



Protocolo n.º: 14.398.103-7

Interessado: Casa Civil

Assunto: Questionamentos atinentes às concessões de serviços públicos

PROCESSO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE - CONCESSÃO - PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA - HIPÓTESES DE RESSARCIMENTO - PAGAMENTO APENAS PELO VENCEDOR DA LICITAÇÃO

PARECER Nº 08/2017-PGE

PARECER N.º ___/2017 - GPT1/GAB-PGE

Trata-se de protocolado encaminhado pelo Secretário Chefe da Casa Civil através do Ofício nº 4051/2016 – CEE/CC (fls. 03/04), requerendo esclarecimentos em relação a três aspectos do artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/95 e do artigo 11 da Lei Estadual nº 17.046/2012.

O primeiro questionamento se relaciona aos estudos, projetos etc. já realizados pelo Poder Concedente ou por pessoa jurídica autorizada, vinculados à concessão. A dúvida reside na divergência de nomenclatura adotada pelas leis federal e estadual, haja vista o art. 21 da Lei Federal nº 8.987/95 dispor que “devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes” e o art. 11 da Lei Estadual nº 17.046/2012 prever que “o ressarcimento dos



custos de sua elaboração poderá ser previsto no edital de licitação como responsabilidade parcial ou integral do vencedor”.

A segunda dúvida diz respeito à possibilidade de os estudos realizados serem disponibilizados aos interessados na fase pré-licitatória, como numa audiência pública, por exemplo.

A terceira indagação refere-se à hipótese de o certame licitatório restar deserto ou fracassado, razão pela qual questiona-se se nesse caso surgiria para o Poder Concedente alguma obrigação indenizatória.

O protocolado foi inicialmente encaminhado à Coordenadoria do Consultivo – CCON que manifestou-se através do Despacho nº 01/2017 (fl. 06) sugerindo a remessa deste ao Grupo Permanente de Trabalho GPT1 – Parcerias Público-Privadas, cuja recomendação restou atendida pelo Procurador-Geral do Estado (fl. 07).

De modo a orientar a consulta, o Grupo de Trabalho transcreve adiante os questionamentos trazidos seguidos de resposta.

1. Em relação aos estudos realizados por pessoa jurídica de direito privado autorizada pelo Poder Concedente, há discricionariedade da Administração em relação ao ressarcimento pelos custos empreendidos?

A primeira questão colocada pelo Ofício nº 4051/2016 – CEE/CC (fls. 03/04) reside na hipótese de ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos realizados pelo Poder Concedente, ou por parceiro privado com a autorização deste, vinculados à concessão. A dúvida se justifica pela divergência terminológica entre o art. 21 da Lei Federal nº 8.987/95 e o art. 11 da Lei Estadual nº 17.046/2012, adiante transcritos:

“Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.”



"Art. 11. Caso os estudos e projetos realizados sejam adotados pelo Estado do Paraná, o ressarcimento dos custos de sua elaboração poderá ser previsto no edital de licitação como responsabilidade parcial ou integral do vencedor da licitação, conforme autorização do art. 21, da Lei Federal nº 8.987/1995."

Ambos os dispositivos preveem a hipótese em que sejam necessários determinados estudos em momento anterior ao certame licitatório da concessão em si, de modo a instruir devidamente a futura licitação. Como aludem os dispositivos, tais estudos podem ser realizados tanto pelo Poder Concedente como por quem autorizado por este, de modo que o próprio edital de licitação preverá que o vencedor do certame arcará com estes estudos.

O ressarcimento pelos estudos poderá ocorrer caso haja eles sejam utilizados em processo licitatório que resulte em celebração de contrato de concessão. A posição prevista no artigo 11 da Lei Estadual nº 17.046/2012 no sentido de que "o ressarcimento dos custos de sua elaboração poderá ser previsto no edital de licitação como responsabilidade parcial ou integral do vencedor da licitação" concede à Administração a faculdade de inserir no edital o reembolso integral ou parcial. Deste modo, existe um espaço de discricionariedade do Poder Público, uma vez que a expressão deverá constante do art. 21 acima transcrito diz respeito exclusivamente aos dispêndios especificados no Edital de licitação e não todo e qualquer valor gasto nos estudos. A eventualidade de ressarcimento parcial no caso licitação que não resulte deserta deriva da possibilidade de que os valores dos estudos sejam considerados inadequados pelo Poder Concedente.

