



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

PARECER nº 75/2021 – APMD – Alan Peçanha Muzy Dias – SUCON

Processo nº 2019004249

Ementa: LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA URBANA. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A existência de valores globais diversos no Edital e Anexos enseja defeito que pode prejudicar irremediavelmente as propostas dos licitantes.

Senhor Procurador-Geral,

Solicita a Secretaria de Executiva de Serviços Públicos consulta a propósito dos argumentos lançados pela ALCANCE AMBIENTAL EIRELI, na impugnação apresentada contra o edital e anexos da Concorrência Pública nº 008/2019, cujo objeto é a contratação de parceria público-privada na modalidade concessão administrativa para a prestação de serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Em suma, sustenta a impugnante:

i) que a concessão administrativa, em verdade, seria um contrato de prestação de serviços com cessão de mão de obra, limitado, pois, a 5 anos;

ii) que a necessidade construção de estação de transbordo, instalação de autoclave ou ecopontos não é incompatível com contratos com prazo inferior a 20 anos;

58\$ 48\$5(60 \$ -01.25
7 /

r\$1' \$5 &(1752 \$1*5\$' 265(,6 5- &(3
7 /()\$: ± HPDOSJ# 10JUDUMRYEU

Alan Peçanha Muzy Dias
Procurador Chefe-Consultivo
Matr.: 19862



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

iii) que não há indicação de local de destinação dos resíduos após 3 anos de concessão;

iv) que o edital submetido à audiência pública teria sido alterado;

v) que a Administração iniciaria a contraprestação sem a entrega total dos serviços;

vi) que o item 12.15 do edital prevê o pagamento de indenização aos bens revertidos pelo parceiro público;

vii) que haveria o valor global da contratação apresentaria valores distintos no item 4.21, no item 3.2.7 do Anexo IX

viii) que os índices previstos no item 7.3.1.b do Edital seriam exagerados e atentatórios à competitividade;

ix) que a previsão no edital de consórcios entre as empresas não foi acompanhada de motivação da escolha;

x) que o item 7.4.2 exige que cada consorciada apresente capacidade técnica integral;

xi) que a previsão do índice de 30% no item 7.3.3 não veio acompanhado de motivação

É a consulta. Passa-se a opinar.

58\$ 48\$5(60 \$ -01,25
7 /

r\$1' \$5 &(1752 \$1*5\$' 265(,6 5- &(3
7 /()\$: ± HPDIOSJ# IQJUDUMRYEU

Procurador Chefe-Consultivo
Matr.: 19862



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Não merece acolhimento da impugnação ora apresentada.

I - DO ITEM 7 DA IMPUGNAÇÃO;

Os investimentos previstos no plano de negócio referencial são da ordem de R\$ 76 milhões. O valor mínimo previsto para contratos de PPP é de R\$ 10 milhões, de acordo com o artigo 2º, § 4, I, da Lei Federal 11.079/2004.

II - DO ITEM 8;

Conforme já esclarecido, os investimentos são da ordem de R\$ 76 milhões. Trata-se de investimentos essenciais para que o Município possa atender à Política Nacional de Resíduos Sólidos. Na hipótese aventada pela impugnante de tais obras serem feitas não por meio de uma PPP, mas por meio de empreitadas regidas pela Lei nº 8666, de 1993, este montante teria de sair dos cofres públicos no prazo de cinco anos. Por outro lado, por meio de uma PPP, quem se responsabiliza por esse desembolso é a concessionária, e o Município remunerará tais investimentos (além de custos operacionais dos serviços) pelo prazo do contrato de concessão (20 anos).

Ademais, por meio de contratos regidos pela 8666, a empresa que construísse tais obras não poderia operá-las, especialmente por força do artigo 23, § 1º da lei. A administração pública perderia em eficiência e em custos de transação com diversas licitações.

Acrescente-se ainda que é notório o benefício à eficiência dos serviços públicos a serem prestados por meio de uma infraestrutura que é construída pela mesma empresa que

58\$ 48\$5(60\$ -01,25 7 / r\$1' \$5 &(1752 \$1*5\$' 265(,6 5- &(3 7 / () \$: ± HP DOSJ# IDJUDUMRYEU

Alan Peçanha Muzy Dias
Procurador Chefe-Consultivo
Matr.: 19862



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

irá operá-la: a operadora naturalmente terá o incentivo de executar as obras com qualidade, sob pena de seu próprio prejuízo na operação e manutenção da infraestrutura.

