EMTU, com informações sobre os impactos da Linha 18 – Bronze no contrato de concessão do Corredor Metropolitano ABD (fls. 262 a 267);
- 13) Licença Ambiental Prévia nº 2237 (fls. 301);



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

- 14) Pareceres da Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos e ofícios trocados com as municipalidades envolvidas no projeto, para a prestação de serviços acessórios ao projeto da Linha 18 (fls. 333 a 384);
- 15) Minuta de edital e anexos colocados em consulta pública (fls. 398 a 641);
- 16) Publicidade da consulta pública em jornais nacionais e estrangeiros (fls. 643 a 649)
- 17) Manifestações e comentários no âmbito da consulta pública (fls. 668 a 891);
- 18) Decreto nº 59.762, de 19 de novembro de 2013, declarando de utilidade pública para fins de desapropriação, ocupação temporária ou instituição de servidões, imóveis necessários à implantação da Linha 18 (fls. 955 a 957verso);
- 19) Relatório Técnico sobre o projeto elaborado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos em novembro 2013 (fls. 961 a 998);
- 20) Mensagem eletrônica acerca sobre os aspectos orçamentários do projeto (fls. 1004 a 1011);
- 21) Leis nsº 14.477/2011 e 14.822/2012, que autorizam o Poder Executivo captar recursos junto ao BNDES para investimentos na Linha 18 (fls. 1021 a 1023);
- 22) Declaração do Sr. Secretário dos Transportes Metropolitanos, acerca do preenchimento dos requisitos exigidos pela Lei nº 11.079/2004 (fls. 1024 a 1026); e
- 23) Minutas do Edital e anexos, inclusive do contrato (fls. 1027 a 1295).

4. Em complementação aos documentos supra mencionados, anexamos nesta data cópia do Relatório Complementar elaborado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos, recebido por meio de mensagem de eletrônica, bem com a ata da 12ª. reunião Extraordinária do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas, publicada no DOESP de 21.01.2014;

É o breve relatório. Opinamos.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

5. A Linha 18 - Bronze da rede metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, constitui-se de 14,9 km de via, e interligará a região do ABC ao sistema metroferroviário da Região Metropolitana de São Paulo, por meio de integração na estação Tamanduateí (Linha 2 – Verde do Metrô e Linha 10 – Turquesa da CPTM) e no Corredor ABD, junto à Estação Paço Municipal, no município de São Bernardo. O projeto engloba a construção de 13 (treze) estações, dois terminais de integração intermodal, um pátio de estacionamento e manutenção de trens e um estacionamento para três trens ao longo da linha.

6. O projeto foi acolhido como proposta preliminar (nos termos do artigo 4º, II do Decreto estadual nº 48.867/2004) na 43ª Reunião Ordinária do CGPPP, ocorrida no dia 9 de dezembro de 2011 (DO 23.05.12), ocasião na qual foi deliberada a publicação do Chamamento Público (procedimento previsto no Decreto estadual nº 57.289/2011), convidando o setor privado a apresentar manifestações de interesse para o Desenvolvimento de Estudos e Modelagem para a Linha 18 – Bronze da Rede Metroviária de São Paulo.

7. O Chamamento Público nº 001/2012 foi publicado em 02 de fevereiro de 2012, e ocasionou a apresentação de quatro propostas, todas elas analisadas pelo Grupo de Trabalho especialmente formado para tal finalidade¹, e avaliadas em conjunto com o Banco Mundial. O resultado dos trabalhos foi analisado e aprovado pelo Conselho Gestor de PPPs nas reuniões ordinárias nº 52 (18.12.2012) e nº 56 (05.06.2013).

¹ GT da Linha 18, tendo a participação e apoio de representantes da STM/Cia do METRÔ, da Companhia Paulista de Parcerias – CPP, da Procuradoria Geral do Estado – PGE e da Unidade de Parceria Público-Privada – UPPP



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

8. Aos 12 de março de 2013 foi realizada audiência pública e no período de 05.07.2013 a 06.08.2013 as minutas do edital e do contrato foram disponibilizadas para consulta pública.

9. A partir das informações, observações e sugestões colhidas na audiência e consulta pública, bem como junto às equipes técnicas dos municípios envolvidos, solicitações do Ministério das Cidades (considerando que o projeto contará com recursos do PAC 2 – Mobilidade Grandes Cidades), e com a experiência obtida na publicação do Edital da Linha 6 de Metrô, foi apresentado o modelo final do projeto, cujas minutas são ora analisadas.

10. Cabe observar que em razão do fato de que o presente projeto contará com recursos federais, deverá o mesmo estar adequado às exigências impostas pelo Ministério das Cidades e Ministério do Planejamento, que estão bem expostas no Relatório Complementar elaborado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos.

**I – DA CONCESSÃO PATROCINADA EM EXAME E DE SUAS
CARACTERÍSTICAS**

11. Define a Lei federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a concessão patrocinada em seu **artigo 2º, § 1º**, como *“a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”*.

12. A contratação em exame tem por objeto a prestação de serviços públicos de transporte da linha 18 - Bronze de metrô de São Paulo,



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

contemplando implantação, fornecimento, operação e manutenção, com prazo contratual de 25 anos.

13. Foi concebida a partir de estudos originados na Secretaria de Transportes Metropolitanos e manifestações da iniciativa privada, as quais foram disciplinadas pelo Decreto estadual nº 57.289, de 30.08.2011, ali denominadas Manifestações de Interesse Privado.

14. Encontra-se nestes autos o Relatório de Trabalho onde foram analisadas as Manifestações de Interesse Privado recebidas (fls. 159 a 182).

15. Os primeiros quatro anos (Fase I), contados da data de início da vigência da concessão, destinar-se-ão à implantação da linha Bronze, envolvendo as obras civis, via permanente, fornecimento e implantação de sistemas, o fornecimento de material rodante, equipamentos, montagens e demais intervenções, conforme se constata do ato convocatório.

