

RODOVIA TRANSCERRADOS

MODELAGEM JURÍDICA

MODELAGEM JURÍDICA

PROJETO RODOVIA TRASCERRADOS

CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA MODALIDADE CONCESSÃO PATROCINADA PARA CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE CONSTRUÇÃO, CONSERVAÇÃO, RECUPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS E OPERAÇÃO RODOVIÁRIA DOS TRECHOS DAS RODOVIAS TRASCERRADOS E ESTRADA PALESTINA.

FEVEREIRO / 2021

TERMO DE ABERTURA

O Estado do Piauí, por meio do Ofício nº 162/2019-SUPARC, autorizou a empresa HOUER CONCESSÕES a realizar os estudos de modelagem técnica, econômico-financeira e jurídica para a concessão, por meio de parceria público-privada, da Rodovia PI 397 – Transcerrados – e PI 262 – Estrada Palestina.

Esse documento contém toda a modelagem jurídica necessária para a realização do Programa de Exploração Rodoviário (PER) da RODOVIA TRANSCERRADOS e ESTRADA PALESTINA, conforme discriminado abaixo:

- **Rodovia PI 397 – Transcerrados – Trecho 1 – Pavimentado e Não Pavimentado**

Entrº PI 247/BR 324 (p/ Sebastião Leal) - Divisa Uruçuí/Sebastião Leal – Final da Pavimentação Atual com extensão de 92,3 km,

Final Pavimentação Atual (km 92,3) - Entrº Acesso Distrito Nova Santa Rosa com extensão de 24,8 km

- **Rodovia PI 397 – Transcerrados – Trecho 2 – Em leito natural**

Entrº Acesso Distrito Nova Santa Rosa - Entrº PI 395 - Entrº PI 392 – Divisa Municípios Currais/Bom Jesus - Entrº PI 262 (Estrada Palestina) com extensão de 118,90 km

Extensão total da PI 397: 236,0 km

- **Rodovia PI 262 – Estrada Palestina – Pavimentado**

Entrº PI 397 (km 235,94) - Entrº BR 0135 (p/ Bom Jesus) com extensão de 40,8 km.

A modelagem jurídica foi construída de forma a compatibilizar os estudos realizados, resguardando a legalidade e o atendimento aos princípios norteadores da Administração Pública.

Com base nos estudos apresentados no modelo técnico e no modelo econômico-financeiro, o modelo jurídico apontou os mecanismos legais para a execução do projeto, tendo como foco norteador a escolha do modelo de contratação mais adequado.

Os estudos foram elaborados por profissionais preparados para fornecer assessoria em projetos de diversos segmentos com segurança e qualidade.

No presente caderno foram desenvolvidos os seguintes tópicos:

Introdução;

Modelo jurídico Institucional;



Marcos Regulatórios;

Benchmarking;

Arranjo de garantias;

Matriz de riscos;

Minuta do Edital, do contrato administrativo e demais documentos ao processo licitatório.

Por fim, os estudos jurídicos sugerem, especialmente, a celebração de contrato de parceria público-privada para a execução do objeto contratual, haja vista, além da autorização legislativa expressa, a sua vantajosidade técnica e econômico-financeira em relação aos demais modelos de contratação.



SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL	7
3	A EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES NO BRASIL.....	8
4	CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	11
4.1	Natureza jurídica da concessão de serviços públicos	13
4.1.1	<i>Modalidades de Concessões</i>	16
5	DEFINIÇÃO DO MODELO JURÍDICO A SER ADOTADO	21
5.1	Concessão Patrocinada – Modalidade adotada para o projeto.....	21
6	MARCOS REGULATÓRIOS.....	25
7	AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO.....	28
8	BENCHMARKING	30
8.1	Rodovia MG 050	30
8.2	Rodovia dos Tamoios – São Paulo	31
9	ARRANJO DE GARANTIAS	32
9.1	Aspectos Gerais	32
9.2	Modalidades de garantia a serem prestadas pelo Poder Concedente.....	33
9.2.1	<i>Vinculação de Receita</i>	33
9.2.2	<i>Instituição ou utilização de Fundos Especiais</i>	33
9.2.3	<i>Contratação de seguro garantia com Companhias</i>	34
9.2.4	<i>Garantia prestada por organismos internacionais</i>	34
9.2.5	<i>Fundo garantidor ou empresa estatal criada para tal fim</i>	35
9.2.6	<i>Empresas estatais criadas para específica finalidade</i>	35
9.2.7	<i>Outros meios admitidos em lei</i>	35
9.3	Arranjo de garantias proposto – prestadas pelo Poder Concedente.....	36
10	MATRIZ DE RISCOS	37
11	REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	39
12	MINUTA DE EDITAL E ANEXOS PARA O PROCESSO LICITATÓRIO.....	40
13	CONCLUSÃO.....	41

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de dimensões continentais e apesar de ter uma costa marítima e uma bacia hidrográfica perfeitamente navegáveis, elas são muito pouco exploradas para a logística. Historicamente, o transporte rodoviário sempre foi dominante, com reduzidos investimentos às modalidades ferroviária e fluvial.

Estima-se que mais de 60% das cargas sejam transportadas pela via rodoviária. O Brasil tem a quarta maior rede de estradas e rodovias do mundo, em quase 1,8 milhões de quilômetros de extensão. A frota de caminhões e ônibus é estimada em cerca de 40 milhões de veículos.

Logo, é inegável a importância do Sistema Rodoviário brasileiro para o desenvolvimento do país, além de ser necessário como instrumento para possibilitar o cumprimento dos objetivos traçados no art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

A infraestrutura rodoviária repercute diretamente em todas as atividades econômicas, considerando o transporte e a logística da produção, produzindo reflexos sociais. Portanto, vias inadequadamente projetadas e malconservadas aumentam os custos operacionais das empresas e o número de acidentes, ou seja, influenciam no chamado “custo Brasil”¹.

A região nordeste do Brasil vem ganhando visibilidade e importância no cenário rodoviário brasileiro, em virtude do desenvolvimento do agronegócio. Em 2018, o Piauí produziu 4,23 milhões de toneladas de grãos, consolidando o Estado como o 3º maior produtor da região nordeste. Os dados foram divulgados pelo IBGE, através da pesquisa Produção Agrícola Municipal (PAM).

No entanto, a grande produção do Estado do Piauí não se limita à soja, sendo certo que possui vasta produção de feijão, arroz, milho e castanha de caju.

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento da região piauiense, considerando, principalmente, o seu grande potencial na produção do agronegócio e a sua necessidade de um escoamento rápido e eficiente da produção.

¹ O Custo Brasil é um termo genérico, usado para descrever o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem o investimento no Brasil, dificultando o desenvolvimento nacional, aumentando o desemprego, o trabalho informal, a sonegação de impostos e a evasão de divisas.

Dessa forma, para o escoamento satisfatório da produção nos estados nordestinos, sobremaneira no Estado do Piauí, faz-se necessária uma infraestrutura moderna, que ofereça aos usuários do Sistema Rodoviário brasileiro fluidez no trânsito, segurança e conforto.

Assim, considerando a necessidade de buscar soluções que atendam a um novo modelo para o transporte rodoviário do Estado, foram realizados estudos técnicos, que coloca à disposição do usuário uma rodovia com maior qualidade, segurança e fluidez. Para isso, foi prevista a recuperação das vias existentes, a prestação de serviços, como por exemplo, ambulância e guincho, e a conservação e manutenção dos trechos durante o contrato de concessão.

O modelo de negócios e as informações dos demais estudos foram essenciais para elaboração do Programa de Exploração Rodoviária (PER), que contém as obrigações contratuais, bem como as diretrizes técnicas, previsão das normas e, principalmente, os parâmetros de desempenho, a fim de garantir a qualidade da infraestrutura e a disponibilização dos serviços prestados aos usuários.

