

PROCESSO Nº: 106906-3/22

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR

INTERESSADO: SGE-SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Art. 84-A do Regimento Interno do TCE-RJ - RITCERJ

EMENTA. REPRESENTAÇÃO. EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 02/2022. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO PARA FINS DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA, GESTÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DO COMPLEXO MARACANÃ, PELO PRAZO DE 20 ANOS, COM OUTORGA MÍNIMA DE R\$100.643.500,00. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. CONHECIMENTO. DEFERIMENTO. COMUNICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. REMESSA. ARTIGO 84-A DO RITCERJ.

Trata-se de Representação com pedido de tutela provisória, interposta pela Secretaria Geral de Controle Externo – **SGE**, em face do Estado do Rio de Janeiro, representado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, em virtude de irregularidades encontradas no Edital de Concorrência Pública nº 002/2022, que tem por objeto “selecionar a PROPOSTA mais vantajosa, apresentada por pessoa jurídica ou consórcio de pessoas jurídicas, para a celebração de contrato de **CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO** para fins de exploração econômica, gestão, operação e manutenção do **COMPLEXO MARACANÃ**”, com prazo previsto de 20 anos para a concessão. A data de realização da licitação foi agendada para 27.10.22.

A partir do exame da documentação disponível no site <https://concessaomaraçana.rj.gov.br/>, com acesso no dia 21.10.22, a representante identifica impropriedades, conforme será demonstrado a seguir nesta representação.

Destaca-se abaixo as supostas impropriedades observadas pela **CAD-DESESTATIZAÇÃO** (peça 03):

2.1 - METODOLOGIA INADEQUADA PARA DEFINIÇÃO DO VALOR DE OUTORGA

Sobre esta impropriedade a Representante destaca que, em respeito ao princípio da economicidade e da transparência, a definição do valor de outorga para concessão do Complexo Maracanã deveria se valer de um estudo de viabilidade econômico-financeiro, com metodologia capaz de assegurar a compatibilidade entre encargos e vantagens da concessionária, a partir de um plano de negócios referencial que contenha, a título exemplificativo, fluxo de caixa com projeção de receitas, despesas (entre elas a despesa com o pagamento de outorga) e indicação de um custo de capital compatível com o mercado.

2.2 - PRAZO INJUSTIFICADO DA CONCESSÃO

Quanto a esta impropriedade, registra-se que ela surge como consequência da ausência de estudo de viabilidade exposta anteriormente. Verifica-se a pretensão de conceder o ativo público Complexo Maracanã à iniciativa privada pelo prazo de 20 anos, segundo a Representante sem qualquer fundamentação técnica para a escolha do período de vigência do contrato. Além disso, tal justificativa poderia ser baseada em um fluxo de caixa capaz de demonstrar tecnicamente a pertinência do prazo de exploração do bem público pelo parceiro privado.

2.3 - IRREGULARIDADE NA DEFINIÇÃO DE RECEITAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS;

Foi constatado pela representante que há uma relação taxativa para definição de quais receitas são consideradas como ordinárias, indicando que alternativas não contempladas na lista em questão, serão enquadradas como extraordinárias.

Constatou-se, também, a intenção de classificar como extraordinária a receita que não está contemplada no plano de negócios da concessionária.

Logo, chegou-se a duas interpretações possíveis para a definição de receita extraordinária, quais sejam: 1 – Receita extraordinária é a que não consta da relação de receitas ordinárias definidas pelo Termo de Referência; e 2 - Receita extraordinária é qualquer receita que a concessionária não tenha listado em seu plano de negócios, mas decidiu explorar no decorrer do contrato.

Ressaltou-se na instrução que a questão possui impacto financeiro, pois há previsão de compartilhamento de ganhos, nos seguintes termos:

OUTORGA VARIÁVEL - valor pago trimestralmente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, calculado em 10% (dez por cento) sobre as receitas acessórias e/ou extraordinárias.

Dessa forma, tendo em vista a relação de dependência que existe entre a outorga variável e as receitas extraordinárias, deveria haver prévio enquadramento objetivo das fontes de receita, cumulado com mecanismo que promova, de maneira equilibrada, o incentivo ao concessionário para buscar auferir receitas alternativas, com a premissa de compartilhamento de ganhos.

