

**RELATÓRIO DE MODELO DE
CONTRATAÇÃO E ASPECTOS DA
LICITAÇÃO**

CONTRATO nº 463/2018

AGOSTO/2019





HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Relatório de Análise dos Atos Normativos e Aspectos Jurídicos

CONTRATO OCS nº 463/2018

Objeto: Prestação de serviços de apoio e análise técnica à estruturação e elaboração de projetos da gestão pública no Município de Santa Luzia.

Data de Assinatura: 27 de dezembro de 2018

Clientes:





HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Belo Horizonte, 28 de julho de 2019

À Secretaria Municipal de Administração e Gestão de Pessoas

Sr. Thomás Lafetá Alvarenga

Secretário Municipal de Administração e Gestão de Pessoas

Prefeitura de Municipal de Santa Luzia - MG

Assunto: Relatório de Atos Normativos e Análise da CIP

Apresenta-se à Prefeitura Municipal de Santa Luzia o Relatório de Atos Normativos e análise da Contribuição de Iluminação Pública necessários à estruturação do projeto de Parceria Público-Privada para promover a modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública.

Colocamo-nos à disposição para quaisquer dúvidas e/ou sugestões referentes ao relatório encaminhado.

Sem mais no momento, renovamos protesto de estima e consideração.

Felipe Amorim
CONSÓRCIO HOUER CONCESSÕES / VIANA GUIMARÃES
Gerente de Projetos - Houer

Maria Sílvia Viana
VIANA GUIMARÃES SOCIEDADE DE ADVOGADOS

RESUMO EXECUTIVO

A Resolução da ANEEL nº 414/2010 alterou o cenário dos serviços de iluminação pública, tendo em vista que transferiu aos Municípios os serviços que eram anteriormente prestados pelas Distribuidoras de Energia Elétrica. Essa alteração ensejou a busca por novas formas e soluções para prestação dos serviços de iluminação pública que viabilizassem a realização de investimentos, garantia de operação e manutenção dos ativos com base em padrões de desempenho, gestão eficiente dos recursos e melhor prestação dos serviços, sendo uma dessas formas a concessão dos serviços à parceiros privados. Deste modo, o presente estudo buscou justificar o modelo de contratação dos serviços de iluminação pública, analisando a evolução dos contratos administrativos e as demais possibilidades de contratação pela Administração Pública.

Este relatório apresenta, inicialmente, a evolução da colaboração entre o Público e o Privado, desde a concessão comum até as Parcerias Público-Privadas (PPP).

Tendo em vista que o principal enfoque do Relatório é demonstrar a viabilidade das concessões para a modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de rede de iluminação pública municipal de Santa Luzia, por meio de celebração de contrato de Parceria Público-Privada, o primeiro capítulo foi dedicado ao exame das concessões administrativas e patrocinadas e à apresentação dos tipos de garantia que podem ser prestadas pelo parceiro privado e pelo parceiro público.

Ato contínuo, buscou-se demonstrar também a viabilidade dos contratos de concessão administrativa à prestação de serviços de iluminação pública, considerando a legislação do de Santa Luzia.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Do exame da referida legislação concluiu-se que para a delegação dos serviços públicos por meio da concessão é necessária autorização legislativa, por deliberação de sua maioria absoluta, através de Lei Complementar.

Ao que se viu nas pesquisas realizadas, o Município de Santa Luzia não possui atos normativos que tratam das Parcerias Público-Privadas.

Por fim, o último capítulo cuidou dos aspectos jurídicos pertinentes ao processo licitatório.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1.....	7
1 MARCO REGULATÓRIO DAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	7
2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO PROJETO E MODALIDADE ADOTADA.....	14
3 FONTES DE RECEITAS.....	17
Contraprestação Pública.....	17
Aportes Públicos.....	17
Receitas Acessórias.....	18
4 EXPERIÊNCIAS DE PROJETOS DE PPP EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA.....	20
5 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO ESCOLHIDA.....	22
6 ESTRUTURA DE GARANTIAS.....	25
Garantias a serem prestadas pelo parceiro privado.....	25
Garantia da Proposta:.....	26
Garantias a serem prestadas pelo parceiro público.....	28
7 SEGUROS.....	31
7.1. Seguros período de modernização.....	31
➤ Seguros de Riscos de Engenharia.....	31
7.2. Seguros período de operação.....	32
8 MATRIZ DE RISCOS.....	34
A alocação de risco proposta.....	34
Premissas adotadas para alocação de riscos.....	35
Compartilhamento de riscos.....	38
9 MECANISMOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	38