No âmbito dos estudos de demanda foi possível calibrar o gatilho de investimentos para ampliação da capacidade das rodovias condicionadas ao volume de tráfego, tanto para duplicações quanto para faixas adicionais, com intuito de manter o nível de serviço da rodovia e, conseqüentemente, proporcionar uma correlação positiva entre os investimentos e os benefícios gerados.

1 MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL

O Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, desempenhando, nesse caso, uma gestão direta dessas atividades. Entretanto, existe a possibilidade de o Estado delegar a terceiros a prestação daqueles serviços, gerando, consequentemente, o sistema da descentralização destes.

A classificação básica das concessões as divide em duas categorias: (1º) concessões comuns; (2º) concessões especiais. As concessões comuns são reguladas pela Lei Federal nº 8.987/95, e comportam duas modalidades: (1º) concessões de serviços públicos simples; e (2º) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Sua característica consiste no fato de que o Poder Concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário, sendo certo que todos os recursos deste provêm das tarifas pagas pelos usuários.

De outro lado, as concessões especiais são reguladas pela Lei Federal nº 11.079/04, e se subdividem em duas categorias: (1º) concessões patrocinadas e (2º) concessões administrativas. As concessões especiais são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe contraprestação pecuniária do Poder Concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de “parcerias público-privadas”.

2 A EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES NO BRASIL

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas a obtenção de melhores resultados; de outro, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado².

O Estado brasileiro, inicialmente, só conhecia a prestação direta das diversas atividades públicas, nelas incluindo o serviço público e os investimentos em infraestrutura. A prestação das atividades públicas se dava, portanto, por intermédio dos órgãos que compõem o próprio aparato administrativo estatal.

Paulatinamente, o uso do instituto entrou em declínio, haja vista que o Estado “privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a esse ponto, o seu declínio se tornou inevitável”³.

Passou-se, então, com o decorrer do tempo, à criação de sociedades de economia mista e empresas públicas. A descentralização funcional, também conhecida como técnica, ocorre quando, por lei, o Estado cria pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou autoriza a sua criação, e a elas transfere a execução de um serviço público⁴.

Essa nova forma de descentralização dos serviços mantém o poder de controle do Estado sobre o concessionário e a fixação de preços, mas, por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do Poder Concedente, pois este é o acionista majoritário das empresas. Perde-se a grande vantagem da concessão, qual seja, de poder prestar serviços públicos sem a necessidade de altos investimentos pelo Estado.

Na segunda metade do século XX, a presença estatal é quase exclusiva no setor de infraestrutura, por exemplo, no transporte ferroviário, na energia elétrica e nas telecomunicações⁵.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 291.

³ Bilac Pinto. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, número especial, p. 257-270, 1995

⁴ Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 292-296.

⁵ Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. Concessão, regulação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996. p. 58.

Gradativamente, observou-se o ressurgimento das concessões, descentralização por colaboração, que coincidiu com o período iniciado com o programa de Reforma do Estado, desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90 do século passado e que teve seu ápice no período compreendido entre 1994-2002, com a privatização de grandes empresas federais e flexibilização do monopólio de serviços públicos. Os setores elétrico, de telecomunicações, de ferrovias, de portos e, no caso dos Estados, o de rodovias, foram os que concentraram o maior número de concessões.

No âmbito do setor rodoviário o fenômeno não foi diferente⁶. A concessão foi a alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar a ausência de recursos financeiros para a manutenção, ampliação e construção das vias rodoviárias (ausência de condições econômicas para o necessário custeio), especialmente considerando a opção político-administrativa feita no passado e, aparentemente, reafirmada no presente pelo transporte essencialmente rodoviário.

Com o avanço de tantas concessões, o período subsequente veio marcado por outros desafios. Nesta nova fase, o foco deixou de ser a redução do Estado e a venda de ativos públicos para mirar na criação de novos negócios, capazes de ampliar a oferta de infraestrutura pública.

A propósito, ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro⁷:

Com o movimento de privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; b) pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, em sua forma tradicional, mediante realização de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei n. 8.987, de 13.2.95. Ainda avançando na evolução do instituto, a Lei n. 11.070/04 instituiu a chamada parceria público-privada, como espécie de contrato administrativo que abrange duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...] (PIETRO, 2006).

⁶ Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 293-294.

⁷ Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 293.

Atualmente, a Concessão está disciplinada no Brasil pela Lei Federal nº 8987⁸, de 13 de fevereiro de 1995, e pela Lei Federal nº 9.074⁹, de 7 de julho de 1995, além da legislação esparsa sobre serviços específicos, assim entendida a “Concessão Comum”.

Em 30 de dezembro de 2004, foi editada a Lei Federal nº 11.079, conhecida por Lei de PPP (Parcerias Público-Privadas)¹⁰ que, aproveitando experiências internacionais positivas iniciadas na Inglaterra, ampliou o escopo do contrato de concessão, na medida em que disciplinou o oferecimento pelo Poder Concedente à concessionária de serviço ou de obra pública de garantia de pagamento de valores não tarifários.

A Lei de Parcerias Público-Privadas inovou o instituto das concessões criando outras duas novas modalidades, com características próprias, mas similares na transferência da função estatal para a iniciativa privada, sendo elas a **concessão patrocinada** e a **concessão administrativa**, que serão objeto de análise em momento posterior.

⁸ Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995 - *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

⁹ Lei nº 9074 de 07 de julho de 1995 - *Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.*

¹⁰ Lei nº 11079 de 30 de dezembro de 2004 “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”.

3 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado; mais ainda, é um meio para a realização de valores constitucionais fundamentais¹¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define concessão, em sentido amplo, como “[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”¹².

Trata-se de técnica de gestão administrativa. Portanto, é modelo de atuação típica da função administrativa e tem na lei seu necessário fundamento. O direito transferido temporariamente (pode ser retomado a qualquer tempo) é próprio do Estado e instrumental à consecução do interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles concessão é “o ajuste pelo qual administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”¹³.

Ainda sobre a concessão, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ assim manifestou o seu entendimento:

[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” (MELLO, 2009).

A concessão é, antes de tudo, uma técnica de gestão administrativa. Por seu intermédio, muitas das tarefas que compõem a função administrativa podem ser transferidas à iniciativa privada.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 713.

¹² Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 289.

¹³ Direito administrativo brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 267

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

É possível transferir o direito de exercer uma atividade pública, como se faz na concessão de serviço público e na de obra pública, ou o direito de usar um bem público.

A distinção entre as espécies do gênero concessão está intrinsecamente ligada ao objeto concedido e à forma de remuneração do concessionário.

A premissa fixada é essencial para os objetivos deste trabalho: identificar na exploração das rodovias uma atividade nuclear que se constitui em serviço público, o que permite que a outorga de sua exploração seja disciplinada pelos marcos normativos aplicáveis à concessão de serviço público (comum ou nas modalidades de parceria público-privada), precedida ou não de obra pública, e sobre os influxos dos princípios constitucionais que disciplinam a prestação do serviço público.

Independentemente de seu objeto, a concessão é um instrumento de transferência da execução de atividades públicas, que podem ser delegadas a particulares.

Portanto, a lei é seu fundamento necessário. A decisão de conceder deve estar autorizada por lei, bem como devidamente justificada pelo administrador como a melhor forma de gerir o patrimônio público (art. 5.º da Lei Federal nº 8.987/1995), ou seja, como a opção que melhor atende ao interesse público objetivado. A decisão de gestão indireta dos bens e serviços públicos, a par de discricionária, não é arbitrária.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Sobre a natureza jurídica da concessão de serviços públicos, muitas teorias procuraram explicá-la em um grande debate.

Há doutrinadores que atribuem a referida relação um caráter orgânico, consistindo a concessão na criação de um órgão da Administração, o concessionário.

Por outro lado, há os que entendem que a relação jurídica formada entre concedente e concessionário tem caráter contratual, seja privado ou público, apartando o concessionário da estrutura orgânica da Administração e caracterizando-o como sujeito colaborador.