III – DO ITEM 10;

É um dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos a “não geração, redução, reutilização, **reciclagem** e **tratamento** dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos **rejeitos**” (artigo 7º, II, da lei – grifos nossos). Denominam-se *rejeitos* os “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada” (artigo 3º, XV, da lei).

Ou seja, pela leitura conjugada dos dois artigos acima conclui-se que é obrigação do Município (titular dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos) a reciclagem, tratamento e recuperação dos resíduos antes que eles sejam destinados a aterro. É sabido, aliás, que em alguns órgãos ambientais hoje em dia é praticamente condição para que um aterro seja licenciado que seja apresentada, em seu projeto, alguma solução prévia de tratamento ou recuperação dos resíduos.

Não procede, portanto, a afirmação da impugnante de que a principal instalação de um sistema de manejo de resíduos sólidos seja o aterro sanitário. É de fato a mais presente no país, em vista do seu baixo custo e do estágio incipiente em que se encontra a aplicação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Mas está expresso na lei que a sua existência, sem a presença de soluções de tratamento e recuperação, é insuficiente e não atende à legislação.

IV – DO ITEM 11;

58\$ 48\$5(60 \$ -01,25 7 / r\$1' \$5 &(1752 \$1*5\$' 265(,6 5- &(3 7 /() \$: ± HPDOS# IDUDMRYEU

Alan Peçanha Muzy Dias
Procurador Chefe-Consultivo
Matr.: 19862



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Na minuta do contrato está previsto que após o terceiro ano a destinação final dos resíduos ficará a cargo da concessionária. É evidente que com esta informação a licitante pode formar seu preço. Basta levantar quais são as opções de descarte na região.

Não é verdadeira a afirmação do impugnante. Os valores de investimento serão despendidos sim pela concessionária. Esta é a lógica central de uma concessão, inclusive uma concessão administrativa (PPP): a concessionária realizar os investimentos e despesas operacionais e ser remunerada para a recuperação de tais custos, bem como, evidentemente, uma taxa de retorno, pelo prazo do contrato.

A contraprestação paga pelo poder concedente desde o início do contrato refere-se aos serviços que passarão a ser prestados pela concessionária a partir de sua assinatura (são inúmeros os serviços – coleta, transporte, varrição etc.).

V - DO ITEM 52;

As indenizações devidas são aquelas referentes aos bens revertidos ao Município cujos investimentos ainda não foram amortizados pela concessionária. Esta é uma regra básica das concessões, expressamente prevista em lei: artigos 36, 37 e 38 § 4º, da Lei 8987/1995, e artigo 6º, § 5º, da Lei 11.079/2004 (*contrario sensu*). Note-se que a indenização prévia é obrigatória até mesmo nos casos de caducidade (artigo 38, §§ 4º e 5º, da Lei 8987/1995). A *ratio legis* é evidente: tendo em vista que os investimentos são realizados pelo parceiro privado, se, na sua reversão ao poder público, eles ainda não tiverem sido amortizados, haverá um enriquecimento sem causa do Estado caso este não os indenize ao particular.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

VI – DO ITEM 56;

Seria leviano discutir esses números em apenas um parágrafo. Há um plano de negócio referencial no Edital com os estudos de modelagem econômico-financeira detalhados, contendo os custos de investimento (CAPEX) e custos operacionais (OPEX), e uma taxa de retorno à futura concessionária, sem a qual, obviamente, ninguém se interessaria pelo projeto. Todos esses elementos do plano de negócio foram detidamente analisados pelo Tribunal de Contas em mais de uma oportunidade, e, ao final, os termos ali previstos foram os que foram aprovados pela corte de contas.

VII – DO ITEM 64;

Com efeito, assiste razão ao impugnante no ponto.