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

CAPÍTULO 2.....	40
1 ASPECTOS DA LICITAÇÃO.....	40
2 FASES DA LICITAÇÃO.....	43
3 INVERSÃO DE FASES.....	43
4 CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA PROPOSTA.....	44
5 HABILITAÇÃO.....	45
6 MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	53
10 CONCLUSÃO.....	55

INTRODUÇÃO

O presente Caderno, contém a Modelagem Jurídica referente aos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, com a finalidade de obter a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e eficiência da infraestrutura da rede de iluminação pública do município de Santa Luzia - MG, por meio de uma Parceria Público-Privada (“PPP”).

Os estudos, como se verá a seguir, foram desenvolvidos com especial atenção às disposições da Lei nº. 11.079/2004, do Decreto Federal nº. 8.428/2015 e toda legislação correlata.

Em linhas gerais, a modelagem jurídica apresenta as premissas legais que sustentam os modelos técnico, econômico-financeiro nos demais estudos, além de especificar os contornos jurídicos-institucionais do modelo de contratação proposto.

Os presentes estudos tiveram por objetivo melhorar a qualidade dos serviços de iluminação pública prestados aos cidadãos, com investimentos na rede de iluminação pública ao longo do prazo de 20 (vinte) anos para a concessão na modalidade de parceria público-privada, com vistas a alcançar um nível de serviços satisfatórios aos consumidores e maior eficiência e eficácia energética, e, a partir destas premissas, foram preparadas as análises de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica.

Os estudos foram orientados para garantir ao Município a promoção de melhorias do índice/grau de luminância, maior eficiência da rede de iluminação pública para cada tipo de via, uniformização da iluminação nas vias e calçadas de toda a área de influência da concessão, a compatibilização com arborização, arquitetura e mobiliário urbano



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

existentes, a redução do consumo de energia elétrica sem perda de eficiência, a aplicação de tecnologias mais eficientes no mercado e com melhor custo benefício e alinhamento do Município às iniciativas de sustentabilidade e de cidades inteligentes.

Além das questões supracitadas, os presentes estudos buscaram apresentar soluções visando à viabilização da atuação individual em cada ponto de iluminação, com monitoramento e promoção de alterações em tempo real, de inovação tecnológica e armazenamento das informações sobre o consumo real de energia e da luminância fornecida.

Em consonância com estes aspectos, o Projeto foi estruturado contemplando iluminação cênica de monumentos e pontos turísticos do Município, com refletores de LED de alta eficiência energética, alta potência luminosa, baixa emissão de calor, vida útil superior a 50 mil horas, com vistas a valorizar os pontos turísticos e aumentar o fluxo de pessoas nos locais.

Finalmente, além da análise e avaliação das possíveis metodologias aplicáveis à definição do modelo de concessão mais adequado para o Projeto, os estudos incluíram a análise dos principais aspectos legais e normativos referentes ao modelo de concessão que será proposto, contemplando, ainda, a elaboração de minutas de projetos de lei, e, principalmente, do edital e contrato de concessão e seus eventuais anexos, para realização de concorrência para escolha da concessionária, através de licitação.

Para facilitar o entendimento do Modelo Jurídico, assim como dos anexos que o compõe, os termos e expressões empregados em letra maiúscula,



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

tanto na forma singular, quanto no plural, foram definidos no Anexo III da Minuta de Edital, que contém o Glossário. Os referidos termos correspondem, ademais, àqueles utilizados nas minutas de edital e contrato, de modo a trazer unidade e coerência para todo o estudo.

CAPÍTULO 1

1 MARCO REGULATÓRIO DAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A constituição Federal, em seu art. 175, dispõe que a prestação dos serviços públicos deve ocorrer diretamente ou sob a forma de concessão ou permissão, cabendo à legislação infraconstitucional regulamentar os instrumentos jurídicos atinentes à licitação e ao respectivo contrato.