A corrente que adota a natureza contratual privada da relação de concessão aponta como características daquela a atuação do concessionário em nome próprio, sua autonomia em relação ao Poder Concedente, bem como o fato de a Administração procurar na relação concessória desresponsabilizar-se do exercício da atividade concedida¹⁵.

Além disso, a corrente doutrinária que vê na relação de concessão um contrato de natureza pública – contrato administrativo – imputa a este caráter normativo regulamentar, legitimador da relação entre concessionário e utentes. Assinala essa corrente o caráter dissimétrico, mas também misto ou complexo, da relação contratual, pois, além dos direitos e deveres contratuais, a Administração concedente detém poderes de autoridade aos quais sujeita-se o concessionário (cláusula de sujeição)¹⁶.

No Brasil, a concessão tem previsão constitucional, conforme os arts. 175 e 223; arts. 21, incisos XI e XII, e art. 25, § 2.º, da Constituição da República de 1988, e como já disposto neste estudo, está disciplinada em leis federais: Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição da República e dá outras providências; Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências; Lei nº 9.648/1998, que altera a lei anterior; e Lei nº 8.666/1993, com as alterações da Lei nº 8.883/1994 (aplicadas subsidiariamente naquilo que não contrariarem as normas anteriores); Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, não mencionando as diversas leis setoriais.

No Estado do Piauí, as concessões têm previsão na Constituição Estadual e estão disciplinadas no Programa de Parceria Público-Privada, Lei nº 5.494/2005, além de estarem

¹⁵ Gaetano Azzariti e G.B. Garrone. La concessione di opera pubblica nelgi ordenamenti italiano e comunitário. Napolis: Jovene, 1993.

¹⁶ Pedro Gonçalves. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 193.

devidamente previstas no Plano Plurianual – Lei nº 7.326/2019, Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020 – Lei nº 7.242/19 e Lei Orçamentária Anual – Lei nº 7.325/19.

Sobre o marco regulatório das concessões no Estado do Piauí será dedicado um capítulo especial para abordar o tema.

Apesar de as leis hoje vigentes considerarem a concessão um contrato, referida natureza jurídica é combatida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁷, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ e por Jacintho Arruda Câmara¹⁹.

Historicamente, conforme Mário Masagão²⁰, o Direito Positivo brasileiro sempre se referiu à concessão como um contrato, desde a primeira regulamentação do tema, que surgiu em 1828, até a atual Constituição, art. 175, parágrafo único.

De outro giro, atribuem natureza contratual à concessão Hely Lopes Meirelles²¹, José Cretella Jr.²², Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, Mário Masagão e Lúcia Valle Figueiredo.²⁴

De qualquer maneira, importa notar que a corrente que confere natureza jurídica contratual à relação formada entre concessionário e Poder Concedente privilegia o aspecto de a formação e validade do vínculo exigirem o consenso do particular, não desconhecendo, referida corrente, que a Administração mantém sua posição de autoridade no que é exigível para a busca do interesse público, especialmente considerando-se a natureza do objeto concedido – serviço público ou bem público, sobre o qual recaem regras de competência administrativa.

A manutenção do poder de autoridade da Administração – posição jurídica peculiar –, necessária à busca do interesse público, a depender de cada tipo de contrato administrativo, pode advir, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, da própria lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica, mas, segundo entendemos, esse fato, por si só, não prejudica a definição de referidos vínculos jurídicos como contratos.

¹⁷ Natureza jurídica da concessão de serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Porto Alegre, ano III, v. 2, p. 859-899, 1951.

¹⁸ Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 68; Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 706.

¹⁹ Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48, nota 41.

²⁰ Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 287; Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 97.

²¹ Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 338.

²² Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 242.

²³ Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72.

²⁴ Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100.

²⁵ Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 573.

De outro lado, no Brasil, a natureza contratual da relação concessória advém do próprio texto constitucional, aspecto supra explicitado, tornando a discussão quanto à sua natureza jurídica por isso mesmo infrutífera, se considerado o Direito Positivo nacional.

O posicionamento jurisprudencial, mesmo antes da Constituição da República de 1988 e da edição da Lei nº 8.987/1995, já cristalizava junto aos Tribunais a natureza contratual da outorga de serviços e obras públicas²⁶.

Independentemente da teoria (a que considera ato unilateral; a que considera contrato ora público, ora privado; a que considera um negócio jurídico misto), o que se percebe é que nunca se negou a existência de um regime jurídico especial nas concessões, ou seja, a presença de prerrogativas da Administração concedente, quer esta se dê em razão de seu objeto (prestação de serviço público ou bens públicos), quer porque envolve um negócio jurídico com o Estado, seja sob a forma de contrato público ou privado.

Para que a parceria entre o público e o privado tenha êxito, o uso do instituto jurídico da concessão pressupõe um diálogo constante entre contratante e contratado e a ciência de que o caráter especial do contrato de concessão significa, antes de tudo, o estabelecimento de uma relação dinâmica, negociada e concertada

Ao contrário, há um esforço dos estudiosos de Direito Administrativo para afirmar a existência de um regime jurídico especial de direito público nas concessões²⁷.

Diante de tantas questões, o certo é que, conforme assinalam Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald²⁸, o contrato de concessão compreende-se na qualificação de contrato de colaboração ou de cooperação, porque o concessionário realiza o escopo contratual, diversamente do que ocorre nas demais modalidades contratuais, no interesse coletivo, daí sua maior flexibilidade para que sejam superadas, sem prejuízo da obra ou do serviço, as situações imprevistas, as decorrentes da complexidade e especificidade de algumas obras e serviços. Soma-se a referidos fatores o fato de nem sempre ser possível um planejamento prévio e detalhado que alcance todas as variáveis que podem surgir durante o longo prazo contratual.

²⁶ TF, Ag. 42.854. rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 07.05.1968, DJ 28.06.1968; MS 17.957, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 06.12.1967, Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, n. 456, p. 144, out. 1968, e RMS 1.604-3/TO, Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, n. 52, p. 297-305, dez. 1993.

²⁷ Marçal Justen Filho. As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de Direito Público de Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 1, p. 108-109, 2003.

²⁸ O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108-109.

Considerando as rodovias, o Poder Público terá como tarefa, já a partir da escolha do tipo de critério de julgamento, disciplinado pela Lei Federal nº 8.987/1995, ou pela Lei Federal nº 11.079/04, alcançar o ponto ótimo com a prestação de um serviço adequado, o que dependerá da definição de conceitos e parâmetros contratuais (planejamento) e de um adequado gerenciamento (regulação), porquanto o contrato de concessão é de longa duração e dificilmente as condições fáticas existentes no princípio permanecerão inalteradas.

3.1.1 MODALIDADES DE CONCESSÕES

Considerando a matéria abordada nesta modelagem jurídica concernente ao projeto desenvolvido pela Superintendência de Parcerias do Piauí – SUPARC PI, com vistas a transferir para a iniciativa privada **os serviços públicos de construção, conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais do Piauí, assim divididos em três lotes: Rodovia PI 397 – Transcerrados – Trecho 1 – Pavimentado e Não Pavimentado; Rodovia PI 397 – Transcerrados – Trecho 2 – Em leito natural; Rodovia PI 262 – Estrada Palestina - Pavimentado**, este capítulo dedicar-se a abordar as seguintes modalidades de concessão:

- *Concessão de serviço público, comum ou tradicional;*
- *Parceria Público-Privada: Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa.*

3.1.1.1 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMUM OU TRADICIONAL

Trata-se de modalidade de concessão que se caracteriza pela gestão indireta de um serviço público. Em regra, está associada a outras modalidades da técnica concessória, por exemplo, a de obras públicas e a de utilização e/ou exploração de bens do domínio público.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹, concessão de serviço público ordinária, comum ou tradicional é aquela em que a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço.

Tradicionalmente, a concessão de serviço público é reputada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública outorga a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

²⁹ Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64.

Dos elementos contidos no conceito acima descrito evidenciam-se traços marcantes da forma de contratação que a Lei Federal nº 11.074/2004, convencionou chamar de concessão comum.