O valor previsto no corpo do edital e no contrato de concessão administrativa indicam o valor de R\$ 1.170.840.000,00 (um bilhão cento e setenta milhões, oitocentos e quarenta mil reais), sendo certo que o valor aprovado pelo Tribunal de Contas do Estado é de R\$ 1.112.526.761,52 (um bilhão, cento e doze milhões, quinhentos e vinte e seus mil, setecentos e sessenta e um reais e cinquenta e dois centavos), valor que é previsto, inclusive, no Plano de Negócios que compõem o Anexo IX do Edital. A existência de dois valores diversos no documento, que se reputa uno, interfere diretamente na construção das propostas dos licitantes, podendo ensejar, inclusive, a desclassificação, caso o licitante, por exemplo, apresente o valor de R\$ 1.170.840.000,00, superior que é ao estimado pela Administração e aprovado pelo TCE-RJ.

De modo que é indispensável, para a lisura e correção do processo licitatório, a suspensão da sessão de abertura das propostas, assim como a correção do material e



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

renovação da publicação, observado o prazo próprio da modalidade licitatória (concorrência).

VIII – DO ITEM 73;

Foram adotados os seguintes índices contábeis a serem exigidos dos licitantes:

Índice de Liquidez Corrente

$$\text{ILC} = \text{Ativo Circulante} / \text{Passivo Circulante} > \text{ou} = 1,50$$

Índice de Liquidez Geral

$$\text{ILG} = (\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}) / (\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}) > \text{ou} = 1,50$$

Índice de Endividamento

$$\text{IE} = (\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}) / \text{Ativo Total} = \text{ou} < 0,50$$

Os índices adotados são usuais e amplamente aceitos pelas nossas cortes de contas. De fato, em muitos casos similares é comum encontrar índices até mais rigorosos, e também aceitos pelos tribunais, tendo em vista que também refletiriam a situação das empresas deste ramo, que devem estar aptas a realizar grandes investimentos e tomar altos empréstimos para esta finalidade.

58\$ 48\$5(60 \$ -01,25
7 /

r\$1' \$5 &(1752 \$1*5\$' 265(,6 5- &(3
7 /()\$: ± HPDOSJ# 10JUDUMRYEU

Alan Peçanha Muzy Dias
Procurador Chefe-Consultivo
Matr.: 19862



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Os serviços de saneamento básico são considerados essenciais devido a sua natureza e devem ser prestados com segurança, qualidade e regularidade, conforme estabelecido na Lei Federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Nesse sentido, o Edital prevê requisitos mínimos de qualidade para a prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos que deverão ser atendidos pela licitante vencedora, incluindo sua regularidade e continuidade, ao longo da concessão administrativa.

Assim, a adoção de um determinado índice visa a prevenir que empresas que não tenham respaldo financeiro possam participar e vencer o certame ou que a licitante vencedora não cumpra com suas obrigações contratuais, causando prejuízos para a Administração Pública e para os usuários dos serviços.

Os índices de liquidez geral e corrente devem evidenciar a capacidade da empresa de cumprir suas obrigações à medida que vencem ou a curto prazo. No caso concreto, devido aos altos custos operacionais dos serviços licitados e à sua essencialidade, é imprescindível que as empresas se mostrem aptas a cumprir tempestivamente suas obrigações do dia-a-dia, por isso a importância de índices aceitáveis de liquidez. A falta deste cumprimento pode colocar em risco a regularidade e continuidade dos serviços.

Se por um lado o ILG e o ILC devem garantir a liquidez da empresa, por outro, não devem ser desarrazoadamente seletivos a ponto de restringir indevidamente a ampla competição entre os licitantes. Mas quanto a este ponto, conforme já esclarecido, é amplamente aceita a adoção dos índices de liquidez nos parâmetros exigidos no Edital, especialmente considerando o porte do contrato licitado – como se poderá ver na jurisprudência abaixo.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Já o índice de endividamento evidencia o grau de endividamento total da empresa, expressando a proporção de recursos de terceiros que financiam o ativo. Indicadores muito elevados de endividamento por um longo período tendem a conduzir a empresa a maiores probabilidades de problemas financeiros. Qualquer oscilação na conjuntura econômica ou no setor de atuação da empresa que reduza seu nível de atividade pode fazer com que ela não tenha condições de curto prazo de cobrir os custos financeiros do endividamento.

Além disso, o índice de endividamento (IE) do parceiro privado será levado em conta na concessão do financiamento do empreendimento pelas instituições financiadoras, agentes imprescindíveis na estruturação de uma PPP após a assinatura do contrato. Um IE acima dos padrões certamente aumentará o custo de capital da empresa, que por sua vez o embutirá em seu preço a ser ofertado na licitação. Ou seja, quem será onerado é a própria Administração Pública, ou em última análise a coletividade.