16. Nos vinte e um anos seguintes (Fase II), será desenvolvida a operação de transporte metroviário de passageiros da Linha 18, estando prevista a possibilidade de o concessionário iniciar a prestação dos serviços antes da data máxima de início da Operação Comercial, caso as ações da Fase I se completem antes do prazo estipulado. A antecipação da operação comercial não implicará em alteração no prazo inicialmente estipulado para a Fase II, sendo que o período de operação comercial antecipada será acrescido ao prazo de 21 (vinte e um) anos de prestação do serviço de transporte de passageiros.

17. O trecho a ser operado interligará a região do ABC ao sistema metroferroviário da Região Metropolitana de São Paulo, por meio de integração na Estação Tamanduateí (Linha 2 – Verde do Metrô e Linha 10 – Turquesa

6



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG N° 02 /2014

da CPTM) e no Corredor ABD, junto à Estação Paço Municipal, constitui-se de 14,9 Km de via entre as estações Tamandateí e Djalma Dutra, abrangendo 13 estações: Tamandateí, Goiás, Espaço Cerâmica, Estrada das Lágrimas, Praça Regina Martiello, Instituto Mauá, Afonsina, Fundação Santo André, Winston Churchill, Senador Vergueiro, Baeta Neves, Paço Municipal e Djalma Dutra, incluindo, ainda, um pátio de estacionamento e manutenção de trens, dois terminais de integração intermodal e um estacionamento para três trens ao longo da linha, sendo que seu traçado passa pelos Municípios de São Paulo, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e Santo André.

18. O edital contém as diretrizes e condições mínimas estimadas pelo Poder Concedente para nortear a prestação dos serviços, devendo a licitante realizar seus próprios levantamentos, investigações, avaliações e estimativas, com o objetivo de aferir e, se for o caso, adotar características técnicas, quantidades e qualidades superiores, a permitir a adequada prestação dos serviços concedidos.

**II – QUANTO AO PREENCHIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DA LEI FEDERAL
N.º 11.079/2004:**

Diretrizes da Lei n° 11.079/2004:

19. A lei estabeleceu diversas diretrizes para contratos de Parceria Público-Privada, as quais se encontram no artigo 4º da Lei federal 11.079/2004, tendo como principais objetivos assegurar a eficiência, o respeito aos interesses dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução, a responsabilidade fiscal, a transparência, a sustentabilidade financeira, indelegabilidade das funções típicas de Estado e a repartição de riscos entre os parceiros. Transcreva-se o teor do dispositivo citado:



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

20. As justificativas apresentadas pela Administração Pública que deram ensejo ao presente projeto (conforme detalhado a seguir) bem como os termos do contrato atendem às diretrizes legais para contratações no modelo de parceria público-privada.

III - DO PROCESSO LICITATÓRIO

21. Quanto ao processo licitatório, deve ele conter os elementos exigidos no artigo 10 da Lei 11079/04, como a seguir exposto:

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

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



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

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

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

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

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

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

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

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

VI – submissão da minuta de edital 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; e

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

Justificativa apresentada pela autoridade competente:



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

22. Verifica-se que o requisito legal consistente no item I do artigo 10 acima transcrito foi atendido, conforme manifestação da autoridade competente, Sr. Secretário dos Transportes Metropolitanos juntada a fl. 1024 e seguintes, que invoca os estudos técnicos que demonstram a viabilidade do projeto, a conveniência e oportunidade da contratação da Linha 18 sob a forma de parceria público-privada. Referidos estudos fundamentaram a decisão do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado no sentido de autorizar as providências necessárias à publicação do Edital.

Análise pela Unidade de Parcerias Público-Privadas:

23. Com a atenção voltada às exigências contidas no referido dispositivo legal, vale ressaltar os aspectos principais da manifestação formal da UPPP GS nº 016 de 2012, anexada a fls. 183/194 e o Adendo à manifestação, NT 012/2013 (fls. 999/1003). Quanto ao modelo financeiro da concessão e compatibilidade com os limites legais, concluiu a Unidade de Parcerias Público Privadas (UPPP) que os investimentos exigidos na concessão patrocinada ora em estudo obedecem ao limite legal de 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida, imposto pelo artigo 28 da Lei nº 11.079/2004.

24. Nessa análise inicial da UPPP foi considerado o modelo financeiro utilizando como valor do investimento ("Capex") o montante de R\$ 3.010,8 milhões. Não foi considerado, para efeito da verificação do limite mencionado acima, os valores que serão repassados à concessionária a título de aporte de recursos,



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

conforme autoriza o § 2º do artigo 6º da Lei de PPPs, consoante alteração introduzida pela Lei federal nº 12.766/2012². Justifica aquela unidade:

“na visão da Unidade de PPP o aporte de recursos está inerentemente ligado à realização de investimentos e, portanto, tem natureza própria de despesa de capital. Por sua vez, o limite conferido às despesas de PPP pela Lei 11.079 refere-se claramente às despesas de caráter continuado, cuja natureza reside nos contornos das despesas correntes:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Assim, adotou-se aqui a interpretação de que os aportes não devem ser computados como despesas de PPP, para efeito de cumprimento ao limite estabelecido pelo artigo 28 da Lei Federal 11.079, ficando seu controle circunscrito aos limites de endividamento em vigor para o Estado de São Paulo.” (fls. 185vº)

25. Denota-se, de tal manifestação, que os órgãos competentes avaliaram o projeto do ponto de vista do artigo 10 da Lei de PPPs, estando assegurado

² § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

que há larga margem no que tange ao limite de endividamento do Estado de São Paulo quanto à sua carteira de projetos de Parecerias Público-Privadas (art. 28 da citada lei).

