



ATA DE JULGAMENTO
REQUERIMENTO DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADO PELA SOCIEDADE FIALHO
SALLES ADVOGADOS
CONCORRÊNCIA Nº 003/2018

A Comissão Especial de Licitação da SETOP-MG, designada através da Resolução Conjunta nº 01, de 26 de fevereiro de 2018, se reuniu nos dias 22, 23 e 24 de maio para analisar o requerimento de impugnação apresentado pela Sociedade Fialho Salles Advogados em 21 de maio, tempestivamente de acordo com item 5.1 do Edital.

DO REQUERIMENTO

A sociedade de advogados requer que seja a referida impugnação conhecida e provida, alterando-se o Edital da Concorrência n. 003/2018, com a devida republicação do instrumento convocatório, nos termos do art. 21, §4º da Lei 8.666/1993, para que sejam retificados os vícios por ela identificados, no tocante à:

- i. ILEGALIDADE QUANTO À RESTRIÇÃO INDEVIDA DE REMESSA DE DIVIDENDOS PELA CONCESSIONÁRIA (item 19.13 do Edital e cláusula 12.5 da minuta contratual)
- ii. ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS REFERENTES AOS PASSIVOS AMBIENTAIS JÁ EXISTENTES (item 1.9 do Edital e cláusula 14.1.2 da minuta contratual)
- iii. ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO, À CONCESSIONÁRIA, DE RISCOS REFERENTES AO CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES AMBIENTAIS NEGOCIADAS PELO PODER CONCEDENTE (cláusulas 14.1 e 14.1.1 da minuta contratual)



- iv. ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS, À CONCESSIONÁRIA, REFERENTES A ATRASOS NA REALIZAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÕES, QUE SEJAM DECORRENTES DE AÇÕES OU OMISSÕES DE TERCEIROS, EM ESPECIAL DO PODER JUDICIÁRIO (cláusulas 29.4, IV e 293 da minuta contratual)
- v. ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE COMPARTILHAMENTO INTEGRAL DAS RECEITAS ALTERNATIVAS DA CONCESSÃO (cláusula 35.4 da minuta contratual)
- vi. ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE FASE ADICIONAL NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, CONSUBSTANCIADA NA AVALIAÇÃO DO PLANO DE NEGÓCIOS EM ETAPA APARTADA DA ANÁLISE DA PROPOSTA COMERCIAL (itens 11.15 e 11.16 do Edital)

DA ANÁLISE

Após apreciação do requerimento de impugnação apresentado pela Sociedade Fialho Salles Advogados, esta comissão apresenta a seguinte análise:

- i. **DA ILEGALIDADE QUANTO À RESTRIÇÃO INDEVIDA DE REMESSA DE DIVIDENDOS PELA CONCESSIONÁRIA (item 19.13 do Edital e cláusula 12.5 da minuta contratual)**

Item 19.13 do Edital e cláusula 12.5 da minuta contratual:

A CONCESSIONÁRIA somente poderá efetuar a livre distribuição de dividendos ou lucros aos seus acionistas/quotistas, ou o pagamento de títulos de participação nos lucros e mútuos a seus acionistas/quotistas, no exercício seguinte àquele em que tiverem sido atendidas as CONDIÇÕES OPERACIONAIS MÍNIMAS DA RODOVIA e executadas, pelo ao menos, 80% (oitenta por cento) das INTERVENÇÕES OBRIGATÓRIAS indicadas no ANEXO I do EDITAL - PER - PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA.