Alguns exemplos da jurisprudência seguem abaixo:

“Enquanto que o normal seria um índice de liquidez corrente de 1,2 a 1,5, a licitação exigia 2,0 (...)” (TCU nº 326/2010)

“Porém, no tocante aos índices de liquidez geral - LG e liquidez corrente LC, o normal é a exigência entre 1,0 a 1,5.” (TCU 282/2018)

“utilização de índices econômico-financeiros acima da mediana no edital n. 002/2003, comprometendo a isonomia entre os participantes – o edital fez a exigência de que a liquidez geral, grau de endividamento e liquidez corrente tivessem os índices de 3,90; 0,20 e 3,90, respectivamente. De acordo com levantamento efetuado pela CGU, tais índices seriam desarrazoados, pois a



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

*média de mercado para os referidos índices seria de 2,80; N/D e 3,51, respectivamente. **A mediana dos índices de liquidez geral seria de 3,11, na forma apresentada pelas 34 maiores empresas do ramo de construção civil publicado pela revista Exame ao final do ano anterior à data da publicação do referido edital (peça 9, p. 21 a 29)**” (com nosso grifo) (TCU 2193/2017)*

“com relação à exigência de índice de liquidez corrente no percentual mínimo de 3,5%, ressalta-se desde já que a jurisprudência desta Corte já se posicionou, conforme se verifica nos Acórdãos 779/2005-Plenário e 170/2007-Plenário, que índices de liquidez acima de 2,0 são considerados excessivos, e, caso necessários, devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sob pena de restrição à competitividade do certame, em oposição ao que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei n.º 8.666/1993.” (TCU 1640/2016)

“quanto à eventual restrição ao caráter concorrencial da licitação por conta de exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,30, como requisito de qualificação econômico-financeira (subitem 5.4.6.1 do Edital), a CPL de Barra de São Miguel (PB) agiu sem prejuízo à competitividade, uma vez que das oito participantes, apenas uma empresa foi inabilitada por tal item, tendo a própria Coenco atendido à exigência.” (TCU 637/2017)

“por haver habilitado a empresa Construtora Rodoviária Ltda., em que pese ter apresentado para o mesmo índice (grau de endividamento - GE), valor acima do permitido (0,49 frente aos 0,30 impostos), em desacordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, caput, da Lei 8.666/93)” (TCU 3298/2016)



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

IX – DO ITEM 95;

O Edital publicado anteriormente não permitia consórcio, e isto estava devidamente fundamentado. Ocorre que, após apreciação do TCE-RJ, foi inserida na nova versão do Edital a possibilidade da formação de consórcio para a participação na licitação. A motivação, portanto, é a própria exigência do Tribunal de Contas. Diga-se, a propósito, que a nova versão publicada do Edital foi devidamente analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas.

X – DO ITEM 100;

O objeto do contrato não envolve uma multidisciplinariedade que justifique a soma de atestados por meio de consórcio a fim de se ampliar a competição. Isto porque, embora seja um objeto amplo, trata-se, em sua totalidade, única e exclusivamente de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, conforme sua definição legal (artigo 7º da Lei 11.445/2007). Assim, é uma característica marcante do segmento de resíduos sólidos que todas as empresas desse mercado que tenham o perfil para concorrer a uma concessão desse porte já prestem todos esses serviços. Possibilitar a soma de atestados não teria qualquer utilidade para o fim de se ampliar a competição.

Por outro lado, a soma das qualificações econômico-financeiras das empresas, sim, deve ampliar o universo de licitantes, além de trazer maior segurança ao contrato, e tal soma é possível nos termos do Edital.

XI – DO ITEM 117;



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

O que o dispositivo legal em comento prevê é que a *assinatura do contrato* deve ser precedida das referidas atualizações. Portanto, não é neste momento que esta obrigação legal deve ser observada. De qualquer forma, o Município fará as atualizações oportunamente, ou seja, antes da assinatura do contrato.

XII – DO ITEM 125;

O estabelecimento de pesos 60%-40% para técnica e preço é prática comum e não deve suscitar discussões.