26. A partir da fl. 999 consta o Adendo à manifestação da UPPP, em função de algumas modificações aprovadas pelo Conselho Gestor de PPPs na 61ª Reunião (nov/2013), especialmente naquelas consistentes em alteração dos custos de investimento e de operação envolvidos. Mesmo com a majoração dos custos do projeto permanecem atendidos os limites de endividamento e as condições de financiabilidade do projeto (fls. 1002/1003).

27. A Unidade de PPPs conclui por recomendar ao Conselho Gestor de PPPs a aprovação do projeto ora em análise, em manifestação datada de 06 de novembro de 2013.

28. Quanto aos aspectos orçamentários, constam os seguintes documentos:

28.1. Mensagem da representante do Grupo de Planejamento Setoral da STM (fls. 1004/1003) que as intervenções descritas no projeto estão previstas no Plano Plurianual de Ações em vigor – 2012/2015, aprovado pela Lei 14.676/2011, no Programa 3708 – Expansão, Modernização e Operação do Transporte Metroviário – Pitu em Marcha – ação 2308 – Linha 18 – Tamanduateí (SP) – Alvarenga (SBC), bem como da LDO 2014, aprovada pela Lei 15.109/2013, e na LOA, ação orçamentária 2472, havendo, portanto compatibilidade das obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato com a lei de diretrizes orçamentárias e sua previsão na LOA, restando atendido o artigo 10, III e V, da Lei nº 11.079/2004.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

28.2. Declaração do Sr. Secretário de Transportes Metropolitanos no sentido de que *(i)* o Programa “PITU EM MARCHA” de nº 3708 está previsto no PPA 2012/2015 e na LDO, cuja ação orçamentária correspondente é a de 2474 – Apoio à Parceria Público-Privada para Construção da Linha 18 – Bronze e abrigam a contratação da PPP correspondente; *(ii)* o Estado conta com recursos para a realização dos Aportes de Recursos destinados ao parceiro privado durante a fase de investimentos do projeto, além da participação de recursos do Orçamento Geral da União (PAC2); *(iii)* as despesas criadas com o projeto não afetarão os resultados previstos no Anexo de Metas Fiscais da LDO/2014; *(iv)* foram observados os limites e condições de endividamento da Administração Pública, havendo condições suficientes para cobrir os impactos orçamentários e financeiros em todos os exercícios do contrato de concessão patrocinada para a Linha 18, levando-se em consideração as normas gerais relativas à consolidação das contas públicas, aplicáveis aos contratos de PPP; *(v)* as obrigações a serem contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato da Linha 18 são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e estão previstas na Lei Orçamentária Anual – LOA; *(vi)* as despesas de caráter continuado da PPP Linha 18 está compatível com os limites estabelecidos pelo artigo 28 da Lei 11.079/2004, e cujas demonstrações deverão ser encaminhada à Secretaria do Tesouro Nacional, órgão responsável pela verificação dessa compatibilidade; restando, portanto, atendidos os requisitos impostos pelos incisos I, “b” e “c”, II, III, IV e V do artigo 10 da Lei 11.079/2004.

28.3. Alertamos, no entanto, que, em vista da deliberação do Conselho Gestor de PPPs tomada na 12ª. Reunião Extraordinária, realizada em 20.01.2014, deverá ser novamente atestado o cumprimento do artigo 10 mencionado no que tange aos aspectos orçamentários.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG N° 02 /2014

29. As minutas do edital e do contrato foram devidamente submetidas a consulta pública, restando atendido o inciso VI do artigo 10 supra mencionado.

30. Já foi obtida a emissão da licença ambiental prévia do empreendimento, anexada a fl. 301, restando atendido o inciso VII do artigo 10 supra mencionado.

Edital:

31. As minutas de edital e contrato elaboradas pela STM, juntadas a fls. 1029 e seguintes atenderam às orientações já traçadas pela Procuradoria Geral do Estado em projetos anteriores, e serviram de ponto de partida para várias reuniões realizadas pelo Grupo de Trabalho multisetorial que vem acompanhando a elaboração do projeto, sendo que as alterações consensadas foram inseridas diretamente nas minutas cuja nova versão foi encaminhada em 17.01.2014, por meio eletrônico, à STM, para os ajustes finais.

32. A seguir, passamos a analisar as questões de cunho jurídico de maior relevância, recomendadas pela Procuradoria Geral do Estado:

32.1. O Edital de licitação contempla as diretrizes gerais, elaboradas em atendimento à decisão do Conselho Gestor de Parcerias Público Privadas, consistente em uma concorrência internacional, com a utilização do procedimento de inversão de fases, de maneira que a análise dos documentos de habilitação se dará antes da abertura das propostas comerciais.

Critério de Julgamento para a Licitação



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

32.2. Conforme definição governamental no âmbito do Conselho Gestor de PPP, o critério de julgamento contido no edital é o de MENOR VALOR oferecido a título de Contraprestação pecuniária da Concessão, definido por PERCENTUAL DE DESCONTO ÚNICO sobre o valor da Contraprestação, em conformidade com o artigo 12, inciso II, alínea “a” da Lei 11.079/04.

Garantia de Proposta

32.3. A garantia de proposta, no edital inicialmente analisado, veio a ser inserida no item relativo à qualificação econômico-financeira. Com efeito, pela regra do artigo 31, III, da Lei federal nº 8.666/93, em licitações tradicionais, sem inversão de fases, tal documento deve ser aberto em primeiro lugar, de modo a se poder conhecer os participantes que de fato tem condições de se apresentar para determinado certame licitatório.

No entanto, nas licitações com inversão das fases processadas conforme disposto na Lei federal nº 11.079/04, artigo 13, recomenda-se que tal documento seja aberto em primeiro lugar, em envelope separado, antes do exame da Proposta Comercial, vez que se mostra premente constatar sua entrega e sua suficiência, sem o que haverá impedimento para licitar.