2.4 - AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DAS FONTES DE RECEITAS;

Foi constatado que o edital de concessão do Complexo Maracanã não contém estudo de viabilidade que avalie o potencial de geração de caixa do empreendimento que se deseja conceder à iniciativa privada.

Quanto às receitas alternativas, a Lei nº 8.987/95 estabelece:

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.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Foi constatado que, a concessão do complexo esportivo Maracanã deveria ser precedida da elaboração de estudo de viabilidade que contenha um plano de negócios referencial, que investigue minuciosamente as diversas alternativas de geração de receita, objetivando extrair o maior benefício possível do ativo público que se deseja conceder à iniciativa privada, o que não foi encontrado.

2.5 - IMPROPRIEDADES NA DEFINIÇÃO DE “CASO FORTUITO”;

Considerando a análise da Representante os eventos exemplificativos como “vandalismo”, “hostilidades” e “tumultos” não necessariamente se enquadrariam em caso fortuito, fato este que desoneraria a concessionária de qualquer responsabilidade, na medida em que o contrato de concessão consiste na transferência da posse de um ativo público com a obrigação de guarda, zelo e tutela, devendo a concessionária ser responsável por custos necessários para tal.

Nesse sentido, a previsão das expressões supramencionadas deveria ser revisada.

Item 3 do edital:

CASO FORTUITO: situação, extraordinária e imprevisível (ou previsível, porém cujos efeitos são incalculáveis e não se pode evitar), decorrente de ato alheio à vontade das PARTES, porém proveniente de atos humanos, incluindo, apenas a título exemplificativo, sem qualquer limitação à generalidade do conceito contido no artigo nº 393 e parágrafo único do Código Civil Brasileiro, as situações de sabotagem, vandalismo, terrorismo, hostilidades ou invasões, atos de guerra, subversão, tumultos, guerrilha, comoção civil, revolução, insurreição militar, golpe de estado, estado de sítio, declaração de estado de defesa, pandemia, que diretamente afetem de maneira insuportável as atividades compreendidas no CONTRATO;

2.6 - EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE GARANTIA DE PROPOSTA E DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO;

Segundo a unidade técnica são exigidos, de forma cumulativa, o depósito de garantia de proposta e a comprovação de a licitante possuir capital social mínimo, conforme subitens 10.22 e 11.5.1.e do Edital:

10.22. A GARANTIA DE PROPOSTA em valor equivalente a 1,0% (um por cento) do valor estimado do CONTRATO, considerando para tanto, como valor estimado do Contrato, o valor mínimo para outorga fixa pelo prazo de 20 anos, que deverá ser prestada até a data da sessão de recebimento dos ENVELOPES, por meio de uma das seguintes modalidades, observadas as condições aqui apontadas:

e. comprovação, por meio das demonstrações financeiras mencionadas nos itens (c) e (d) acima, de capital social integralizado de 10% (dez por cento) do valor estimado do CONTRATO, admitida a atualização através de índices oficiais. Nos exatos termos do artigo 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93, cada empresa integrante de CONSÓRCIO terão um acréscimo de 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

Tal previsão assim estaria de forma cumulativa e incompatível com o art. 31, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93:

*§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, **ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado (grifo nosso).*

O TCU também possui entendimento neste sentido, conforme a Súmula 275:

SÚMULA TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**,

capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

2.7 - IRREGULARIDADE NA INDICAÇÃO DE PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA;

Foi exigida no edital especificamente no subitem 11.6.1.III experiência pretérita dos licitantes, na geração de receitas acessórias o que segundo a Representante acaba por restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, nos termos do artigo 30 da lei 8.666/1993.