Marçal Justen Filho compartilha do mesmo entendimento, conforme abaixo:

“Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada. Mas se afigura desarrazoado atribuir à nota técnica peso superior a 7 e à nota de preço peso inferior a 3.”
 (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, página 995, 17^a edição)

Abaixo jurisprudência da qual se depreende que a ponderação 6x4 é tão comum quanto 5x5:

“Tamanho disparidade deveria ser justificada mediante estudo capaz de sustentá-la, de modo a afastar a contraposição de pesos pela relação 6 x 4 ou de paridade entre as propostas, na relação técnica x preço.” (Acórdão 743/2014, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Cavalcanti).

Julgados que admitem até mesmo a ponderação 7x3:

“Para que a proporcionalidade desejada pela administração fosse mantida, 70% do fator técnica e 30% do fator preço, ambos os índices deveriam apresentar o mesmo valor máximo.” (Acórdão 327/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“(…) a Valec apresentou justificativas para adoção dos pesos de 70% (proposta técnica) e 30% (proposta de preços), e esclareceu que no anexo II ao edital da concorrência 4/2013 constam os critérios de pontuação e os quesitos de avaliação para os atestados dos profissionais e de comprovação da capacidade técnica da empresas licitantes. Assim, acompanho o entendimento da unidade técnica no sentido de acatar os esclarecimentos apresentados.” (TC 016.357/2013-2)

XIII - A NECESSÁRIA DEFERÊNCIA A DECISÃO ADMINISTRATIVA EXTREMAMENTE TÉCNICA. O RESPEITO AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO.

Tradicionalmente, quanto ao parâmetro do controle sobre a atuação administrativa, o controle dos atos administrativos é dividido em duas espécies: a) controle de legalidade relacionado a adequação formal do ato administrativo com a legislação; e b) controle do



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

mérito pela verificação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

O controle jurisdicional sobre os atos oriundos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) restringe-se aos aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador e ao legislador para definir, dentro da moldura normativa, qual a decisão mais conveniente ou oportuna para o atendimento do interesse público, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Portanto, o Judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade.

Com efeito, a clássica dicotomia entre discricionariedade (atos discricionários) e vinculação (atos vinculados) deve ser adaptada à realidade, especialmente a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. Por um lado, a atividade administrativa totalmente livre e fora do alcance do controle judicial seria sinônimo de arbitrariedade. Por outro lado, não se pode conceber que a atuação do administrador seja exclusivamente vinculada e mecanizada, pois sempre existirá alguma margem interpretativa da norma jurídica¹.

Portanto, a diferença fundamental entre os denominados atos administrativos “vinculados” e “discricionários” deve ser traçada a partir de um critério quantitativo, e não qualitativo, na medida em que, em verdade, o que vai variar é a intensidade do grau de liberdade conferido pelo legislador ao administrador.²

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

² KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22-23.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Nesse sentido, surge a discricionariedade técnica, que, nos termos das lições do Mestre Diogo De Figueiredo Moreira Neto, *"existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais"*³.

Pois bem.

No presente caso, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sua competência de controle posterior dos editais de licitação fundada no art. 113, § 3º da Lei n.º 8.666/93, analisou de forma bem criteriosa o instrumento convocatório impugnado, inclusive determinando diversas modificações a fim de compatibilizá-lo aos estritos ditames da juridicidade. Posteriormente as correções realizadas pela Administração Municipal, conheceu e chancelou a sua compatibilidade com a lei. Confira-se:

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS. EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA VISANDO A CONTRATAÇÃO DE PPP, NA MODALIDADE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE LIMPEZA URBANA. MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS. SUGESTÃO DE ARQUIVAMENTO QUE NÃO IMPEDE FUTURAS FISCALIZAÇÕES DA CORTE. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE DEFESA APRESENTADAS. CONHECIMENTO. COMUNICAÇÃO PARA QUE CUMPRE DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA À SGE. ARQUIVAMENTO.

VOTO:

- 1 – Pela ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE DEFESA apresentadas pela Procuradoria Geral do Município em favor do atual Prefeito Municipal de Angra dos Reis;
- 2 – Pelo CONHECIMENTO do Edital de Concorrência nº 008/2019 (Processo Administrativo nº. 2019004249), encaminhado pelo Município de Angra dos Reis, sendo certo que outras questões, inclusive no tocante à legalidade, à economicidade e à

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p. 170).