Assim ensina o Prof. Maurício Portugal Ribeiro, *in* “Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos”, ed. 2011, Atlas, pág. 27:

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

pré-qualificação, a garantia de proposta deve integrar a documentação relativa à pré-qualificação.

Situação diversa ocorre quando se tratar de procedimento com inversão de fases entre proposta e habilitação (art. 13 da Lei de PPP ou art. 18-A da Lei Geral de Concessões). Nesse caso, o ideal é que o edital preveja a entrega de um envelope separado com a garantia de proposta, a ser aberto e analisado antes da abertura das propostas. Entendimento contrário levaria à abertura da garantia de proposta após a abertura das propostas – o que nos parece inadmissível, pois deixaria a Administração desprotegida. Imagine-se que, em procedimento com inversão de fases, a garantia de proposta fosse entregue em conjunto com os documentos de habilitação. Suponha-se que licitante sem garantia de proposta, ou com garantia inválida, viesse a participar desse certame e se classificasse em primeiro lugar. Se, por qualquer motivo, esse licitante viesse a desistir da licitação ou a ser inabilitado, por não ter apresentado a documentação exigida, a Administração, que até então não tinha ciência da invalidade ou inexistência da garantia de proposta do licitante, não poderá executá-la.” (destaques nossos)

A garantia da proposta foi fixada em R\$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de reais), que corresponde a 1% (um por cento) do valor dos investimentos, e não pode ser considerada como barreira de entrada aos interessados em potencial, por não se caracterizar excessivo ao fim colimado. A lei de licitações, que tem aplicação subsidiária nos contratos de parceria público-privada, estabelece no artigo 31, III que a garantia da proposta pode ser fixada em até 1% do valor do contrato. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado tem entendido que o valor do contrato a ser considerado, nas concessões patrocinadas, para efeito de aplicação do percentual fixado em lei, deve corresponder ao valor dos investimentos do contrato. Considerando que o valor estimado para os investimentos



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG N° 02 /2014

do contrato que se busca licitar, conforme mencionado na manifestação da UPPP, corresponde a 3,53 bilhões (fls. 1000vº), temos que o parâmetro legal foi atendido.

Atestados Exigidos para Habilitação Técnica e documentos de qualificação econômico-financeira

32.4. O Edital prevê que o licitante apresente atestados que demonstrem experiência em várias atividades, com o objetivo de selecionar concorrentes que efetivamente detenham experiência na prestação do serviço e obras relacionadas. Optou a administração, por orientação do Conselho Gestor do Programa de PPPs do Estado, a condicionar o licitante vencedor a subcontratar o fornecimento do material rodante na tecnologia monotrilho em momento anterior à assinatura do contrato de concessão. Tal decisão tem o objetivo de aumentar a competitividade do certame, considerando o pequeno número de fabricantes existente em escala mundial, de maneira que a solução aventada aumenta a concorrência entre o setor privado e resguarda o interesse da administração em obter o material rodante dentro das especificidades estipulada na cláusula 12.1.6 do Edital.

Como exigências postas para qualificação econômico-financeira dos licitantes optou-se por exigir, além dos documentos legalmente previstos, que a licitante comprove, na data estabelecida para entrega da documentação e propostas, patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 380.000.000,00 (trezentos e oitenta milhões de reais). Deverá se certificar a Secretaria de Transportes Metropolitanos que a exigência de patrimônio líquido nesse patamar atende à previsão legal do artigo 31, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Para os licitantes reunidos em consórcio, o edital fez uma exigência maior, ao determinar que o valor do patrimônio líquido mínimo a ser comprovado deverá ser 30% superior ao quanto exigido dos licitantes individuais.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG N° 02 /2014

Requisitos para SPE:

32.5. O edital faz referência à sociedade de propósito específico que deverá ser constituída pelo licitante vencedor, ou consórcio licitante vencedor, para assinatura do contrato. Esta deverá ser constituída na forma de sociedade por ações, podendo adotar a forma de companhia aberta, com valores negociados no mercado, uma vez concluída a fase de investimentos. A SPE deverá adotar padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, de acordo com as práticas contábeis do Brasil e seguindo a Lei n° 6.404/76.

Ressarcimento dos Estudos:

32.6. O Edital prevê ainda em seu item 12.1.4 que o vencedor da licitação deverá ressarcir em R\$ 4.037.800,00 (quatro milhões, trinta e sete mil e oitocentos reais) as empresas indicadas no presente processo, em razão do aproveitamento dos estudos trazidos pelo setor privado em atenção ao Chamamento Público 01/2012, e efetivamente aproveitados na estruturação final do projeto. Tal previsão encontra respaldo no Decreto n° 57.289/11, que introduziu alterações no Decreto n° 48.867/2004.

Conteúdo Nacional:

32.7. Considerando que o projeto foi inserido no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC2 – Grandes Cidades, conforme a Portaria 262, de 07 de junho de 2013 e, portanto, contará com investimentos repassados pela União ao Estado de São Paulo, é necessário o atendimento de algumas especificidades. Nesse particular, cabe invocar que o artigo 3º-A da Lei n° 11.578/2007 estabelece que os editais de licitação poderão exigir a aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais em setores específicos definidos em ato do Poder Executivo, o que veio a ser regulamentado pelo Decreto Federal n° 7889/2013.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

Para dar cumprimento a essa obrigação imposta ao parceiro privado, foi inserido no edital o item 7.2.8.4 que estabelece que o licitante deverá considerar, em sua proposta comercial, *os ônus financeiros decorrentes da obrigação de aquisição de produtos manufaturados nacionais e de serviços nacional, relacionados aos bens e serviços integrantes do Anexo I do Decreto nº 7.888/2013 e diplomas normativos alteradores, observando as regras neste estabelecidas e demais instrumentos normativos relacionados, ou de adesão ao Programa de Nacionalização Progressivo do BNDES.*

Ainda com o intuito de atender à normatização federal que disciplina o repasse dos recursos da União aos Estados, recomenda-se que o Termo de Compromisso a ser assinado entre os entes públicos figure como Anexo ao Edital e ao Contrato, cumprindo-se o § 4º do artigo 3º da Lei Federal nº 11.578/2007.