Em primeiro lugar, cabe salientar que o item 19.13 do Edital não impede a distribuição de dividendos/lucros aos acionistas/quotistas da SPE, até porque existe legislação própria que disciplina tal distribuição. O que prescreve o referido item é que fica vedada a “livre” distribuição de dividendos/lucros aos acionistas/quotistas antes do cumprimento das obrigações contratuais elencadas. Aqui cabe tratar mais uma vez das peculiaridades de um contrato de concessão de rodovia, destacando sua característica intrínseca de se iniciar por uma fase de intensa necessidade de capital, que deve ser aportado pelos sócios da concessionária, utilizado na execução de obras de recuperação, obras de ampliação de capacidade e obras de melhorias físicas e operacionais, que são sempre executadas nos primeiros anos do contrato, seguida de uma fase de reduzido nível de investimento, que é plenamente suportado pela geração de caixa da concessionária, sem necessidade de aporte de capital adicional pelos sócios da concessionária. Desta maneira, é necessário que o poder concedente garanta que, principalmente durante a fase inicial de intensa necessidade de caixa, haverá recursos suficientes para execução dos investimentos previstos no Programa de Exploração da Rodovia. Não cabe durante esta fase inicial a distribuição de lucros, ou outras vantagens similares, aos sócios e/ou administradores, já que é exigido um grande esforço de capital para a execução dos investimentos de obrigação do concessionário. Mais uma vez, é obrigação do poder concedente colaborar e auxiliar na criação e manutenção das condições para que o contrato seja exequível, preservando ainda o seu equilíbrio econômico financeiro. Por esta razão o Edital cuidou de exigir que, durante a fase inicial do contrato de concessão, todos os esforços, sejam técnicos ou financeiros, estejam direcionados à execução dos elevados investimentos prescritos no Programa de Exploração da Rodovia.

A inclusão desta obrigatoriedade no edital e seus anexos, tem o intuito de garantir a segurança à administração pública da realização das obras previstas, e conseqüentemente a completa execução do contrato e correta utilização do dinheiro e bem público.



Importante ressaltar que a Lei nº 8.666, em seu artigo 56, §§ 3º e 5º, dispões que:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Desta forma é possível verificar que há previsão legal para exigência desta forma de apresentação de garantia.

Além de todos os argumentos apresentados acima, ressaltamos ainda, que de acordo com os itens 19.13 do Edital e cláusula 12.5 da minuta contratual, é facultado à concessionária antecipar a execução das intervenções obrigatórias, possibilitando efetuar a liberação de dividendos e mútuos a seus acionistas em prazo inferior aos dos previstos no PER.

Item 19.13.1 do Edital e cláusula 12.5.1 da minuta contratual:

Para fins do item 12.5 a CONCESSIONÁRIA poderá antecipar a execução das intervenções obrigatórias, possibilitando, de acordo com o mesmo, efetuar a liberação de dividendos e mútuos a seus acionistas em prazo inferior aos dos previstos no ANEXO I do EDITAL - PER - PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA.

Diante de todos os apontamentos acima, esta comissão entende que não há ilegalidade quanto à restrição indevida de remessa de dividendos pela concessionária.



ii. DA ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS REFERENTES AOS PASSIVOS AMBIENTAIS JÁ EXISTENTES (item 1.9 do Edital e cláusula 14.1.2 da minuta contratual)

De acordo com item 1.9 do edital, a concessionária será responsável por todo o passivo ambiental do sistema existente, desde que dentro da faixa de domínio da rodovia. Desta forma, caberá à licitante o levantamento de todo passivo para que o mesmo seja levado em consideração no momento da elaboração do Plano de Negócio da mesma. É importante ressaltar que todos os custos com a eliminação dos passivos estão previstos no certame, e caso não sejam suficientes, poderá a concessionária requerer recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme previsto na cláusula 29 da minuta do contrato.

De acordo com a Lei nº 6.938, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora da degradação ambiental. Uma vez que a vencedora do certame resolveu participar do processo licitatório com todas as regras pré-estabelecidas no edital e seus anexos, bem como assinar o contrato, esta passa a ser responsável legal pelo empreendimento, e pelo cumprimento de todas as cláusulas presentes no contrato. Os custos decorrentes do dano ambiental devem ser suportados por aquele que diretamente lucra com a atividade e que está melhor posicionado para controlá-la, o próprio empreendedor.

Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo. A transmissão é automática, independente da intenção específica do transmitente, e o adquirente do direito real não pode recusar-se a assumi-la. Esta obrigação pode ser identificada em vários dispositivos esparsos do Código Civil, já que não a disciplinou isoladamente.