2.8 - RESERVAS DE CAMAROTES E ESTACIONAMENTO AO GOVERNO ESTADUAL SEM JUSTIFICATIVA TÉCNICA;

Conclui a unidade técnica sobre esta impropriedade em sua análise que, o Governo do Estado do Rio de Janeiro deveria revisar os Anexos I e II, fazendo constar justificativa técnica para a reserva de qualquer área do Complexo concedido, bem como previsão fundamentada que estabeleça os limites de eventos anuais e número de convidados em que o ERJ utilizará os camarotes e estacionamentos destacados – a exemplo da prescrição contida no item 3.2.7 do Anexo I –, condicionando, ainda, a disponibilização à comunicação prévia e motivada à concessionária, de forma a garantir a observância dos princípios da razoabilidade e economicidade, bem como da finalidade precípua de utilização de interesse social do bem ora concedido.

Acrescenta além disso, com respeito ao princípio da transparência, que o Governo do Estado do Rio de Janeiro deveria criar um mecanismo de divulgação de critérios e relação dos beneficiados, permitindo o controle social de tal benefício.

2.9 - IRREGULARIDADES NA PREVISÃO DO VERIFICADOR INDEPENDENTE;

Destaca-se nesta impropriedade que as previsões contratuais de que o Verificador Independente seja remunerado pela concessionária e, em caso de não contratação deste, a própria concessionária apresente o relatório do seu próprio desempenho, configuram alto risco de conflito

de interesses e risco de captura¹ na fiscalização do contrato, motivo pelo qual deveriam ser revisadas, com base no art. 67 c/c art. 124 da Lei Federal nº 8.666/93 e nos arts. 25 e 30 da Lei Federal nº 8.987/95.

2.10 - IRREGULARIDADES NO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO;

A despeito desta impropriedade foi informado que, o sistema de avaliação de desempenho da execução contratual referente à Concessão do Complexo Maracanã, insculpido no Anexo VII – Indicadores de Desempenho, apresenta incongruências que podem macular a eficácia do instrumento em incentivar a concessionária a operar o bem público concedido com a qualidade e a eficiência no uso dos recursos esperados.

A seguir destaco as incongruências indicadas pelo i. Corpo Técnico:

- Inconsistências nas Notas dos Indicadores;
- Irregular Definição de Metas a Cargo da Concessionária;
- Ausência de Critérios Objetivos de Aferição dos Indicadores;
- Ausência de Clareza na Definição de Indicadores;
- Insuficiência de Sanções Contratuais Claras em caso de Insuficiência de Desempenho.

2.11 - ELEVADO PESO ATRIBUÍDO PARA A PROPOSTA TÉCNICA;

Segundo o Corpo Instrutivo foi atribuído um peso elevado à nota da proposta técnica, o que supostamente prejudicaria diretamente a modicidade tarifária da concessão, ao atribuir menor importância à proposta econômica e, portanto, aos valores da outorga a serem pagos à administração estadual.

Destaca-se nessa toada a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) que reforça tal posicionamento, no sentido de que cabe ao órgão licitante justificar os pesos das notas – **sobretudo quando o peso do critério de preço ficar abaixo do critério técnico** –, de forma a demonstrar que não representam privilégio ou direcionamento, bem como que não proporcionarão aumento de preços (Acórdãos nos 3.217/14-TCU-Plenário, 743/14-TCU-Plenário, 2.909/12-TCU-

¹ Captura ocorre quando uma entidade fiscalizadora ou de apoio à fiscalização passa a atuar sem imparcialidade, favorecendo sistematicamente uma das partes envolvidas com a atividade fiscalizada (favorecendo o parceiro privado por exemplo), ou passando a ser uma entidade inoperante, meramente figurativa.

Plenário, 210/11-TCU-Plenário, 1.041/10-TCU-Plenário, 1.597/10-TCU-Plenário, 1.782/07-TCU-Plenário, entre outros).

2.12 - IRREGULARIDADES NOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE;

Nesta impropriedade temos a afirmativa da Representante de que os critérios de desempate estão divergentes daqueles previstos em lei, e estes estariam suficientemente regulados nos artigos 3º, §2º e 45, §2º da Lei Federal nº 8.666/93, à exceção daqueles previstos em leis especiais, como a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

Nesse sentido, aponta a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), a exemplo do Acórdão 2619/2013, em que o Plenário do TCU ressaltou a necessidade de observância dos critérios previstos na Lei 8.666/1993, determinando ainda ao Conselho Regional de Odontologia do Rio de Janeiro - CRO/RJ que se abstivesse de estabelecer critérios de desempate não previstos em lei.