Metodologia de Execução/Plano de Negócios

32.8. Conforme consta da minuta de edital, o Plano de Negócio está sendo exigido como elemento integrante dos documentos de habilitação, sob denominação de “Metodologia de Execução”. Tal opção, apesar de constar do art. 30, §8º, da Lei de Licitações, quando autoriza a exigência de metodologia de execução em “*obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade*”, tem por consequência necessária a avaliação detida, por parte da Administração, dos elementos técnicos referentes àquelas atividades (obras etc.).

Não haveria que se falar, por sua vez, na exigência do mencionado documento a título de elemento integrante da proposta técnica, tendo em vista o critério de julgamento escolhido (art. 12, II, “a”, da Lei federal n. 11.079/2004).



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

Nos termos da abalizada doutrina de Maurício Portugal, consiste o Plano de Negócios no *“conjunto de informações necessárias para caracterizar um novo negócio ou empreendimento – inclusive informações sobre o setor no qual está inserido, mercado-alvo, estratégia, fluxo de caixa estimado do negócio, considerando alguns cenários possíveis”*.

Tal documento, ainda na esteira do citado doutrinador, pode ser exigido a título de (i) metodologia de execução (habilitação técnica); (ii) proposta técnica; (iii) proposta econômica; ou mesmo como (iv) simples anexo do contrato, como condição prévia para sua assinatura.

No presente caso a Metodologia de Execução deverá integrar o Envelope 3, e será analisada apenas na fase de habilitação da licitante, cuja proposta comercial tenha sido a melhor classificada. Tal procedimento é viável, considerando-se que atualmente existe autorização legal para a chamada “inversão de fases” na fase externa da licitação, que adota a sistemática de ser analisada a proposta comercial das licitantes anteriormente ao julgamento da habilitação. Conquanto não se vislumbra ilegalidade no procedimento, em face do conteúdo da metodologia exigida, restrita ao plano de negócios do projeto, seria mais recomendável sua análise juntamente com a proposta comercial, sob a rubrica “plano de negócios”.

Assim, diferentemente do proposto pela Administração na minuta de edital, entendemos mais adequado, sob o ponto de vista jurídico, a exigência do Plano de Negócios seja como elemento integrante da proposta econômica, seja como simples anexo do contrato, como condição prévia para sua assinatura.

Nesse ponto, apesar de tratar-se de opção discricionária do Administrador, entendemos que sua análise conjunta com a proposta econômica traria maior segurança na verificação pelo Poder Concedente acerca da validade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

(exequibilidade, p.ex.) da proposta econômica apresentada, podendo, por isso, ensejar a desclassificação de eventual proposta que contrarie aqueles requisitos mínimos necessários ao Plano de Negócios. Nesse sentido, aduz Maurício Portugal, *in verbis*:

“Por fim, quando incluído como parte da proposta econômica, ou como seu anexo, o plano de negócios é avaliado como instrumento que dá substância à proposta econômica. Nessa função, o plano de negócios, em regra, é avaliado como condição de validade da proposta. Eventual descumprimento das características mínima estabelecidas no edital para a validade do plano de negócios levaria a desclassificação da proposta.

A apresentação do plano de negócios pode ser solicitada também no edital apenas como condição para a assinatura do contrato. Nesse caso, o plano de negócio pode ser ou um anexo não vinculante, que apresenta sob a forma de declaração do concessionário, e para mera informação do Poder Concedente, um detalhamento adicional sobre como o concessionário pretende executar o contrato.”

Por fim, salientamos que sua adoção como elemento integrante da proposta econômica encontra não só respaldo doutrinário, como também junto aos Tribunais de Contas pátrios.

Contrato:

Objeto do contrato:



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

33.1. O objeto do contrato está descrito a contento, podendo ser resumido como a concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 18 – Bronze da rede metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação e manutenção.

Remuneração do Futuro Concessionário da Linha 18:

33.2. A contratação pretendida envolve, a partir do início da operação comercial ou da operação comercial antecipada, uma tarifa de remuneração, bem como uma contraprestação pecuniária mensal, mediante recursos oriundos do orçamento do Poder Concedente, ficando a remuneração vinculada ao seu desempenho, conforme indicadores previstos no contrato. Portanto, o pagamento será composto de duas parcelas, conforme itens do edital a seguir expostos:

PARCELA A – Receita decorrente da TARIFA DE REMUNERAÇÃO, fixada em R\$ 1,60 (um real e sessenta centavos), por passageiro transportado, na data base de 01/02/2013.

PARCELA B: CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA devida pelo PODER CONCEDENTE, no valor anual máximo de R\$(....reais e centavos), tendo como data-base xxxxxxxx, sobre o qual incidirá desconto único em percentual oferecido pela licitante vencedora em sua PROPOSTA COMERCIAL.

A Contraprestação será mensal, iniciando-se seu pagamento a partir da OPERAÇÃO COMERCIAL ou da OPERAÇÃO COMERCIAL ANTECIPADA.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

Remuneração Variável em função do Coeficiente de Mensuração de Desempenho:

33.3. A Contraprestação sofrerá a incidência do Coeficiente de Mensuração de Desempenho, por meio do qual serão avaliados os aspectos qualitativos do desempenho dos serviços prestados pela Concessionária. Isto poderá significar um fator de redução sobre a Contraprestação.