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

legitimidade poderão ser objeto de futuras ações fiscalizatórias a serem empreendidas por este Tribunal de Contas;

3 – Pela COMUNICAÇÃO ao atual chefe do Poder Executivo Municipal de Angra dos Reis, nos termos previstos no artigo 26 do Regimento Interno desta Corte, para que atenda às seguintes DETERMINAÇÕES, antes da realização da licitação, sob pena de nulidade do certame e dos atos decorrentes, sujeitas a verificações futuras em sede de ações fiscalizatórias promovidas pelo Tribunal:

3.1 – Aperfeiçoar a redação do subitem “21.3.1” da minuta contratual revisada, estabelecendo que para cada reajuste a ser elaborado após o prazo de cinco anos contratuais, constará as justificativas dos pesos das ponderações adotadas para reajuste da mão de obra, combustível e para a utilização do índice IPCA;

3.2 – Detalhar, especificando item por item, por meio de errata, todas as alterações efetuadas no ato convocatório, ou por meio da divulgação de novo edital com as referidas alterações consolidadas, dando a devida publicidade na forma do § 4º do artigo 21, da Lei Federal nº 8.666/93;

3.3 – Disponibilizar no site da municipalidade edital consolidado e seus anexos contemplando e destacando todas as alterações efetuadas por determinação desta Corte, bem como disponibilizar no site da municipalidade todos os elementos do estudo de viabilidade econômica financeira, inclusive a totalidade das planilhas referentes a este estudo;

3.4 – Publicar o aviso de remarcação da licitação e das alterações formalizadas ao Edital após os ajustes ora relacionados, observando o que dispõe o art. 21, da Lei nº. 8.666/93, além de divulgar a iniciativa e o completo conteúdo da licitação no sítio eletrônico oficial (internet) em atenção ao que determina o art. 8º da Lei nº. 12.527/11;

4 – Pela CIÊNCIA dos fatos à Secretaria Geral de Controle Externo, para que pondere quanto à necessidade de inclusão das informações constantes destes autos em bancos de dados da respectiva Coordenadoria Competente, nos termos acima alinhados;

5 – Pelo posterior ARQUIVAMENTO dos presentes autos.

(TCE-RJ, Processo n.º 212.713-2/19, Rel. Cons. Marcelo Verdini Maia, julg. 14/09/2020)



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Como se sabe, o princípio da especialização das funções, corolário do princípio separação dos poderes, impõe deferência às decisões técnicas tomadas no exercício do poder discricionário da Administração Pública. Não se cuida, pois, de advogar pela impossibilidade de controle dos atos administrativos emitidos pelo Estado no exercício de sua discricionariedade técnica, mas sim admitir que o controle deva ser menos intenso em tais casos.

O exercício desse poder discricionário pelos Tribunais de Contas é explicado pela complexidade técnica da matéria.

É o que esclarece Gustavo Binbenojm⁴:

“Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, faleçam parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançadas após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.”

⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”, Renovar, 2008, 2ª edição, p. 227.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Tal teoria reconhece o caráter técnico da atuação da Administração Pública, impedindo as cortes judiciais de adotar fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo e peritos técnicos utilizaram, notadamente nas questões técnicas e complexas, nas quais os Tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos.

Nesse aspecto, deve-se ressaltar que um dos critérios a serem considerados na tutela jurisdicional de temas complexas é o de que *“quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário”*⁵, devendo-se considerar ainda que o processo judicial não propicia a visão de conjunto necessária à sua avaliação. É o que se depreende dos precisos ensinamentos do Professores Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

“[...]os juízes brasileiros [...] estão bem aparelhados para o enfrentamento de questões jurídicas, mas quase nada sabem sobre outros campos do saber. A formação nas faculdades jurídicas brasileiras nada tem de interdisciplinar e o processo de recrutamento dos magistrados de carreira tem aferido apenas o conhecimento do direito positivo. Ocorre que cada vez mais o Judiciário é chamado para solucionar questões extremamente complexas, que demandam o domínio de outros ramos do conhecimento humano. No caso do controle de políticas públicas, por exemplo, sabe-se que a sua elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nessa área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra,

⁵ SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 211.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas. Isto não significa que o Poder Judiciário não possa apreciar a constitucionalidade de políticas públicas. No sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º., XXXV, CF). **Sem embargo, um ativismo do Poder Judiciário nessa matéria, que ignorasse o déficit de expertise dos juízes, e não envolvesse certa deferência diante das valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes, provavelmente produziria péssimos resultados. As intenções poderiam ser até as melhores, mas, no final, o voluntarismo judicial poderia comprometer a própria realização eficiente dos valores constitucionais em jogo**⁶.