2.13 - IRREGULARIDADES NO JULGAMENTO “MELHOR TÉCNICA”;

Segundo a análise da Unidade Técnica não há critérios objetivos de julgamento que viabilizem aos membros da comissão de licitação ponderarem se a proposta técnica realmente se mostra mais vantajosa ao interesse público. Destaco que, a objetividade é requisito essencial para que seja observado o princípio da isonomia, em conformidade com o artigo 3º da Lei Geral de Licitações.

Propõe ainda a Representante, visando garantir a observância ao art. 46, §1, I da LLC, bem como aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, ao Estado do Rio de Janeiro o seguinte:

1. Rever ou excluir os itens de avaliação da proposta técnica que não avaliem objetivamente a efetiva capacidade técnica do licitante para operar a concessão, em especial aqueles relacionados a “datas oficiais” de uso do estádio de futebol e do ginásio; e
2. Revisar a sua metodologia de pontuação, mediante a definição de requisitos de avaliação dotados de objetividade, estabelecendo com clareza o que se espera do conteúdo de cada um dos itens que deva compor a proposta técnica.

2.14 - IRREGULARIDADES NA TAXA DE DESCONTO DO PROJETO.

O WACC² é, em concessões, a taxa que representa o custo de oportunidade do capital a ser investido no projeto, referente a determinado setor. Trata-se de estimativa que impacta diretamente no valor de outorga da licitação.

Tendo em vista que a primeira irregularidade apontada na presente Representação trata da inadequação da metodologia de precificação do ativo, resultando como desfecho o apontamento da necessidade de utilização de procedimento que impõe o cálculo da taxa adequada para descontar o fluxo de caixa de referência, a unidade técnica tece as seguintes observações sobre os parâmetros utilizados para sua estimativa:

Primeiramente, o WACC é informado no Edital em termos nominais, ou seja, sem desconto do impacto inflacionário sobre sua estimativa. Considerando a boa prática de modelagens econômico-financeiras de concessões, bem como a previsão editalícia de que a outorga deve ser atualizada anualmente pela inflação, o custo de oportunidade deveria ser apresentado em termos reais, de maneira a permitir sua comparação com a TIR do projeto.

Ademais, para a devida transparência, é necessário que os parâmetros utilizados no cálculo da taxa sejam justificados, bem como que a série temporal utilizada para calcular cada um desses parâmetros seja apresentada.

Assim, sugere a Representante que, o ERJ deveria excluir ou fazer constar justificativa técnica para a inserção de riscos que fujam ao modelo básico do *Capital Asset Pricing Model* - CAPM, explicitando as fontes de dados e lapso temporal utilizados para seu cálculo.

O presente processo foi distribuído à minha relatoria para análise da tutela requerida, após a propositura de Representação pela **SGE**, relacionada a supostas irregularidades identificadas no edital em tela, em conformidade com o previsto na Deliberação TCE-RJ nº 266/2016, artigo 9º, V, desta Corte de Contas.

Eis o Relatório.

² Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC), em português.

Inicialmente, registra-se que o objeto do certame é a concessão DO COMPLEXO MARACANÃ por 20 (vinte) anos. Nessa seara, o Mestre José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra intitulada Manual de Direito Administrativo. 2018, 32ª Ed. Pág. 257/258, conceitua a matéria da seguinte forma:

O sentido de *concessão* leva à ideia de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outrem algumas das faculdades a esta relativas. Com a necessária adequação, está aí o sentido de concessão no direito público, em que figura como titular dos bens o próprio Estado, e como destinatário das faculdades o particular. Quando esses interessados pactuam a transferência dessas faculdades, configura-se o contrato de concessão, ajuste também catalogado como *contrato administrativo*.

Profundas alterações têm sofrido as concessões, não somente em virtude de novas demandas e perspectivas governamentais, como ainda em decorrência de leis mais recentes, que vêm criando e disciplinando as várias modalidades em que se subdivide o instituto. O certo é que o quadro normativo atual demonstra inegável afastamento do sentido clássico dispensado às concessões em geral.