Comenta o jurista MÁRCIO PESTANA, em sua obra intitulada “A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada-PPP”, Ed. Atlas, 2006, págs. 21/22, sobre a remuneração de acordo com o desempenho, importante instrumento para aprimorar a qualidade dos serviços prestados:

“Tal retribuição, associada à performance, possui tinturas marcadamente de natureza privada, soando familiar a aqueles que erigem empreendimentos à base de risco. Realmente, nada mais natural e estimulador do que se conferir um certo prêmio (ou remuneração) a aquele que produtiva, qualitativa, quantitativa e rentavelmente realize a obrigação ou encargo que o ajuste lhe atribui.

Trata-se, à evidência, de uma valiosa ferramenta a ser competentemente utilizada para o sucesso da parceria, fomentando-se a excelência no desempenho, consoante metas e padrões a serem realisticamente fixados já no ajuste a ser celebrado entre parceiros.”

Verifica-se, portanto, que a remuneração do contrato está prevista em função do desempenho da Concessionária, a qual fará jus a uma parcela fixa e outra variável. Terá direito, quanto à parcela variável, a um valor determinado desde que atendidos os indicadores fixados pela Administração. Caso não os cumpra, será descontado de sua parcela variável o *quantum* correspondente aos serviços que deixarem de atender aos padrões exigidos. Tal disposição contratual encontra amparo no artigo 6º, § 1º da Lei nº 11.079/2004.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG Nº 02 /2014

Cabe notar que o percentual eleito de dez por cento como desconto máximo sobre a Contraprestação parece não estimular o Concessionário a se empenhar para o atingimento dos padrões de qualidade na operação dos serviços exigidos pelo Poder Concedente. Tal fato também foi apontado pelo Ministério das Cidades, ao analisar as minutas do Edital (Item 9 do Anexo I – do Relatório Complementar).

No entanto, justifica a STM tal percentual com a seguinte afirmação: *“Considerando que as receitas tarifárias foram calculadas para cobrirem o custo operacional, depreciações, impostos e parte do financeiro e que os aportes são para financiar parte dos investimentos, a perda de até 10% da contraprestação terá impacto significativo no acionista, mas preservando a capacidade de pagamento do serviço da dívida e custos operacionais, que compõe a lógica convencional de modelagem para quantificar o fator de desempenho em PPPs”* (cf. Relatório Complementar, de janeiro/2014).

Aporte de Recursos e Certificadora da Implantação:

33.4. A lei federal 12.766, de 27 de dezembro de 2012, introduziu a figura do aporte de recursos, ora entendida como espécie de remuneração paga ao Concessionário por ocasião da realização de obras e aquisição de bens reversíveis.

O novel parágrafo 2º do artigo 7 da Lei Federal 11.079/2004 dispõe, ainda, que o pagamento do aporte de recursos, quando realizado durante a fase dos investimentos, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

Nesse sentido, podemos depreender que o desembolso dos valores a título de aporte dependerá do exercício de fiscalização do Poder Concedente sobre a efetiva realização de marcos pré-definidos em cronograma contratual.

A fiscalização pelo Poder Público se exterioriza através de dois modos. Pelo primeiro, formal, o Poder Público deverá empreender, através de corpo técnico próprio, a fiscalização da execução do contrato, podendo se valer de terceiros que irão, simplesmente, prestar os subsídios ou assistir a decisão, exclusiva do Poder Concedente, sobre o efetivo cumprimento da Etapa que deflagrará o pagamento da aludida remuneração.

A certificadora da implantação, nesse cenário, foi idealizada para auxiliar na prospecção dos elementos técnicos que contribuirão para a formação do juízo decisório do Poder Concedente, fruto da fiscalização do cumprimento dos eventos ensejadores do pagamento do aporte.

Pelo segundo, de ordem material, verificamos que a Lei Federal n.º 12.766, de 27 de dezembro de 2012, nada dispõe a respeito dos critérios de mensuração para realização dos pagamentos relacionados à execução das obras e aquisição de bens reversíveis, apenas exigindo que tais sejam proporcionais à parcela executada ou adquirida.

Considerando o objetivo do presente, cumpre apenas observar, neste ponto material, que a Administração Pública adote a metodologia mais conveniente para o atingimento do escopo insculpido na norma, zelando para que os valores a serem pagos em cada período não superem o valor despendido pelo particular na aquisição ou execução da etapa relacionada.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

Ainda quanto ao tema dos aportes de recursos, verifica-se que a concessionária poderá apresentar um novo cronograma de aportes de recursos, inclusive antecipando a execução dos marcos fixados pela Administração como etapas a serem concluídas para a liberação dos valores. A possibilidade de antecipação do cronograma e, conseqüentemente, do recebimento dos aportes se caracteriza como um incentivo à busca da eficiência pelo parceiro privado, que poderá se ressarcir dos custos incorridos quando completar antecipadamente (em relação ao cronograma inicial apresentado pelo Poder Concedente) as obras. Cabe alertar, no entanto, que a antecipação dos pagamentos pela Administração está diretamente ligada à previsão e disponibilidade orçamentária de recursos, de maneira que caberá um acompanhamento da execução do contrato também sob esse aspecto. Assim, recomendamos que a Administração observe, tomando em conta a redação da Cláusula 27.6., para que esta não enseje interpretação que possibilite a alteração unilateral pelo contratado do cronograma de pagamento fixado pelo Poder Público, simplificando, se for o caso, aquela redação, de modo a excluir a frase “alterar o cronograma”, substituindo-a pela simples possibilidade de “antecipação dos eventos previstos no cronograma, desde que limitados os pagamentos correspondentes a três bimestres”.