Diante de todos os apontamentos acima, esta comissão entende que não há ilegalidade na alocação de riscos referentes aos passivos ambientais já existentes.



iii. DA ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO, À CONCESSIONÁRIA, DE RISCOS REFERENTES AO CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES AMBIENTAIS NEGOCIADAS PELO PODER CONCEDENTE (cláusulas 14.1 e 14.1.1 da minuta contratual)

De acordo com artigo 18 da Lei nº 21.972, pode ser verificado que condicionantes são parte do processo de regularização ambiental dos empreendimentos em todas as etapas do licenciamento.

Art. 18. No Licenciamento Ambiental Trifásico, as etapas de viabilidade ambiental, instalação e operação da atividade ou do empreendimento serão analisadas em fases sucessivas e, se aprovadas, serão expedidas as seguintes licenças:

I – Licença Prévia – LP –, que atesta a viabilidade ambiental da atividade ou do empreendimento quanto à sua concepção e localização, com o estabelecimento dos requisitos básicos e das condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – Licença de Instalação – LI –, que autoriza a instalação da atividade ou do empreendimento, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes;

III – Licença de Operação – LO –, que autoriza a operação da atividade ou do empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta da LP e da LI, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação e, quando necessário, para a desativação.

É importante ressaltar que todos os custos com cumprimento das condicionantes estão previstos no certame, e caso não sejam suficientes, poderá a concessionária requerer recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme previsto na cláusula 29 da minuta do contrato.



Esclarecemos ainda, que de acordo com as respostas aos questionamentos 59 e 60, o cumprimento de condicionantes referentes à Licença de Operação que por ventura existam até a data da assinatura do contrato não são de responsabilidade da concessionária, mas apenas aquelas condicionantes referentes a todas as Licenças dos trechos a serem licenciados. De acordo com a resposta ao questionamento 41, à luz do princípio da razoabilidade, o poder concedente empregará os melhores esforços para que o valor dos custos citados na subcláusula 14.1.1 seja o menor possível. O valor que constará no Plano de Negócios da licitante vencedora é de responsabilidade da mesma, não sendo possível e nem razoável que o poder concedente se comprometa antecipadamente com este valor; e ainda será facultado à concessionária participar das tratativas para definição das condicionantes das licenças ambientais.

Diante de todos os apontamentos acima, esta comissão entende que não há ilegalidade na alocação, à concessionária, de riscos referentes ao cumprimento das condicionantes ambientais negociadas pelo poder concedente.

iv. DA ILEGALIDADE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS, À CONCESSIONÁRIA, REFERENTES A ATRASOS NA REALIZAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÕES, QUE SEJAM DECORRENTES DE AÇÕES OU OMISSÕES DE TERCEIROS, EM ESPECIAL DO PODER JUDICIÁRIO (cláusulas 29.4, IV e 293 da minuta contratual)

Item 1.10 do Edital:

Não serão imputáveis à CONCESSIONÁRIA os atrasos decorrentes da demora na emissão de documentos de responsabilidade do Poder Público, desde que não tenha a eles dado causa.

Conforme previsão do Edital acima transcrita, bem como da cláusula 29.4, IV, da minuta contratual, verifica-se que NÃO foi alocado à concessionária os riscos referentes a atrasos na realização de desapropriações decorrentes de ações e omissões de terceiros, em especial do Poder Judiciário.

Diante disso, esta comissão entende que a alegação não possui supedâneo no instrumento



convocatório. Logo, não procede a alegação de ilegalidade.

v. DA ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE COMPARTILHAMENTO INTEGRAL DAS RECEITAS ALTERNATIVAS DA CONCESSÃO (cláusula 35.4 da minuta contratual)

Como a própria solicitação de impugnação retrata no item 78, há previsão legal na Lei nº 8.987, em seu artigo 11:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Seguindo esta previsão legal, a administração pública previu no instrumento convocatório fontes de receitas alternativas, conforme cláusula 35 da minuta do contrato, em que definiu em um de seus itens que toda receita assim obtida será obrigatoriamente revertida para a modicidade tarifária. Tal escolha se deu com intuito de garantir a correta utilização do dinheiro público, bem como beneficiar a população diretamente afetada pela cobrança do pedágio.