Essa posição consta de forma expressa da regulamentação do processo de PMI no Estado do Paraná, que consta do Decreto Estadual nº 6.823 de 21 de dezembro de 2012 com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 4.991 de 31 de agosto de 2016. Ao tratar da autorização para a realização dos estudos de PMI dispõe-se que:

"Art.10 A autorização para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações:

I - será conferida sempre sem exclusividade;

II - não gerará direito de preferência para a contratação, nem tampouco resulta em qualquer vantagem ou privilégio ao particular, em eventual processo licitatório posterior;

III - não obrigará o Poder Público a realizar a licitação;

M A



IV - não criará, por si só, qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração, não gerando também direito a qualquer indenização;

V - será pessoal e intransferível;

VI - não obriga o poder público a utilizar as informações obtidas por meio da PMI caso seja realizada a licitação;

VII - implica, salvo deliberação do CGC em sentido contrário, a cessão incondicional, ao Poder Público, dos direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos e demais documentos solicitados no PMI.

§ 1º Será assegurado o sigilo das informações cadastrais dos interessados, quando solicitado, nos termos da legislação.

§ 2º A autorização para a realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não implica, em hipótese alguma, co-responsabilidade do Estado do Paraná perante terceiros pelos atos praticados pela pessoa autorizada.

(...)

Art.20 Concluída a análise de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, após manifestação da CCP e análise do GTAC, os selecionados serão apresentados ao CGC para deliberação sobre eventual ressarcimento.

§ 1º Os valores aprovados poderão ser atualizados monetariamente, com base em índice de correção e contagem de prazo definidos no instrumento que der início ao PMI.

§ 2º Caso o CGC conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares, deverá arbitrar o valor do ressarcimento.

§ 3º O valor arbitrado poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais serão destruídos ou inutilizados se não forem retirados em 30 (trinta) dias a contar da data da rejeição.

§ 4º Na hipótese do § 3º, faculta-se ao CGC escolher outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações entre os apresentados para seleção.

§ 5º O valor arbitrado pelo CGC deverá ser aceito por escrito, com expressa renúncia a eventuais excedentes.

Art.21 Os valores relativos a projetos, estudos, levantamentos ou investigações selecionados conforme este Decreto serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame.

§ 1º Em nenhuma hipótese será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projeto, estudo, levantamento ou investigação.

§ 2º Edital para contratação de concessão de serviços públicos de que trata o artigo 1º desse Decreto conterà, obrigatoriamente, cláusula que condicione a assinatura do

[Handwritten initials]



contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações utilizados na licitação. (grifou-se)

Assim, caberá ao Poder Concedente indicar quais dispêndios serão ressarcidos e desde que insertos no Edital de licitação eles deverão ser ressarcidos pelo vencedor do certame. Ainda, nos termos das disposições acima descritas a autorização não cria qualquer direito a ressarcimento e caberá exclusivamente ao vencedor da licitação e nunca ao Poder Público este pagamento. Ademais, os valores a serem ressarcidos são aqueles considerados adequados pelo Poder Público. Afinal, mesmo que o ressarcimento não seja realizado com recursos públicos o valor do estudo irá impactar diretamente a competitividade do certame.

Essas regras, entretanto, costumam estar expressas no Edital de Chamamento para a apresentação de estudos, que por exemplo poderá aprovar estudos com um valor teto pré-definido ou mesmo indicar que os valores totais aprovados pelo Poder Público e referentes a componentes do estudo efetivamente utilizados durante o processo licitatório serão integralmente ressarcidos.

Portanto, existe sim um espaço de discricionariedade da Administração Pública, mas que ao menos como prática usual no Estado do Paraná já é preenchido quando da Resolução de Chamamento e da deliberação do Conselho Gestor de Concessões. Como não consta do presente protocolado a Resolução de Chamamento e tampouco a deliberação de autorização de realização de estudos referentes a PMI que levou ao questionamento, não se pode afirmar como se dará um eventual ressarcimento.

2. Os estudos realizados podem ser disponibilizados aos demais interessados na fase pré-licitatória, como por exemplo numa audiência pública?