Considerando o Direito Positivo brasileiro, o ponto distintivo entre a concessão comum e as novas modalidades de contratação pública, principalmente as introduzidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, reside na forma de remuneração do concessionário e na distribuição dos riscos dos empreendimentos.

Na concessão comum, ou seja, naquela disciplinada pela Lei Federal nº 8.987/1995, a remuneração do concessionário decorre da exploração do serviço, essencialmente pela cobrança de tarifas, podendo o concessionário ser remunerado por receitas alternativas, ou pelo incremento de receitas acessórias, complementares ou provenientes de projeto associados, enquanto nas modalidades de concessão regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, há contraprestação parcial ou total do Poder Público.

Quanto à distribuição dos riscos dos empreendimentos na modalidade comum, no art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei Federal nº 8.987/1995, há a previsão da assunção da execução da obra ou serviço por conta e risco do concessionário. Por seu turno, a Lei Federal nº 11.079/2004, estabelece, como uma de suas diretrizes, a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Evidentemente, o objeto dessa espécie de concessão, quer na modalidade disciplinada pela Lei Federal nº 8.987/1995, quer na instituída pela Lei Federal nº 11.079/2004 (patrocinada e administrativa, excluindo-se a concessão administrativa de serviço público ao Estado), é a transferência da execução, gestão, de um serviço público stricto sensu a um terceiro, conforme exigência da Carta Magna, art. 175.

A definição legal da concessão comum de serviço público consta do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/1995, como lei nacional que é, referida espécie de concessão prevista no art. 175 e seus parágrafos não exige que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário, antes permite que esta seja uma das formas de remuneração do concessionário.

Nas palavras de Marçal Justen Filho³⁰, no Direito brasileiro, o instituto da concessão se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que implica a incidência de um plexo de princípios e regras pertinentes à relação entre o Estado, a iniciativa privada no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados.

³⁰ Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 58-59.

3.1.1.2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei Federal nº 11.079/2004, instituiu no Brasil a parceria público-privada, denominada PPP, e incorporou diversos conceitos e experiências da prática internacional, sendo influenciado diretamente pelo Direito Inglês, e criou duas modalidades de concessões, intituladas de **concessão patrocinada** e **concessão administrativa**.

A **concessão patrocinada**, pelo próprio conceito legal contido no artigo 2º, § 1º, da Lei Federal nº 11.079/2004, é modalidade de concessão de serviço público ou obra pública de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver adicionalmente à tarifa dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado³¹.

Por sua vez, a **concessão administrativa**, conforme conceito contido no art. 2º, § 2º, do referido diploma legal, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens³².

Pode-se afirmar que as parcerias público-privadas são uma das possibilidades disponíveis à Administração Pública para a oferta de infraestruturas econômicas e sociais à população.

A experiência internacional oferece evidências no sentido de serem bons projetos de parcerias público-privadas eficazes para se obter o melhor uso dos recursos públicos, a entrega da infraestrutura no prazo e orçamento previstos e a operação mais eficiente na prestação de serviços e na manutenção dos bens.

Uma das principais características das parcerias público-privadas que permite esses resultados é a adequada divisão dos riscos contratuais entre o Poder Público e o parceiro privado, a qual incentiva a inovação, a eficiência, o uso em nível ótimo dos ativos vinculados ao projeto e a gestão orientada à satisfação dos usuários.

Destaca-se, ainda, nas PPPs o oferecimento de garantias pelo Poder Concedente, um instrumento de atratividade para o mercado e de importância primordial para a viabilização dos projetos. Assim, as garantias serão oferecidas para que se tenha certeza de que, qualquer que seja o Governo, as obrigações contratuais assumidas serão integralmente cumpridas ou, caso não o sejam, os investidores terão formas de assegurar a receita contratada.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7 ed. São Paulo – Ed. Atlas. 2009 – p. 64.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7 ed. São Paulo – Ed. Atlas. 2009 – p. 64.

As garantias às obrigações pecuniárias da Administração Pública nos contratos de PPP estão dispostas no art. 8º da Lei Federal nº 11079/2004, sendo elas: (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei. O parágrafo único do art. 11 da referida lei, por sua vez, estabelece que o edital de licitação deverá especificar as garantias a serem concedidas ao parceiro privado. Portanto, as garantias acima podem ser prestadas em caráter cumulativo e não exclusivo.

Importante destacar as diferenças que envolvem a concessão comum e as concessões administrativa e patrocinada.

Diferenças entre concessão comum, administrativa e patrocinada

Especificidades	Concessão Comum	Concessão Administrativa e Patrocinada
Divisão de riscos	Apenas o parceiro privado é responsável pelos riscos do empreendimento.	Os riscos são divididos entre as partes, sendo atribuída a parte que tiver melhores condições de mitigá-los e controlá-los. Há proporcionalidade entre os direitos concedidos ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas, o que afeta positivamente o valor das propostas.
Garantias de cumprimentos	Apenas contratadas pelo parceiro privado	Também oferecidas pelo Poder Concedente, as garantias proporcionam maior confiança ao investimento por parte do parceiro privado.



Remuneração

Tarifária, desde o início do contrato, embora haja a possibilidade de instituição de subsídios públicos, disponíveis desde o momento da licitação a todos os eventuais proponentes.

Administrativa - Não tarifária obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato.

Patrocinada – O Poder Concedente paga um adicional da tarifa cobrada do usuário do serviço.



4 DEFINIÇÃO DO MODELO JURÍDICO A SER ADOTADO

4.1 CONCESSÃO PATROCINADA – MODALIDADE ADOTADA PARA O PROJETO

A infraestrutura rodoviária, conforme já exposto na introdução deste estudo de modelagem jurídica, repercute diretamente nas atividades econômicas desenvolvidas no Estado do Piauí, por exemplo, no transporte de cargas, responsável por grande parte do escoamento da produção do agronegócio, bem como no transporte de passageiros, produzindo reflexos sociais, porquanto vias mal projetadas e conservadas aumentam o consumo de combustível, os custos operacionais das empresas e o número de acidentes.

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento de uma região, mas o volume de recursos necessários para atingir o nível de serviços desejáveis para essa infraestrutura nem sempre é compatível com a capacidade financeira do Poder Público.

Destaca-se que a atividade de operação e gestão de rodovias tem interesse e relevância coletiva e abrange não só a conservação, manutenção e a ampliação das vias públicas, como o apoio ao usuário e a regulação do tráfego. Por essa razão, busca-se a satisfação do interesse da coletividade, não se resumindo à satisfação do usuário de determinada rodovia.

Acrescenta-se, ainda, que a noção de serviço público é essencialmente evolutiva e “varia segundo as exigências de cada povo e de cada época, e o que caracteriza determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.

Ademais, existe a possibilidade de o legislador ordinário alçar à categoria de serviço público uma dada atividade, considerada essencial à satisfação das necessidades coletivas em dado momento, desde que respeitados os limites constitucionais para tanto.

Dentro dessa ordem de ideias, constatamos que o legislador infraconstitucional elevou a atividade de gestão e operação de rodovias à categoria de serviço público, o que se deu sob o influxo da decisão político-administrativa de transferência do exercício dessa atividade ao setor privado, conforme depreende-se da Lei Estadual Lei nº 5.494/2005.

Assim, a questão da qualificação da atividade, gestão e operação da malha viária como serviço público é relevante, pois da sua inclusão ou exclusão na espécie concessão de serviço público advém diferentes consequências, relativas ao regime jurídico no qual se encaixa (por exemplo, a possibilidade de responsabilidade objetiva do concessionário, art. 37, § 6.º, da CR/1988).

De acordo com os estudos técnicos, econômico-financeiros realizados e a proposta desenvolvida, de forma a atender as premissas e interesses do Governo do Estado do Piauí, a CONCESSÃO PATROCINADA mostrou-se o modelo jurídico mais adequado para a implementação do projeto com vistas à execução de obras e serviços referentes às Rodovias Transcerrados e Estrada Palestina.