Em âmbito federal, a disciplina dos contratos de concessão, como será abordado mais a frente, encontra-se prevista essencialmente nas Lei nº 8.987, de 1995, 9.074, de 1995, 11.079, de 2004 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº 8.666, de 1993.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A concessão é uma forma de delegar a prestação do serviço público, ou seja, é a transferência tão somente da execução do serviço. Diferentemente da privatização, a titularidade do serviço permanece com o Poder Público, fato que permite o controle, a fiscalização e a retomada do serviço em caso de interesse público.

Assim, por meio da transferência da execução do serviço público, o Estado pode implementar de maneira mais eficaz as políticas públicas necessárias ao atendimento das necessidades sociais. Marçal Justen Filho explica que:

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 fundamentais¹.

Ademais, a Magna Carta de 1988, ao elevar os municípios brasileiros à categoria de entes políticos, ao lado da União e dos estados, concedeu autonomia político-administrativa a eles e atribuiu aos municípios competência para prestar os serviços que envolvam matérias de interesse local² (art. 30), a exemplo do SERVIÇO, objeto do presente PMI . Conferiu

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 713.

² Sobre a definição de interesse local Hely Lopes Meirelles ensina que “(...) o interesse local não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade, não é interesse único dos munícipes [...]. Não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional que não resvale nos municípios, como partes integrantes da federação brasileira. O que define e caracteriza interesse local, inscrito como dogma constitucional é a

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

aos municípios, ademais, capacidade para instituir e arrecadar tributos (art. 30, III, e 145), a exemplo da Contribuição para Custeio de Iluminação Pública - CIP, competência essa indispensável para garantir a obtenção de recursos necessários ao exercício de suas atribuições político-administrativas.

Diante desse contexto, o instrumento das concessões configura-se, portanto, opção viável à prestação dos SERVIÇOS, considerando não apenas a legislação vigente, mas também as definições existentes no modelo técnico e econômico-financeiro apresentados nos demais Cadernos dos estudos.

Sua adequação poderá ser aferida com maior precisão a partir do detalhamento das características jurídicas do instituto, que serão apresentadas nos tópicos subsequentes.

Delegação via Concessão

O instituto da concessão comum, regulamentado pela Lei nº 8.987/1995, caracteriza-se pela gestão indireta de um serviço público. Conforme previsão na legislação referenciada é a transferência da prestação do serviço público para a iniciativa privada, que deve prestar o serviço por sua conta e risco.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ “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

preponderância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.319.)

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23.ed. São Paulo: Ed Atlas, 2010, p.294.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

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.”

Considerando o conceito dado pela autora acima e 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, de 30 de dezembro de 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 nº8.987/1995, 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 nº11.079 de 2004 há contraprestação parcial ou total do Poder Público.

Quanto à distribuição dos riscos dos empreendimentos na modalidade comum, no art. 2.º, incisos II, III e IV, da Lei nº8.987/1995, há a previsão da assunção da execução da obra ou serviço por conta e risco do concessionário; por seu turno, a Lei nº11.079/2004 estabelece, como uma de suas diretrizes, a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Delegação via Parceria Público-Privada



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

As Parcerias Público-Privadas no Brasil estão submetidas a um complexo sistema de leis e regulamentos, sendo a mais importante delas a Lei Federal nº. 11.079/2004, na qual foram criadas as Concessões Administrativas e Patrocinadas, estabelecendo seus requisitos, características, competências e objetivos, bem como aspectos específicos para as licitações das PPP, definindo um novo ambiente regulatório para os contratos administrativos no Brasil.

A Lei das Parcerias Público-Privadas trouxe para o país uma série de inovações importantes como a enumeração de princípios afins; objetivos a serem alcançados pelo Estado; pagamentos condicionados a desempenho e a lógica de controle por resultados; previsão de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos; prestação de garantias pelo Poder Concedente, mitigando os riscos de inadimplência da Administração; dentre outros.

O conceito que a lei atribuiu às Parcerias Público-Privadas é mais restrito do que o utilizado internacionalmente, sendo consideradas PPP's somente projetos que demandam o pagamento de contraprestações públicas, as quais são divididas em dois grupos:

- **Concessões Patrocinadas:** nas quais o parceiro privado obtém sua remuneração mediante cobrança de tarifas pagas pelos usuários somadas ao recebimento da contraprestação pública mínima de 30% (trinta por cento) do valor total da contraprestação a ser auferida.
- **Concessões Administrativas:** nas quais a remuneração do parceiro privado é paga integralmente pelo Poder Concedente, por meio de contraprestação, ou seja, é um contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Exemplos: construção de um centro administrativo, de presídios e hospitais públicos.