De acordo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento³, PPP (Concessão gênero, no caso brasileiro) é “*Um contrato de longo prazo entre um parceiro privado e uma entidade pública, para fornecer um ativo ou prestar um serviço público, no qual o parceiro privado assume um risco importante e a responsabilidade da gestão, e onde a remuneração está vinculada ao desempenho*”.

E ainda acrescenta:

Já as concessões de uso de bem público visam somente a consentir que pessoa privada se utilize de bem pertencente a pessoa de direito público. Semelhantes concessões resultam da atividade normal de gestão que os entes públicos desenvolvem sobre os bens integrantes de seu acervo. Os concessionários de uso, contrariamente ao que ocorre com as concessões de serviços públicos, podem executar atividades de caráter público e de caráter privado, dependendo da destinação do uso do bem público que lhes tiver sido autorizada.

³ Curso Parcerias Público-Privadas para o desenvolvimento: Implementando soluções no Brasil. Disponível em <<https://www.iadb.org/pt>>, acesso em 25.10.22.

Feitos esses esclarecimentos, conforme já foi anteriormente mencionado, os autos foram distribuídos à minha relatoria para **análise do pedido de tutela provisória**, sendo essa analisada em sede sumária, nos termos do artigo 84-A do RITCERJ⁴.

À vista disso, conforme nos ensina o Mestre Marcus Vinicius, em sua obra Direito Processual Civil Esquematizado, 8ª Ed, 2017⁵, a *“tutela será de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”* (CPC, art. 300, caput). Os requisitos são o *fumus boni juris*, isto é, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, isto é, risco de que sem a medida o litigante possa sofrer perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. De que forma o perigo poderá ser arredado? Ou pela satisfação antecipada do direito, ou pelo deferimento de medida protetiva.”

[...]

“Em síntese, em casos de urgência, a tutela provisória pode ser deferida em caráter antecedente ou, já no processo principal, em caráter liminar, antes que tenha sido citado o réu. Já em caso de evidência, a tutela não poderá ser antecedente, mas poderá ser liminar, nas hipóteses do art. 311, II e III. Já nas hipóteses do art. 311, I e IV, ela só poderá ser deferida depois da citação e comparecimento do réu.

Além disso, ainda que não tenham sido deferidas em caráter liminar, elas podem ser concedidas a qualquer tempo, mesmo na fase de sentença, e até mesmo depois dela. Ainda assim, serão anteriores à solução final, definitiva do processo”.

No caso em comento se configura o risco de dano, pois em uma análise inicial das alegações trazidas pela Representante, verifico que, em especial, **os itens 2.2, 2.3, 2.7 e 2.11 da CAD-Desestatização** revelam-se extremamente relevantes, requerendo uma atuação urgente desta Corte de Contas a fim de impedir possíveis prejuízos ao erário. Dessa forma, passo a discorrer sobre cada um deles.

⁴ Art. 84-A O Plenário, o Relator, ou, na hipótese do art. 142, inciso XIV, o Presidente, nos casos de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, de risco de ineficácia da decisão de mérito ou de embaraços indevidos às atividades de controle externo, incluindo o abuso do direito de defesa e/ou o manifesto propósito protelatório do jurisdicionado, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar tutela provisória, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

⁵ **GONÇALVES**, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado® / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, Pág. 208.

2.2 PRAZO INJUSTIFICADO DA CONCESSÃO

A CAD-Desestatização, quanto a este ponto, assim se manifestou:

Como consequência da ausência de estudo de viabilidade exposta anteriormente, verifica-se a pretensão de conceder o ativo público Complexo Maracanã à iniciativa privada **pelo prazo de 20 anos sem qualquer fundamentação técnica** para o período de vigência do contrato. Tal justificativa poderia ser baseada em um fluxo de caixa capaz de demonstrar tecnicamente a pertinência do prazo de exploração do bem público pelo parceiro privado (grifo nosso).

Diante disso, parece-me que a ausência de justificativa técnica para a estipulação do prazo de concessão demonstra falha na elaboração do projeto, o que por consequência poderá ensejar em prejuízos irreparáveis ao erário.