Neste sentido, a legislação que cuida da exploração da malha rodoviária no Brasil, especialmente no âmbito federal, alçou a atividade de operação de rodovias à categoria de serviço público. A Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, em seu art. 2º, § 1º, estatui:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Assim, considerando-se o conjunto de atividades inerentes ao Projeto com vistas a execução dos **serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção, implantação de melhorias e operação rodoviária dos trechos de rodovias estaduais no Estado do Piauí, quais sejam, Rodovia Transcerrado e Estrada Palestina**, foi definido como o melhor arranjo jurídico para a obtenção dos resultados esperados a modalidade contratual da CONCESSÃO PATROCINADA, tipificada no § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 11.079/2004.

Em primeiro ponto, a plena viabilidade econômica do Projeto dependeu da estruturação de um arranjo que permitisse uma engenharia econômico-financeira própria do modelo CONCESSIONÁRIA. Ou seja: a opção pelo regime jurídico da concessão patrocinada derivou da necessidade de estruturar um ajuste em que a construção, operação e manutenção da infraestrutura pudesse ser custeada a partir da cobrança de tarifas, acrescido de uma contra prestação do Poder Concedente.

Desta forma, decorre a necessidade de um contrato de longo prazo, de forma a diluir o custo necessário para a remuneração dos investimentos ao parceiro privado, tendo o estudo econômico-financeiro definido para um contrato com o prazo de vigência de 30 (trinta) anos de concessão.

É possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o

execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A concessão patrocinada é a modalidade de parceria público-privada que, em função do contexto do serviço de interesse público a ser prestado pelo parceiro privado, é necessário o pagamento de tarifa pelo usuário, acrescido de uma contra prestação do Poder Concedente. Nesse caso, a remuneração do parceiro privado é proveniente do pagamento das tarifas, bem como de contraprestação do Poder Público com quem tenha celebrado o contrato de concessão.

Além disso, o modelo de concessão patrocinada permite que se aplique à contratação o know-how e a lógica típicos das empresas privadas, de modo a permitir que se incorpore à infraestrutura e aos serviços rodoviários os ganhos econômicos e tecnológicos daí decorrentes.

Pode-se afirmar ainda que o modelo econômico-financeiro apresentado foi determinante na escolha da modalidade jurídica, ao estabelecer um mecanismo de pagamento para o Projeto, representado por um conjunto de procedimentos, regras e instrumentos, pelo qual o Poder Concedente definirá o valor da contraprestação mensal a ser pago à concessionária.

O mecanismo de pagamento refere-se aos pagamentos associados à prestação das obras e serviços relacionados à Rodovia Transcerrados e Estrada Palestina no Estado do Piauí, atrelados ao desempenho da concessionária pela execução do serviço.

O estudo-econômico-financeiro revelou que, no âmbito da estruturação do Projeto e considerando o volume de tráfego avaliado nas rodovias em questão, o valor estimado de arrecadação da receita tarifária – considerados os níveis socialmente desejáveis para o valor da tarifa por si só não serão suficientes para custear todo o Projeto.

Dessa forma, o modelo de renumeração proposto apresentou a necessidade de pagamento, pelo Poder Concedente, à concessionária, de contraprestação vinculada ao seu desempenho, conforme as metas e padrões estabelecidos, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei Federal nº 11.079/2004.

Em razão disso, foi necessária a integração de contraprestação pública ao sistema remuneratório da concessionária, o que impôs a configuração de um ajuste de uma concessão patrocinada.

O modelo está delineado a partir de normas gerais dispostas no art. 5º da Lei Federal nº 11.079/04, e, ainda, por normas estaduais.

O estudo econômico-financeiro revelou para o Projeto a desvantajosidade sob a modalidade de obra pública (Lei Federal nº 8.666/93) e inviabilidade sob a modalidade de concessão comum (Lei Federal nº 8987/95), inclusive e principalmente diante do valor estimado para a tarifa, que não consegue, por si só, remunerar o parceiro privado, sendo necessária contraprestação pública.

Do exposto depreende-se que a adoção do modelo jurídico da CONCESSÃO PATROCINADA para o presente Projeto justifica-se pela necessidade de integração ao sistema de remuneração da concessionária a contraprestação pública, considerando que o valor das tarifas como ajustados e respeitando os níveis sociais desejáveis, não são por si suficientes para custear os investimentos e operação do projeto.

5 MARCOS REGULATÓRIOS

Nos termos do já mencionado art. 175 da Constituição da República de 1988 a concessão possui sua previsão, nos seguintes termos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Atualmente, a concessão patrocinada está disciplinada no Brasil pela Lei Federal nº 11.079/2004³³, além da legislação esparsa sobre serviços específicos. Trata-se de lei de caráter nacional, ou seja, aplicada a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Posteriormente, os Estados e Municípios foram regulamentando a matéria, com ressalva ao Estado de Minas Gerais que foi o pioneiro no país a adotar um marco legal sobre parcerias público-privadas, antecipando-se à iniciativa da União, ao editar a Lei Estadual nº 14.868, de 23 de dezembro de 2003.

No Estado do Piauí, sua Constituição estabelece, em seu art. 189, que

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos", contendo, em seu parágrafo único a seguinte redação "As empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos sujeitam-se a permanente controle e fiscalização do Poder Público, cumprindo-lhes manter adequada execução do serviço e plena satisfação dos direitos dos usuários.

Ressalta-se que o Estado do Piauí possui em vigor um Programa de Parcerias Público-Privadas, instituído por meio da Lei Estadual nº 5494/2005, que se aplica aos entes da Administração Pública direta, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado do Piauí, bem como aplicável no que couber, às PPPs firmadas no âmbito do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

³³ Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2004 - Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Importante destacar que o art. 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 estabelece as condições para a abertura do processo licitatório:

- a) Autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: (i) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; (ii) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e (iii) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;
- b) Elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
- c) Declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- d) Estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
- e) Seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
- f) Submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, por meio de publicação na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e o seu valor estimado, com a indicação do prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo final ocorrerá com, no mínimo, sete dias de antecedência em relação à data prevista para a publicação do edital;
- g) Licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.



Conforme exposto, a abertura do processo licitatório dependerá do cumprimento de todas as exigências estabelecidas nas normas supracitadas.



6 AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO

O modelo jurídico escolhido foi analisado quanto ao atendimento às normas legais vigentes e a necessidade de adequação do ordenamento jurídico.

Em se tratando de licitações e contratação, a CR/88 em seu art. 22, inciso XXVII, dispõe ser esta matéria de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É que, embora prevista no artigo competência privativa da União, vê-se, na verdade, que caberá à União apenas editar, de forma privativa, normas gerais sobre licitações e contratos.

Dessa forma, o legislador dos demais entes federativos poderá apenas suplementar aquilo que a União dispuser na norma geral, obedecendo-se, contudo, à principiologia normativa básica. Isso pode ser comprovado a partir da leitura do art. 175 da CR/88, o qual indica que lei posterior iria dispor sobre a matéria.

Assim é a própria Constituição da República de 1988 quem determina que o sistema de concessão será sistematizado de acordo com as necessidades de cada ente federativo, observadas as peculiaridades de cada caso concreto e os limites encontrados na norma geral.

Sobre as concessões no Estado do Piauí, a matéria foi regulamentada pela Constituição Estadual, em seu art. 189, retromencionado, bem como pela Lei Estadual nº 5.494/2005, que institui o Programa de Parceria Público-Privada do Estado do Piauí, sendo esta uma lei específica que autoriza a celebração de contratos de concessões.

Para Marçal Justen Filho a necessidade de autorização legislativa estaria explicitada no art. 175, caput e parágrafo único, da CR/88. “Disso, podemos concluir que toda disposição de lei infraconstitucional que restringir a necessidade de autorização legislativa será, portanto, inconstitucional, uma vez que, se a CR/88 não faz nenhuma distinção, não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-la”.