Desapropriação

33.5. No que tange à desapropriação, servidão administrativa ou ocupação temporária, verificamos que a Pasta interessada optou por segregar os modos de aquisição da posse e propriedade dos bens necessários para a implantação do serviço público em função de sua natureza. Os bens de propriedade da iniciativa privada, já indicados na Declaração de Utilidade Pública estampada no Decreto Estadual n.º 59.762, de 19 de novembro de 2013, serão executados pelo Concessionário, enquanto que os bens sob domínio público de quaisquer entes federativos serão adquiridos, ainda quanto à posse, pelo Poder Concedente.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

A obrigação para obtenção das áreas públicas alocada ao Poder Concedente se justifica em função da peculiaridade imposta pelo art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto Lei n.º 3.365/1941 e pela flexibilidade de instrumentos administrativos disponíveis para que o Estado obtenha, ainda que provisoriamente, a posse indispensável para a consecução do serviço público.

Por outro giro, tal segregação pode causar riscos ao integral cumprimento do cronograma de obtenção das áreas pela Concessionária que, uma vez infringido por ato do Poder Concedente, pode levar a desequilíbrios na equação econômico-financeira travada durante a assinatura do Contrato.

Registre-se que Poder Concedente deverá formalizar em 12 (doze) meses com a concessionária um documento hábil e adequado para reger a liberação e transferência das áreas públicas e direitos para implantação da via elevada, em toda a extensão da Linha 18.

Em que se pesem as dificuldades inerentes à obtenção da propriedade de bens integrantes do domínio público de outros entes federativos, convém registrar que, do ponto de vista estritamente jurídico, instrumentos de “cessão de posse”, tais como a permissão de uso, não são adequados para suportar instalações de caráter permanente, uma vez que, dentre suas características marcantes, está a precariedade.

Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato:

33.6. A Administração Pública elegeu para recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato a metodologia do fluxo de caixa marginal, alcançado, grosso modo, através da quantificação do evento causador do desequilíbrio



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

a valores e índices presentes em relação ao fluxo de caixa obtido caso o mesmo evento não tivesse existido.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição da República estabelece que as contratações da Administração Pública deverão conter cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei. Nessa esteira, a lei federal 8.987/1995, ao tratar das concessões e, subsidiariamente, das concessões patrocinadas, dispõe, no artigo 10, que sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico financeiro.

De nossa parte, o dispositivo rende ensejo não apenas à livre disposição de obrigações e riscos entre as partes, afastando-se do tradicional conceito de áleas ordinárias e extraordinárias desenvolvido pela doutrina de Direito Administrativo, como também autoriza que o Poder Concedente possa, de antemão, estabelecer os quadrantes sobre os quais o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será mantido.

Portanto, não há óbices jurídicos à adoção da referida metodologia para fins de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Receitas Acessórias:

33.7. Foi estabelecido na minuta de contrato que o Concessionário compartilhará as receitas acessórias quando atingirem o patamar superior a 5% do valor da receita tarifária. O compartilhamento deverá se dar na proporção de 80% ao Concessionário e de 20% ao Poder Concedente.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

Cabe à Administração fixar, segundo critérios de conveniência e oportunidade, os percentuais para referida partilha de receitas, porém, sem olvidar o disposto no artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95, de modo que possa tal participação reverter ao Poder Concedente como reinvestimento nos programas de transporte metropolitano.

Penalidades

33.8. A modelagem adotada pela Administração quanto às penalidades encontra respaldo legal, e já tendo sido adotada em outros modelos de projetos semelhantes neste e em outros Entes da Federação.

Com efeito, diante da relação de sujeição especial a que a Concessionária está ligada ao Poder Concedente, tem-se como regra a adoção de cláusula geral (tipicidade aberta) na aplicação de penalidades, isto é, não são definidas previamente quais sanções deverão corresponder às infrações contratuais porventura perpetradas por aquela. É o que ensina Jesse Torres Pereira Júnior³, *in verbis*:

"É da natureza das penalidades administrativas o abrandamento do rigor na tipificação da conduta que gera o juízo de reprovação. Assim ocorre nas sanções disciplinares e nas atinentes à inexecução dos contratos públicos. Não se encontrarão na lei definições de tipos aos quais deva corresponder tal ou qual sanção. Abre-se para a Administração espaço discricionário para dosar a penalidade apropriada,

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 564.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

desde que, em qualquer caso, se cumpra o devido processo legal, nele incluído o direito à defesa."

Nada impede, ademais, que o Poder Concedente, em juízo discricionário, decida prever tipos infracionais específicos, acompanhados das correspondentes sanções, para determinados casos que julgue necessário, adotando, assim, a metodologia da tipicidade fechada.

É o que fez a Administração no presente caso, optando por prever tipos fechados, com uma cláusula residual que possibilite a apenação de casos outros não contemplados naqueles primeiros. Tem-se, pois, uma mescla de tipos fechados, para aquelas situações de ocorrência já imaginadas pela Administração, com tipos abertos, abrangendo todos os demais casos.

Na minuta apresentada pela Administração, foram fixados diversos tipos infracionais específicos, acompanhados das respectivas sanções, além de uma cláusula geral, para a *"hipótese de descumprimento pela CONCESSIONÁRIA de qualquer obrigação prevista neste contrato, para a qual não houver cominação de multa específica"*, na qual foi estipulada multa em valor variável de 1 a 30% do Preço Unitário Mensal Por Estação Operacional.

Os critérios técnicos que balizaram a escolha do montante variável em casos tais refoge da análise jurídica ora realizada, cabendo alertar, contudo, para a impropriedade dos critérios adotados para a escolha do percentual da multa a ser aplicada ao Concessionário.