Contratos que possuem característica de longo prazo merecem especial atenção do sistema de Tribunal de Contas, uma vez que qualquer erro ou omissão na sua gênese pode desaguar em um negócio que durará por muitos anos e com difícil reparação no caso concreto.

Para além, tais contratos, em regra, atingem uma grande coletividade, pois possuem objetos como transporte público, saneamento básico e, como no caso presente, concessão de arenas.

Logo, todo cuidado deve ser tomado pelos *stakeholders* para que haja um contrato escoreito e que beneficie todas as partes: sociedade, poder público, usuário, investidores etc.

2.3 IRREGULARIDADE NA DEFINIÇÃO DE RECEITAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS

A CAD-Desestatização, quanto a este ponto, assim se manifestou:

Verifica-se, dessa vez, a intenção de classificar como extraordinária a receita que não está contemplada no plano de negócios da concessionária.

Logo, **há duas interpretações possíveis para a definição de receita extraordinária**, quais sejam: 1 – Receita extraordinária é a que não consta da relação de receitas ordinárias definidas pelo Termo de Referência; e 2 - Receita extraordinária é qualquer receita que a concessionária não tenha listado em seu plano de negócios, mas decidiu explorar no decorrer do contrato (grifo nosso).

E, ainda, ressalta um outro ponto de extrema relevância, vejamos:

Ressalta-se que **a questão possui impacto financeiro**, pois há previsão de compartilhamento de ganhos, nos seguintes termos (grifo nosso):

OUTORGA VARIÁVEL - valor pago trimestralmente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, calculado em 10% (dez por cento) sobre as receitas acessórias e/ou extraordinárias.

Nesse sentido, em atenção a essa alegação, é de grande importância que as receitas tenham sua devida classificação, haja vista a existência de uma relação de dependência entre a outorga variável e as receitas extraordinárias, devendo existir o devido enquadramento das fontes de receita.

2.7. IRREGULARIDADE NA INDICAÇÃO DE PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA

A CAD-Desestatização, quanto a este ponto, assim se manifestou:

Para fins de qualificação técnica, é exigida experiência pretérita dos licitantes na “geração de receitas acessórias”, conforme o subitem 11.6.1.III do Edital:

11.6. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

11.6.1. AS LICITANTES deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de qualificação técnica:

[...]

III. Comprovação, por meio de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de experiência na geração de receitas acessórias, por meio da obtenção de recursos através da comercialização de patrocínios, atração de eventos culturais, corporativos e “sob demanda de terceiro”.

A respeito da comprovação de experiência para fins de qualificação técnica, o art. 30 da Lei 8.666/1993 limita as exigências de desempenho pretérito de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

A geração de receitas acessórias, como o próprio nome pressupõe, refere-se a atividades que apenas tangenciam o objeto da licitação em tela e, portanto, não dotados de pertinência com o objeto ou de valor significativo a este. Assim, não é razoável defini-las como aptas a comprovar que o licitante é tecnicamente qualificado à execução contratual.

Além do mais, a previsão do Edital acaba por restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, pois inibe a participação daqueles licitantes que não comprovem experiência técnica em atividade que foge às previstas em lei para tal mister, em ofensa ao §5º do art. 30 da Lei de Licitações⁸.

A respeito da presente alegação, a previsão contida no art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93, assim dispõe:

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Noutro giro, assim se manifestou o Tribunal de Contas da União – TCU, na Súmula nº 263, vejamos:

Súmula nº 263 - TCU

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Portanto, em análise perfunctória, parece-me que a CAD-Desestatização possui razão, uma vez que a exigência de experiência pretérita em geração de receitas acessórias, como requisito para fins de habilitação, não encontra fundamento na legislação vigente.

Por fim, dentre todos os pontos alegados em sede de Representação, cito o último que, nesse primeiro momento, merece um olhar mais criterioso, o qual transcrevo a seguir:

2.11. ELEVADO PESO ATRIBUÍDO PARA A PROPOSTA TÉCNICA

Assim, alega a CAD-Desestatização:

O subitem 17.15 do edital apresenta o cálculo para a Nota Final (NF), atribuindo peso maior à Nota da Proposta Técnica (NT) do que à Nota da Proposta de Preço (NP):

[...]