Explica esse autor que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica.

Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouvesse sobre os contornos da concessão e permissão, no âmbito de sua autonomia federativa³⁴. “Reputa-se que o tema se enquadra no âmbito da autonomia federativa. Cada ente federativo dispõe de competência para disciplinar a organização e o funcionamento de seus serviços. Incumbir-lhe-á, como decorrência, optar por solução detalhada ou genérica, sendo inviável extrair da

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.173

Constituição outra solução, que não a de prestigiar a Federação. Isso significa adotar o entendimento de que, se tal for a opção do ente federativo, será suficiente autorização legislativa genérica, remetendo à Administração a explicitação das condições reputadas como adequadas para a delegação”.

Ainda, no mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que³⁵ “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. “[...] Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública”.

Sobre o tema preferimos comungar com o entendimento da corrente que defende a necessidade da autorização legislativa para as concessões.

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 5494/2005 que “Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Piauí - PPP Piauí e dá outras providências” é expressa sobre a autorização, em seu art. 4º, parágrafo único, inciso II, ao Estado do Piauí para celebrar parcerias público-privadas. Nesses termos, dispõe a referida norma:

Art. 4º Podem ser objeto de parcerias público-privadas:

(...)

Parágrafo único. As atividades descritas nos incisos do caput deste artigo, preferencialmente, estarão voltadas para as seguintes áreas:

(...)

II - transportes públicos, notadamente rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, hidrovias, terminais de transportes intermodais e centros logísticos;

Pelo exposto, verifica-se na Lei Estadual nº 5494/2005, em seu art. 4º, parágrafo único, inciso II, prevê a autorização legislativa expressa para a concessão da exploração de rodovias, por meio de parceria público-privada, no Estado do Piauí.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

7 BENCHMARKING

7.1 RODOVIA MG 050

O Projeto de parceria público privada da Rodovia MG-050 teve seu contrato de concessão patrocinada assinado em 21 de julho de 2007, entre a Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas – SETOP e a concessionária da Rodovia MG-050, tendo como intervenientes o Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG, e a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais - CODEMIG, conforme licitação por concorrência realizada em 07 de agosto de 2006, homologada em 09 de maio de 2007.

O objeto do projeto de PPP da MG-050 compreende a exploração da Rodovia MG-050, no trecho entroncamento BR-262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis – Formiga - Piumhi - Passos - São Sebastião do Paraíso, no trecho Entrº MG 050/Entrº BR-265 da BR 49115 do km 0,0 ao km 4,65 e no trecho São Sebastião do Paraíso – Divisa MG/SP da Rodovia BR-265, mediante a prestação do serviço pela concessionária.

O Projeto de PPP da MG-050 prevê a recuperação, ampliação e manutenção da rodovia até o ano de 2032. Essa rodovia conta com uma extensão de 371,4 km, interligando a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa com o Estado de São Paulo. Os principais Municípios influenciados por esse corredor são: Juatuba, Divinópolis, Formiga, Passos, Itaúna, Piumhi e São Sebastião do Paraíso.

Nos termos do contrato administrativo, a remuneração da concessionária será feita mediante a cobrança da tarifa de pedágio, bem como ao recebimento da contraprestação pecuniária, proporcionalmente ao seu desempenho, conforme indicado pela nota do Quadro de Indicadores de Desempenho (QID).

No que se refere à garantia de pagamento da contraprestação pecuniária do Poder Concedente ao parceiro privado, esta foi prestada pela Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG, como garantidor.

Vale salientar que no âmbito da concessão da Rodovia MG 050, a concessionária não tem qualquer possibilidade de explorar fonte acessória de receita.

Destaca-se que o Poder Concedente irá se utilizar da nota do QID, destinada a verificar o desempenho do parceiro privado, para monitorar a qualidade do serviço prestado, mensurar o valor da contraprestação a ser paga, a cada mês, à concessionária, e aplicar, quando cabível, as sanções pertinentes.

7.2 RODOVIA DOS TAMOIOS – SÃO PAULO

A Rodovia dos Tamoios liga as cidades de São José dos Campos e Caraguatatuba. Os trechos sob concessão são: Planalto, Serra e Vias de Acesso.

Quando concluídos, serão incorporados na concessão os Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião, cujas obras estão sendo promovidas pelo Estado de São Paulo.

Serão 119,05 km de estradas sob a administração da Concessionária Tamoios, compreendendo os trechos Planalto e Serra, os Contornos Norte e Sul, além de algumas vias de acesso a estes trechos.

O contrato administrativo que rege a concessão da Rodovia SP 099 – Rodovia dos Tamoios – prevê como remuneração do parceiro privado o aporte de recursos pelo Poder Concedente, a contraprestação devida a partir da conclusão da obra e implementação da Ampliação Principal, a receita tarifária dos pedágios e, por fim, possibilidade de exploração de receitas acessórias.

Com relação às garantias prestadas pelo Poder Concedente, no que toca ao aporte de recursos, será mediante financiamento e, em caráter complementar, por recursos orçamentários. Indica que enquanto pendente celebração do contrato de financiamento, o Poder Concedente se compromete a efetuar o aporte dos recursos com recursos orçamentários, assegurando seu pagamento mediante a outorga de garantias reais, pelos intervenientes garantidores Departamento de Estrada de Rodagem – DER/SP e ARTESP.

O contrato da presente concessão estabelece que a Agência de Transporte de São Paulo (ARTESP) atuará como responsável pela fiscalização e verificação do cumprimento do cronograma estabelecido, pelo parceiro privado, para o recebimento do aporte do recurso pelo Poder Público.

Por fim, insta ressaltar que para que o valor da contraprestação seja pago ao concessionário, este necessitará cumprir indicadores de desempenho descritos no contrato, podendo o incidente do coeficiente de desempenho dos serviços prestados implicar o pagamento proporcional da contraprestação ofertada, com redução até o limite máximo de 20%.

8 ARRANJO DE GARANTIAS

8.1 ASPECTOS GERAIS

As parcerias público-privadas vieram como uma forma de se traduzir a expectativa de um ambiente jurídico seguro para que aconteçam os investimentos particulares no setor público, enquanto um esforço para se contornar as agruras dos anteriores paradigmas das privatizações, contratações e concessões públicas³⁶.

Daí, essa forma excepcional de colaboração entre o setor público e o setor privado visa criar condições necessárias para um endividamento público racional, planejado e responsável, sem os perigos exacerbados do passado, causados principalmente pela baixa taxa de retorno financeiro em comparação com os altos riscos econômico, regulatório e político que implicavam, na maioria das vezes, malogro aos projetos quando de suas execuções³⁷.

Assim, depreende-se como uma das inovações das parcerias público-privadas e que traduz em segurança aos parceiros privados, a previsão de garantias a serem prestadas pelo Poder Concedente, como forma de assegurar o adimplemento das obrigações assumidas nos contratos de concessão, notadamente no que se refere ao pagamento pecuniário ao concessionário.

Desta forma, pode-se dizer que a finalidade desta garantia é permitir que o fluxo financeiro dispendido pelo parceiro público seja ininterrupto e uma vez existindo algum impedimento, logo, seriam acionadas as garantias para manter a continuidade e a saúde financeira do contrato.

Percebe-se, portanto, a relevância da estruturação do arranjo de garantias nos projetos de parceria público-privadas, sendo responsável pela segurança econômica e atratividade da concessão.

Neste sentido, em um projeto sem garantias sólidas, investidores tendem a não participar, mas se tiverem maior apetite de risco apresentam maior risco de execução e precificação mais onerosa.

Portanto, sem garantias sólidas a financiabilidade do projeto fica comprometida.

Conforme dito anteriormente, a Lei Federal nº 11.079/2004, trouxe em seu bojo as modalidades de garantias que podem ser prestadas, nos termos do art. 8º, supramencionado.

³⁶ JUSTEN FILHO – Marçal. *As PPPs sob fogo cruzado*. O Estado de São Paulo, p. B-10.