Apesar de louvável o esforço da Administração para dotar sua aplicação de maior objetividade possível, entendemos que os critérios, tais como dispostos no item 34.8.1. (em percentuais fixos correlacionados a determinados fatos),

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

não resistirão aos dinâmicos eventos inerentes à execução contratual, sendo recomendável que, tal como recomendamos na Linha 6, sejam fixados parâmetros norteadores da aplicação de multa para estes casos “residuais”, v.g.: a) a natureza e gravidade da infração; b) o caráter técnico e as normas de prestação do serviço; c) os danos resultantes da infração para o serviço e para os usuários; d) a vantagem auferida pela CONCESSIONÁRIA em virtude da infração; e) as circunstâncias gerais agravantes e atenuantes; f) o histórico de infrações da CONCESSIONÁRIA; g) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, inclusive quanto ao número de usuário atingidos; e h) a reincidência da CONCESSIONÁRIA no cometimento da infração.

Por certo a fixação de parâmetros mais abertos, além de proporcionar a melhor aplicação do princípio da proporcionalidade, adequa-se melhor à discricionariedade administrativa, inerente à atividade de apenamento e consequente fixação de valores das multas contratuais.

Por fim, recomendamos sejam adotadas as alterações constantes da minuta em anexo, que adequam o procedimento, dotando-o de maior proximidade ao quanto constante na Lei Estadual 10.177/98, evitando, assim, qualquer espécie de questionamento por parte da Concessionária acerca do procedimento a ser adotado para aplicações de penalidades.

**Atualizações necessárias face à deliberação do Conselho Gestor de PPPs em sua
12ª Reunião Extraordinária**

34. Enquanto já de posse do presente processo administrativo, tomamos conhecimento da realização da 12ª. Reunião Extraordinária do Conselho Gestor de PPPs, na qual se analisou proposta de ajuste no modelo a ser colocado em licitação, uma vez que na fase final de análise do modelo financeiro e da estimativa de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPG N° 02 /2014

custos, foram detectados itens que mereceram reavaliação. Em função dos novos valores, houve um aumento do valor dos investimentos do projeto e do seu custeio, o que resulta na majoração da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente.

35. O novo modelo foi aprovado na 12ª. Reunião, com a recomendação de envio dos documentos finais da licitação para o Ministério das Cidades, Caixa Econômica Federal e BNDES, órgão e instituições que necessariamente devem ser ouvidas em razão da participação de recursos federais no projeto.

36. Consta ainda da ata publicada no DO de 21.01.2014, ora juntada aos autos, que o Termo de Compromisso a ser assinado entre o Estado e a Caixa Econômica Federal para liberação dos recursos do Orçamento Geral da União deverá integrar o Edital como documento anexo.

37. Os convênios a serem assinados com os Municípios da Região Metropolitana de São Paulo que estão envolvidos no projeto também deverão ser assinados concomitantemente ao lançamento do edital.

38. Por fim, face aos novos valores que integram o projeto, caberá uma adequação das minutas do Edital, contrato e anexos, bem como se torna necessária nova manifestação dos órgãos competentes quanto ao cumprimento do artigo 10 da Lei de PPPs, especialmente no que tange às exigências orçamentárias.

39. Por outro lado, face à análise já conduzida neste parecer, não será necessária a devolução dos autos administrativos à Procuradoria Geral do Estado, desde que a Autoridade Administrativa se certifique da completa instrução dos autos em adequação à 12ª. Reunião Extraordinária do CGPPPs.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

PARECER GPG Nº 02 /2014

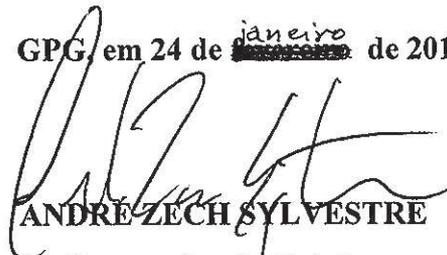
Conclusão:

40. Ressalvamos que os Anexos ao Edital não foram objeto desta Análise, pois têm conteúdo técnico. No entanto, deverão sofrer adaptações conforme recomendações deste Parecer, quando for o caso. Cabe observar, ainda, que as questões de natureza técnica e financeira contidas nas minutas de edital e contrato, elaboradas pela Administração, são de responsabilidade desta e não comportam análise jurídica.

41. Diante dos elementos expostos, concluímos que a parceria público-privada em análise atende aos requisitos legais e as minutas de edital e de contrato propostas estão aptas a atingir o fim almejado, recomendando-se os ajustes arrolados ao longo deste parecer, consubstanciados na minuta ora anexada aos autos em forma de CD.

À superior consideração.

GPG, em 24 de ~~março~~ ^{janeiro} de 2014.


ANDRÉ ZECH SYLVESTRE
Procurador do Estado


CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Procuradora do Estado Assessora



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PARECER GPGNº 02 /2014

Processo GDOC nº 18487—118913/2014 /2014 (Processo STM nº 672/2013 volumes I a IV)

PARECER: GPGnº 02/2014

INTERESSADO: SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS - STM

ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO - PRIVADA. CONCESSÃO PATROCINADA – LINHA 18 DO METRÔ. Exame da minuta do edital e do contrato. Matéria regida pela Lei federal 11.079, de 30/12/2004, e suas alterações. Lei federal 8.987, de 13/02/1995 e Lei federal 8.666/93. No âmbito estadual, aplicação das Leis 7.835/92 e 6.544/89. Atendimento dos Requisitos Legais. Observações.

1. Ciente e de acordo com o Parecer GPG nº 02/2014, que analisa o projeto de parceria público-privada envolvendo a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 18 – Bronze de metrô de São Paulo, e que conclui pelo atendimento aos requisitos legais, não havendo óbice à abertura do certame com as minutas analisadas e sugeridas, observando-se o item 38 do parecer.
2. Encaminhe-se à Secretaria de Transportes Metropolitanos, para ciência e adoção dos procedimentos cabíveis.

GPG, 24 de janeiro de 2014.

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
PROCURADOR GERAL DO ESTADO ADJUNTO
RESPONDENDO PELO EXPEDIENTE DA PGE