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) reforça tal posicionamento, no sentido de que cabe ao órgão licitante justificar os pesos das notas – **sobretudo quando o peso do critério de preço ficar abaixo do critério técnico** –, de forma a demonstrar que não representam privilégio ou direcionamento, bem como que não proporcionarão aumento de preços (Acórdãos nos 3.217/14-TCU-Plenário, 743/14-TCU-Plenário, 2.909/12-TCU-Plenário, 210/11-TCU-Plenário, 1.041/10-TCU-Plenário, 1.597/10-TCU-Plenário, 1.782/07-TCU-Plenário, entre outros).

Destaca o TCU, ainda, que a justificativa de preços não pode ser genérica (Acórdãos nº 1.041/10-TCU-Plenário), bem como é indevido o procedimento de tornar irrisório o fator preço no julgamento técnica e preço (Acórdãos nos 309/11-TCU-Plenário e 327/10-TCU-Plenário).

Além do mais, conforme os subitens 17.8 e 17.14 do Edital, como a NT pode chegar a 170 (cento e setenta) pontos, mas a NP só poderá chegar a 115 (cento e quinze) pontos, **o peso dado à NT é efetivamente maior do que 60%, chegando a quase 70%:**

Em atenção à referida alegação, parece-me que, diante da ausência de justificativa técnica para adoção da fórmula apresentada no Edital para o cálculo da Nota Final, não restou comprovado o porquê de o peso dado à Nota Técnica é maior do que 60%, chegando a quase 70% da Nota Final. Diante disso, requer-se a atuação dessa Corte para impedir eventuais vícios no julgamento da melhor proposta apresentada pelos licitantes.

---♦---

Isto posto, diante da iminência da sessão pública da Concorrência Pública nº 002/2022, prevista para ocorrer em 27.10.22, assim como, diante das possíveis ilegalidades trazidas em sede de Representação a conhecimento desta Corte de Contas, entendo preenchidos os requisitos necessários para a concessão da medida cautelar ora pleiteada.

Cabe ressaltar que a atuação deste Tribunal de Contas pretende tão somente salvaguardar o erário, sem se substituir ao gestor público e suas pretensões, bem como prestigiando o mérito administrativo.

À vista disso, **DECIDO:**

I. Pelo **CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade, nos termos do disposto na Deliberação TCE-RJ nº 266/16, em seus artigos 9º, V e 9º-A;

II. Pelo **DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA** pleiteada determinando que o atual titular da Secretaria de Estado da Casa Civil, **suspenda imediatamente** o certame objeto desta Representação na fase em que se encontra, até o pronunciamento definitivo desta Corte de Contas acerca do mérito desta Representação;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil, nos termos do art. 84-A, §3º, do RITCERJ, para que, no **prazo de 15 (quinze) dias**, a contar da ciência desta decisão, apresente esclarecimentos quanto às impropriedades levantadas na presente Representação;

IV. Pela **DETERMINACÃO** à Subsecretaria das Sessões – **SSE**, para que providencie, **por meio de Técnico de Notificações**, a oitiva do jurisdicionado, a fim de que, na forma do previsto no art. 84-A, §§ 3º e 4º do RITCERJ, se pronuncie no prazo estabelecido no item **III**, acerca de todas as irregularidades suscitadas pela Representante, encaminhando os elementos necessários, sem prejuízo de voluntariamente e em idêntico prazo, anuir em promover alterações no instrumento convocatório, comprovando tais medidas a este Tribunal, devendo ainda promover a reabertura do prazo de publicação conforme determina o art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/1993, ou se ainda preferir, promover a anulação do referido certame em decorrência das irregularidades ora apontadas ou a revogação, caso entenda ser oportuno e conveniente; e

V. Pela **REMESSA À SGE**, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas – **MPC**, para que se manifestem quanto ao mérito da Representação, retornando, posteriormente, os autos ao meu Gabinete.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO

Documento assinado digitalmente