³⁷ GOMES CALDAS – Roberto Correia da Silva – *Parcerias Público-Privadas Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*, 1ª ed Editora Fórum: Belo Horizonte, 2014, p.496.

Para um melhor entendimento, vale discorrer um pouco sobre cada modalidade de oferecimento de garantia prevista em lei.

8.2 MODALIDADES DE GARANTIA A SEREM PRESTADAS PELO PODER CONCEDENTE

8.2.1 VINCULAÇÃO DE RECEITA

A vinculação de receitas deve ser realizada observando-se as limitações constitucionais, que impedem a vinculação da receita de impostos, nos termos do art. 167, inciso IV.

É necessária a autorização legislativa específica para a constituição da vinculação de receitas, o que pode oferecer certa segurança, ao passo que só poderá ser modificada/revogada mediante outra lei posterior.

Pode-se afirmar ainda, que a mera vinculação de uma dada receita pública não pode ser considerada garantia, mas apenas a indicação legal ou contratual de que certas rendas da Administração contratante serão destinadas à remuneração do contratado ou reservadas, durante certo período, para fins de pagamento se configurada hipótese de inadimplemento.

Assim, a previsão de vinculação de receitas não dispõe propriamente como medida efetiva de garantia pelo inadimplemento do Poder Concedente, mas sim como um mecanismo de pagamento da contraprestação ao concessionário. Isso porque a vinculação de receitas permite que se afetem determinadas receitas do orçamento público para o pagamento da contraprestação, de forma regular na execução do contrato, e não como forma de acionamento suplementar, caso o Poder Concedente esteja inadimplente.

Por outro lado, esse formato de garantia, apesar da sua característica de mecanismo de pagamento, em razão saúde financeira da receita que será vinculada, pode ser considerado um mecanismo sólido e seguro, que ao mesmo tempo atua como um mecanismo de pagamento e de garantia do adimplemento do Poder Concedente às obrigações pecuniárias decorrentes do contrato de concessão.

8.2.2 INSTITUIÇÃO OU UTILIZAÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS

Os fundos especiais são constituídos por um grupo de receitas especificadas por lei, que se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços. Trata-se de uma forma de gerir separadamente os recursos públicos destinados a uma finalidade específica e no caso das parcerias público-privadas destinam-se ao pagamento do parceiro privado em caso de inadimplência do Poder Público.

Por expressa previsão constitucional os fundos são criados mediante autorização legislativa, o que também dá certa margem de segurança ao parceiro privado.

Importante ressaltar que os fundos são geridos pela própria Administração Pública, em face da ausência de personalidade jurídica, o que pode elevar os riscos desta modalidade ao parceiro privado.

8.2.3 CONTRATAÇÃO DE SEGURO GARANTIA COM COMPANHIAS

Nesta modalidade de garantia tem-se o cumprimento de uma obrigação contratual decorrente de uma relação de contrato de seguro e representa uma interessante, se custosa, garantia sob o ponto de vista da liquidez e dos riscos por ele cobertos.

Em termos gerais, o seguro garantia destina-se a cobrir os riscos relacionados ao cumprimento de obrigações por parte do segurado, no caso a Administração Pública, e ocorrendo um sinistro, a seguradora pagará ao beneficiário o valor da indenização correspondente à obrigação que não foi cumprida.

Por disposição legal expressa, essa modalidade não permite que seja contratado seguro garantia com Companhias controladas pelo Poder Público, justamente como forma de dar mais segurança ao mecanismo.

Outro aspecto vantajoso do seguro é a possibilidade de designar os financiadores diretamente como beneficiários nas apólices, ao invés dos próprios parceiros privados. Assim, tanto maior será o custo de obtenção desse seguro garantia, quanto maior for o risco de inadimplemento do órgão da Administração Pública com quem se estiver contratando.

8.2.4 GARANTIA PRESTADA POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Nesta modalidade a garantia é prestada por órgãos internacionais de financiamento, tais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE, a Corporação Financeira Internacional – IFC, o Banco Japonês para a Cooperação Internacional – JBIC ou a Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), ou de bancos privados que não sejam controlados pelo Poder Público, desde que respeitadas as regras aplicáveis ao contingenciamento de crédito ao setor público, definidas pelo Conselho Monetário Nacional e emitidas pelo Banco Central do Brasil.

Neste formato, em razão da credibilidade das organizações internacionais e das instituições bancárias (não controladas pelo Poder Público) as garantias prestadas por eles gozam de muita segurança ao concessionário, porém a burocracia para a efetivação da contratação desta modalidade e os custos elevados são considerados pontos desfavoráveis à utilização deste mecanismo de garantia.

8.2.5 FUNDO GARANTIDOR OU EMPRESA ESTATAL CRIADA PARA TAL FIM

Esta previsão normativa não dispõe exatamente de uma modalidade de garantia, mas de instrumentos por meio do qual pode ser estruturado o mecanismo.

Neste caso por tratarem de dois institutos diferentes, cumpre discorrer um pouco sobre cada um deles separadamente.

8.2.6 FUNDO GARANTIDOR:

Possui natureza jurídica distinta dos fundos especiais. O Fundo Garantidor tem natureza jurídica de direito privado e é constituído sob regulamentação especial da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O Fundo Garantidor pode ser constituído por qualquer ente federativo, desde que mediante lei específica e, para a garantia do parceiro privado, este fundo deverá ter natureza privada, personalidade jurídica e patrimônio próprio, distinto dos seus cotistas.

Como ponto desfavorável deste mecanismo alerta-se para o risco de controle do fundo pelo próprio Poder Concedente, adicionado ainda a um mesmo Fundo Garantidor ser utilizado para mais de um contrato de parceria público-privada.

8.2.7 EMPRESAS ESTATAIS CRIADAS PARA ESPECÍFICA FINALIDADE

Semelhante aos Fundos Garantidores, as empresas estatais constituídas para essa finalidade são aptas a ofertar a garantia nos contratos de PPP.

Na hipótese de constituição de sociedade estatal garantidora, a avaliação acerca da modalidade de garantia adotada passará pelo tema de regularidade da constituição da companhia e seu regime jurídico, seguindo regularidade para avaliação da segurança e liquidez da modalidade adotada de garantia.

Tratando-se especificamente de entidade estatal, consigna-se que sua constituição dependerá de prévia autorização legislativa nos termos da Constituição, cabendo a sua regulamentação por decreto.

8.2.8 OUTROS MEIOS ADMITIDOS EM LEI

Nesta hipótese, o legislador deixou aberta a possibilidade de prestação de garantia, podendo ser utilizados os mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta sorte, cabe apenas destacar alguns deles, como o penhor, a hipoteca, a alienação fiduciária de bens e ativos, cessão fiduciária de créditos, fiança, etc.

8.3 ARRANJO DE GARANTIAS PROPOSTO – PRESTADAS PELO PODER CONCEDENTE

Um dos aspectos fundamentais para o sucesso das parcerias público-privadas diz respeito à saúde financeira e à segurança jurídica das garantias que serão prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado, para a cobertura de eventuais inadimplementos que possam ocorrer ao longo da concessão. Assim, quanto mais sólida a garantia, maiores as chances de sucesso do projeto, tendo em vista a sua maior atratividade para o mercado.

A estruturação de garantias públicas em projetos de PPPs tende a ser um processo de significativa complexidade, cuja dificuldade varia desde a identificação de ativos até a definição dos mecanismos de execução.

Nesta perspectiva, e considerando a capacidade econômico-financeira dos entes públicos e a disponibilidade de ativos, a vinculação de receitas tem sido uma opção cada vez mais utilizada. Ela visa a otimizar a aplicação do fluxo de caixa do ente federado, permitindo que recursos possam também ser utilizados como garantia pública em PPP.

Para fins de prestação de garantias públicas, os estudos realizados indicaram pela estruturação de um modelo de garantia por meio da vinculação de receitas da Administração Pública, considerando principalmente as características dos recursos disponíveis pelo Estado do Piauí para serem destinados a este fim.