Ademais, em 2018 foi editada a Lei Federal nº 13.655, a qual promoveu alterações no Decreto-Lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trazendo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, sendo certo que o artigo 20 do referido diploma exige que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial tenham como norte as consequências práticas da decisão.

Confira-se o inteiro teor do dispositivo:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁶ PEREIRA NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.435-436.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

A comissão de juristas que concebeu as referidas alterações levada a cabo pela nova lei federal explicou que o referido dispositivo teve por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução⁷.

Destarte, o dispositivo em comento proíbe motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga, pois, o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.

Neste sentido são os ensinamentos de Floriano Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas, que ao comentarem o disposto no referido artigo explicam o seguinte:

“Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda a decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação do princípio controlável (e censurável) quando não vier acompanhado da análise das consequências. Daí porque temos que o art. 20 visa a interditar que, por intermédio da utilização de conceitos vagos, sobretudo os controladores, se

⁷ In. <http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>. Acesso em 24.09.20



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

substituam às competências da Administração Pública, sem assumirem os ônus que são próprios do administrador.

É dizer, o dispositivo que ora se comenta milita em favor da deferência à capacidade institucional da Administração Pública.

Segundo esta Teoria, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise das questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciada por uma análise das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o locus mais apropriado à tomada de uma determinada decisão. Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações; a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e a sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão. O objetivo dessa análise consistiria em, por meio da determinação da capacidade institucional dos agentes envolvidos, determinar qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Em outras palavras, 'a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa'. **Nessas hipóteses, os tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor**



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.

A doutrina da deferência (intelligible principles doctrine) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável. Essa premissa se baseia no fato de que existem atos administrativos de natureza técnica, cuja competência é privativa da Administração Pública, a qual não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade detentora de poder”.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido e incorporado uma deferência as decisões tomadas pela Administração Pública, em especial, nos casos que envolvem matérias técnicas e complexas, como no caso objeto dessa consulta. Assim, colaciona-se a ementa de precedente relacionado ao controle judicial de decisões do Tribunal de Contas da União:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DESEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REPRESENTAÇÃO. INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEFERÊNCIA. CAPACIDADE INSTITUCIONAL. HABILITAÇÃO TÉCNICA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA
A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

(AG. reg. mm Mandado de Segurança n.º 36.369 – DF, Rel. Min.
Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 17.05.2019)

Em suma, deve ser assegurado a necessária deferência a decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que concluiu pela juridicidade do instrumento convocatório hostilizado pela impugnante.

XIV – DA CONCLUSÃO;

Por todo o exposto, opina a Subprocuradoria Consultiva pela procedência parcial da impugnação apresentada pela ALCANCE AMBIENTAL EIRELI, na parte alusiva ao valor global estimado, que, diferentemente do previsto no edital – R\$ 1.170.840.000,00 (um bilhão cento e setenta milhões, oitocentos e quarenta mil reais), é de R\$ 1.112.526.761,52 (um bilhão, cento e doze milhões, quinhentos e vinte e seus mil, setecentos e sessenta e um reais e cinquenta e dois centavos), na forma aprovada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro no Processo nº 2127-13-2/2019.

Opina, ademais, pela suspensão da Concorrência Pública nº 08/2019 marcada para o dia 1º de março de 2021, bem como a correção do edital, com renovação da publicação, observando-se o prazo próprio à modalidade licitatória.

Pela notificação dos licitantes que compareceram à visita técnica quanto à suspensão.



Estado do Rio de Janeiro
MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
Procuradoria-Geral
Subprocuradoria Consultiva

Pela publicação do presente parecer e da decisão administrativa no sítio <http://ppp.angra.rj.gov.br/ppp-residuos-solidos.asp>, bem com no Boletim Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Angra dos Reis, 26 de fevereiro de 2021.

ALAN PEÇANHA MUZY DIAS
Procurador-Chefe Consultivo
Mat. 19.862