Como já mencionado, o objetivo dos estudos, investigações, levantamentos, projetos etc. em momento anterior ao procedimento licitatório em si é de fornecer um subsídio de informações e dados para a elaboração do edital de concessão. Há, portanto, uma dupla função da confecção deste material: auxiliar o Poder Concedente na elaboração do instrumento convocatório; e informar aos demais e possíveis interessados em participar do certame as



condições fáticas, aspectos econômico-financeiros e questões jurídicas atinentes ao objeto da licitação.

Os estudos que são produzidos em uma PMI são cedidos ao Poder Concedente sem que isso gere direito a ressarcimento ou indenização, como deixa claro o art. 10 do Decreto Estadual nº 6.823 de 21 de dezembro de 2012 acima transcrito.

Desta forma, conclui-se que os estudos, projetos, levantamentos etc. devem ser publicizados de modo que permaneçam à disposição dos demais interessados em participar do certame licitatório, mesmo no âmbito de uma fase pré-licitatória. Afinal, pensar de forma contrária inviabilizaria o regular andamento do processo licitatório, já que esta publicização é inevitável na etapa por exemplo de audiência pública. Ainda, faria com que a doação dos estudos que é incondicionada nos termos do inciso VII do art. 10 do Decreto Estadual nº 6823 de 21 de dezembro de 2012 acima transcrito pudesse ser sujeita a condicionantes.

Por fim, nos termos do §1º do já mencionado art. 10 o Decreto Estadual nº 6823 de 21 de dezembro de 2012 caso nos estudos conste informação comercial sensível do autor da PMI é possível que se solicite sigilo acerca desta informação específica, o que se constitui em providência possível e lícita, mas excepcional.

3. Caso o certame licitatório resulte deserto ou fracassado, surgirá uma obrigação indenizatória para o Poder Concedente relativo ao investimento feito pelo parceiro privado na elaboração dos estudos?

Deve-se observar que a PMI permite que pessoa jurídica de direito privado, através de uma autorização conferida pela Administração, atue durante a fase preparatória da licitação, por sua conta e risco, na realização de levantamentos, análises e estudos de viabilidade.

No âmbito da regulamentação estadual o Decreto Estadual nº 6.823 de 21 de dezembro de 2012 já transcrito quando da resposta ao primeiro questionamento deixa claro, em especial no §1º do art. 21 que não haverá em nenhuma hipótese ressarcimento pelo Poder Público, tratando-se de responsabilidade exclusiva do eventual vencedor do processo



licitatório. Nas hipóteses de licitação deserta ou fracassada como não há vencedor do processo licitatório não haverá qualquer ressarcimento pelos investimentos feitos nos estudos. A proibição constante do decreto acima transcrito é inevitável já que se o Poder Público quiser pagar por estudos necessários a realização de processo licitatório deverá fazer licitação para contratação de consultoria ou empresa especializada.

Destaque-se, também, em âmbito federal o processo de PMI correrá por conta e risco da (s) empresa (s). Veja-se a literalidade do art. 2º da Lei Federal nº 11.922/2009:

“Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.” (grifou-se)

Deste modo, caso a licitação venha a resultar deserta ou fracassada, não há que se falar no surgimento de qualquer obrigação de indenizar para o Poder Concedente, haja vista que a obtenção da autorização tem escopo apenas de permitir que parceiros privados realizem estudos e coletem dados relativos ao objeto do futuro certame. O ressarcimento, portanto, é incerto, vez que depende da conclusão com êxito do processo de licitação. Segundo Eduardo Jordão e Tarcila Reis,

“Em primeiro lugar, o ressarcimento dos estudos, no caso de manifestações de interesse, não é certo. De acordo com a regulação e a prática atuais, o autor dos estudos pode ficar sem qualquer ressarcimento em duas hipóteses: (i) quando os seus estudos não tenham sido os escolhidos para embasar projeto público posteriormente licitado e (ii) quando a Administração desista de executar o projeto e não realize licitação posterior. [...] Quanto à segunda hipótese, não há, na regulação e na prática atuais das manifestações de interesse, qualquer garantia ou dever de ressarcir, caso o Poder Público finalmente decida não licitar o projeto objeto dos estudos. Ou seja, caso não haja licitação, a Administração não tem o ônus de arcar com qualquer custo decorrente da realização de estudos. Sob uma perspectiva imediata, a inexistência de um dever de ressarcimento é benéfica para o Poder Público, que pode postergar a decisão de realizar ou não um projeto público para quando os estudos já estiverem prontos.”¹

¹ REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 224-226.