A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) é uma contribuição, instituída pela União, por meio da Lei Federal nº 10.336/2001, destinada ao investimento em infraestrutura de transporte, em projetos ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás, e em subsídios ao transporte de álcool combustível, de gás natural e derivados, e de petróleo e derivados. A União repassa 29% (vinte e nove por cento) dos recursos arrecadados aos Estados e Distrito Federal, nos termos do 159, inciso III, da CR/88.

Assim, um dos instrumentos encontrados para conferir maior segurança aos projetos de PPP consiste justamente na utilização de recursos provenientes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) como instrumento garantidor de pagamento, haja vista que a contribuição tem destinação vinculada ao investimento em infraestrutura de transporte.

Acrescenta-se que, considerando a necessidade de maior solidez e segurança das garantias a serem prestadas, sugere-se que o arranjo seja estruturado a partir da manutenção de uma conta garantia pelo Poder Público, contendo o valor de três meses referente à contraprestação a ser paga ao concessionário, sendo tal valor repostado pelos recursos da CIDE, na hipótese da sua utilização.

9 MATRIZ DE RISCOS

Para melhor compreensão das responsabilidades das partes frente aos riscos do projeto, seguem planilhados com a sua descrição considerando o seu tipo e a sua alocação.

Tipo de risco	Descrição sucinta do risco(*)	Alocação do risco
RISCO DE DEMANDA	Risco de que a demanda de tráfego seja inferior à projetada, produzindo receitas insuficientes para remunerar o capital privado, ou para compensar os investimentos e custos operacionais ligados e indispensáveis à devida execução do Contrato.	CONCESSIONÁRIA
RISCO PELO PASSIVO AMBIENTAL	Risco de dano ambiental já caracterizado antes da assinatura do Contrato e não conhecido quando da celebração do ajuste.	PODER CONCEDENTE
RISCO AMBIENTAL	Risco de degradação ambiental advinda da execução do Contrato, a contar da data da sua assinatura.	CONCESSIONÁRIA
RISCO ECONÔMICO	Riscos advindos do cenário econômico: incluem-se aí o risco de taxa de juros, de taxa de câmbio, de não obtenção de financiamento. Esses riscos constituem-se na possibilidade de perda financeira decorrente do efeito de movimentos adversos dessas taxas sobre os investimentos e financiamentos contratados.	CONCESSIONÁRIA
RISCO DE ENGENHARIA	Os riscos relacionados à engenharia, como o risco de projeto, o risco de construção e o risco de operação. O risco de projeto diz respeito aos erros cometidos na concepção de obras de ampliação e melhorias a cargo da Concessionária. O risco de construção refere-se aos riscos incorridos durante esta	CONCESSIONÁRIA

	fase, a saber: atrasos em seu cronograma, atrasos na obtenção de licenças, custos não previstos incorridos e percalços de diversas naturezas, como o risco geológico. O risco de operação abrange questões ligadas à eficiência no manejo da operação e em seu custeio.	
RISCO TRIBUTÁRIO	Risco de alteração das normas tributárias que impacte a execução do Contrato.	PODER CONCEDENTE
RISCO DE ALTERAÇÃO UNILATERAL	Risco de que o Poder Concedente imponha novas obrigações à Concessionária, incluindo, também, casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração.	PODER CONCEDENTE
RISCO REGULATÓRIO	Risco de a Concessionária ter que cumprir exigências decorrentes de imposição da Agência Reguladora, de sofrer a exigências de novos licenciamentos ou ainda de cumprir sanções aplicadas pela Agência Reguladora.	CONCESSIONÁRIA
RISCO JUDICIAL	Risco de sofrer condenações judiciais que impactem as finanças da Concessionária	CONCESSIONÁRIA
RISCO DE PROBLEMAS ESTRUTURAIS NOS TRECHOS VIÁRIOS TRANSFERIDOS	Risco de que as estruturas existentes não suportem novas melhorias ou exijam novos investimentos.	CONCESSIONÁRIA

*Os riscos alocados à **Concessionária** não se limitam aos estabelecidos expressamente nesta **Matriz de Risco**, competindo-lhe assumir todos os demais **Riscos** provenientes da execução dos serviços, exceto aqueles expressamente alocados ao **Poder Concedente**.

10 REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O mundo foi pego de surpresa pela pandemia da COVID-19, que trouxe incontáveis reflexos administrativos, econômicos e sociais nos contratos com a Administração Pública.

Independentemente da natureza da contratação, estes instrumentos podem ser alterados pelos reflexos da pandemia mundial que estamos inseridos, seja por determinação legal, judicial ou administrativa, que repercute na forma de execução do objeto do contrato.

No âmbito dos contratos de concessão, em suas diversas modalidades, é possível verificar alterações cuja causa raiz seja a pandemia. A título de exemplo, tem-se os contratos de concessão para exploração dos serviços de transporte coletivo urbano, que estão sendo demandados para reforço na limpeza dos ônibus, o que onera o contrato.

Existem, ainda, os contratos de concessão administrativa que tenham por objeto a exploração da operação e manutenção de arenas, que estão com imensa queda de receita neste período, dada a proibição de aglomeração de pessoas, em razão do alto risco de contágio do coronavírus.

No caso específico do presente projeto, a concessão rodoviária no Estado do Piauí, o isolamento, em virtude da pandemia do coronavírus, pode gerar impactos diretos na contratação, haja vista que o número de veículos que utilizarão a rodovia poderá diminuir, diminuindo, por consequência, o valor total arrecadado da tarifa de pedágio, responsável por remunerar o parceiro privado.

Diante desse novo cenário mundial, torna-se imprescindível que o Poder Público e o contratado dialoguem com o objetivo de encontrar, no menor tempo possível, uma solução que seja jurídica e economicamente viável para repactuar as obrigações e reequilibrar economicamente o contrato.

Além disso, havendo a necessidade de adaptação do contrato frente às novas exigências fáticas que condicionam a execução do objeto contratual, deve-se realizar a correta formalização de todas as ocorrências, sendo certo que cabe ao contratado levar ao conhecimento do Poder Público todos os fatos, devidamente comprovados, com o objetivo de prevenir litígios e se aparelhar para futuras discussões, buscando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesse momento de crise, inegável a utilização de medidas urgentes do gestor público, sendo inevitável que surjam conflitos com os particulares contratados. A necessidade de se resolver rapidamente esses conflitos, para atender às necessidades públicas, impõe-se a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos.

Portanto, em momentos de crise, em que todo cenário econômico, social e administrativo é incerto, não seria o ideal levar uma parte a arcar com todos os ônus do contrato em virtude da pandemia, sendo necessária, ainda mais, a atuação consensual e empática das partes envolvidas.

11 MINUTA DE EDITAL E ANEXOS PARA O PROCESSO LICITATÓRIO

A minuta de Edital e Anexos necessários ao processo licitatório estão no Caderno 4 – Estudos Jurídicos – Tomo II. Constitui a documentação:

EDITAL e os seguintes anexos:

ANEXO I:	MINUTA DO CONTRATO
ANEXO II:	PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIO - PER
ANEXO III:	DIRETRIZES PARA A ELABORAÇÃO DO PLANO DE
	NEGÓCIOS
ANEXO IV:	ESTRUTURA TARIFÁRIA
ANEXO V:	PENALIDADES
ANEXO VI:	MODELO DE CARTAS E DECLARAÇÕES
ANEXO VII	ACORDO TRIPARTITE

12 CONCLUSÃO

Verifica-se que foram avaliados e demonstrados os mecanismos legais adequados para execução do projeto, em especial, a escolha do modelo de contratação. Foram desenvolvidos, dessa forma, estudos sobre o Modelo Jurídico Institucional; os Marcos Regulatórios; Benchmarking; Arranjo de garantias; Matriz de riscos; e Minuta do Edital, do contrato e demais documentos necessários à contratação da concessão.