Destacamos ainda que, conforme item 82, subitem ii, do pedido de impugnação, uma das possibilidades de integração das receitas alternativas na equação econômico-financeira do contrato de concessão pode ser cogitada no aproveitamento integral das receitas pelo poder concedente, refletindo integralmente na redução das tarifas, em benefício exclusivo da modicidade tarifária.

Diante de todos os apontamentos acima, esta comissão entende que não há ilegalidade na ilegalidade da previsão de compartilhamento integral das receitas alternativas da concessão (cláusula 35.4 da minuta contratual).



vi. **DA ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE FASE ADICIONAL NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, CONSUBSTANCIADA NA AVALIAÇÃO DO PLANO DE NEGÓCIOS EM ETAPA APARTADA DA ANÁLISE DA PROPOSTA COMERCIAL (itens 11.15 e 11.16 do Edital)**

Em seu pedido de impugnação, a requerente relata que “a criação de uma etapa apartada de julgamento, importa uma nova chance de desclassificação das licitantes e não conta com qualquer previsão legal, representando uma inovação em face do regime legal” e que isto “pode prejudicar, desnecessariamente, a própria celeridade e a eficiência da condução do procedimento licitatório”. Argumenta ainda que “a nova fase prolongará a condução do certame, onerando desnecessariamente não só as licitantes como a própria Administração Pública”.

Importante ressaltar que a Lei nº 8.666, em seu artigo 43, incisos III e IV, dispõe que:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

De acordo com a Lei nº 8.987, artigo 15, inciso II e § 3º:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;



§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação

Em relação a ordem das fases da licitação, o artigo 18-A da Lei nº 8.987 permite a inversão das mesmas da seguinte forma:

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

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

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Desta forma o edital atende todos os requisitos legais das Leis 8.666 e 8.987. A documentação constante da PROPOSTA ECONÔMICA (Envelope 02) nada mais é do que o valor da proposta de OUTORGA, a ser paga pela CONCESSIONÁRIA, a ser constituída pela LICITANTE, caso sua proposta seja considerada vencedora da LICITAÇÃO para exploração da CONCESSÃO objeto do presente certame licitatório. Desta forma é possível classificar as licitantes pelos valores das outorgas ofertadas, para que seja aberto o PLANO DE NEGÓCIOS DA RODOVIA (Envelope 03) apenas da licitante classificada em primeiro lugar. Este procedimento em nada onera as licitantes e a definição do mesmo se deu exatamente para dar celeridade e eficiência na condução do procedimento licitatório, uma vez que a SETOP analisará apenas a exequibilidade da



proposta com maior outorga. Somente em caso de inexecutabilidade da proposta mais bem classificada, respeitando os prazos legais recursais, é que se dará a abertura e análise da proposta classificada em segundo lugar. Reforçando o objetivo desta secretaria em dar celeridade ao certame, há também previsão no item 11 do edital da possibilidade das licitantes, caso seja de seus interesses, abrirem mão do prazo recursal naquela fase específica, para que a próxima fase possa ser aberta em uma mesma sessão.

Diante de todos os apontamentos acima, esta comissão entende que não há ilegalidade da previsão de fase adicional no procedimento licitatório, consubstanciada na avaliação do plano de negócios em etapa apartada da análise da proposta comercial (itens 11.15 e 11.16 do edital).

DA DECISÃO

Após análise da referida documentação, esta Comissão Especial de Licitação entende que não procedem os argumentos apresentados pela Sociedade Fialho Salles Advogados em relação a ILEGALIDADE, e resolve NEGAR PROVIMENTO ao pedido de IMPUGNAÇÃO apresentado pela mesma referente a Concorrência nº 003/2018.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2018.

PELA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

Lidiane Carvalho de Campos
Presidente

Mario Fernando Lucchesi de Carvalho
Membro

Talita Oliveira Patry
Membro

Eriênio Jaderson de Souza
Membro



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS
COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO - CEL

Leonardo Nunes de Souza
Membro

Leandro Carvalho Guimarães
Membro

Samira Marx Pinheiro
Membro