M U M



Ainda, a regulamentação da União Federal que encontra-se no Decreto Federal nº 8428 de 2 de abril de 2015 no art. 16 adota a solução similar, afirmando no caput que caberá exclusivamente ao vencedor da licitação o eventual ressarcimento da PMI, bem como em seu parágrafo único assevera que *"em nenhuma hipótese, será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projetos, levantamentos, investigações e estudo."*

Aqui deve-se observar que a discricionariedade da Administração Pública deve ser exercitada com transparência e boa-fé. Portanto, é salutar deixar claras as regras para o ressarcimento da PMI no Edital de Chamamento e na Autorização para iniciar os estudos da PMI, indicando expressamente que não caberá indenização nos casos de licitação frustrada ou deserta. Entretanto, a ausência não produzirá direito à indenização já que a regra consta do já transcrito Decreto Estadual nº 6823 de 21 de dezembro de 2012.

Desta forma, ampliando a conclusão anterior de que nos casos de licitação frustrada ou deserta inexistente dever de ressarcimento pelo Poder Público, pode-se dizer também que mesmo se a Administração desistisse da execução do projeto tal dever não surgiria para si, haja vista que tal incumbência é do vencedor do certame por força de lei.

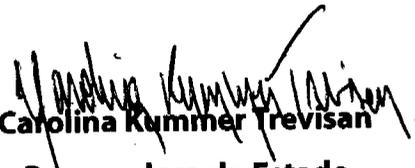
São estas as respostas à consulta formulada.

É a informação que se submete à apreciação superior.

Curitiba, 24 de fevereiro de 2017.


Vinicius Klein

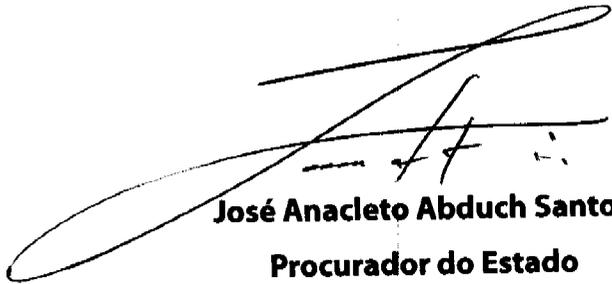
Relator e Coordenador
Procurador do Estado


Carolina Kummer Trevisan

Procuradora do Estado



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Assessoria Técnica do Gabinete do Procurador-Geral



José Anacleto Abduch Santos
Procurador do Estado



Fernando Borges Mânica
Procurador do Estado

Paulo Roberto Ferreira Motta
Procurador do Estado

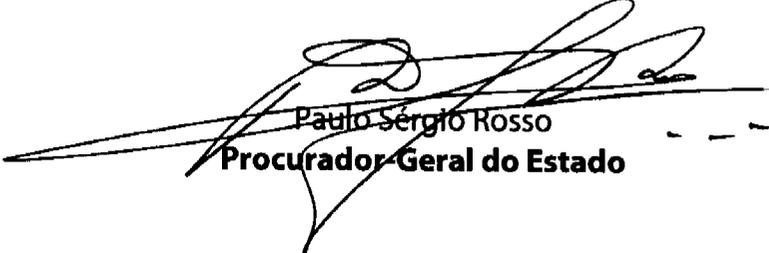


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 14.398.103-7
Despacho nº 85/2017 - PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 08/2017-PGE, da lavra dos Procuradores do Estado, Vinicius Klein, Carolina Kummer Trevisan, José Anacleto Abduch Santos, Fernando Borges Mânica e Paulo Roberto Ferreira Motta, em 09 (nove) laudas, por mim canceladas;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI - CGTI, para catalogação e divulgação, bem como à Procuradoria Consultiva - PRC, para ciência;
- III. Restitua-se à Casa Civil - CC.

Curitiba, 10 de março de 2017.


Paulo Sérgio Rosso
Procurador-Geral do Estado