Assim, pode-se afirmar que as Parcerias Público-Privadas são uma das possibilidades disponíveis à Administração Pública com antecipação de investimentos do parceiro privado para a oferta de infraestruturas econômicas e sociais à população.

A experiência internacional oferece evidências no sentido de obterem bons resultados os projetos de Parcerias Público-Privadas, que são eficazes para se obter o melhor uso dos recursos públicos, a obediência de prazos na entrega de obras e infraestruturas, além de atendimento aos orçamentos previstos e a prestação de serviços e manutenção dos bens mais essenciais.

Destarte, observa-se que umas das principais características das Parcerias Público-Privadas que permite a observância desses resultados é a adequada divisão dos riscos contratuais entre o poder público e o parceiro privado, além do oferecimento de garantias pelo Poder Concedente à Concessionária do serviço público. O compartilhamento de riscos incentiva a inovação, a eficiência, o uso em nível ótimo dos ativos vinculados ao projeto e a gestão orientada à satisfação dos usuários. Já as garantias consiste em um instrumento de atratividade para o mercado e de importância primordial para a viabilização dos projetos. Assim, as garantias serão oferecidas para garantir que, qualquer que seja o Governo, as obrigações contratuais já assumidas serão integralmente cumpridas ou, caso não o sejam, os investidores terão formas de assegurar esse cumprimento.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Neste estudo a divisão de riscos e as garantias serão abordadas em item especial dada a sua relevância para a caracterização do projeto de Parceria Pública-Privada.

A título de elucidação, vale trazer o seguinte quadro comparativo:

Especificidades	Concessão Comum	Parceria Público-Privada
Divisão de riscos	Apenas o parceiro privado é responsável pelos riscos do empreendimento.	Os riscos são divididos entre as partes, sendo atribuídos 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.	O Poder Público remunera o serviço através de uma contraprestação pecuniária, que pode ou não envolver tarifa paga pelos usuários do serviço. A contraprestação pecuniária, obrigatoriamente, deverá ser precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato. Possibilidade de aporte de recursos em favor do parceiro-privado para a realização de obras e aquisição de bens



HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Especificidades	Concessão Comum	Parceria Público-Privada
		reversíveis.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO PROJETO E MODALIDADE ADOTADA

O projeto pretende apresentar importantes características que justificam a celebração de um contrato de parceria público-privada, na modalidade administrativa.

Destaca-se, a princípio, que o objeto do contrato consistirá na modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública. Dessa forma, o objeto do contrato é passível de ser executado por meio de parcerias-público-privadas, conforme previsto no art. 2º, §4º, III da Lei 11.079/04.

O valor do contrato, conforme será descrito no modelo econômico-financeiro, será superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e demandará a celebração de um contrato com prazo de vigência superior a cinco anos. O valor dos investimentos e o prazo para a sua depreciação e amortização são requisitos essenciais para a contratação por meio de parcerias público-privadas, conforme disposto no art. 2º, §4º, I e II da Lei 11.079/04.

O valor destinado à remuneração da concessionária variará conforme a qualidade da prestação do serviço. Essa característica remete ao modelo de concessão administrativa, ou seja, o pagamento da contraprestação está vinculado ao desempenho da concessionária, conforme as metas e padrões estabelecidos, nos termos do §1º do art. 6º da Lei 11.079/04.



HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Pretende-se adotar, dessa forma, como remuneração pela execução do objeto da concessão, um valor máximo de contraprestação mensal, variável segundo os indicadores de desempenho (índices a serem definidos na modelagem técnica que mensurarão a qualidade de execução dos serviços).

Os indicadores de desempenho impactarão na contraprestação na forma de descontos, a fim de garantir continuamente a excelência dos serviços. A metodologia para a aferição dos indicadores de desempenho será descrita em anexo próprio ao edital.

Pretende-se, ainda, construir uma matriz de riscos de forma a estabelecer, objetivamente, riscos a serem suportados pelo agente público e pelo privado. A matriz destina-se a avaliar possíveis riscos que poderão se materializar durante o prazo da concessão e a melhor forma de mitigá-los.

A atribuição de riscos ao agente privado é característica predominante das parcerias público-privadas, uma vez que a remuneração esperada ficará condicionada ao desempenho da gestão da concessão, possibilitando a concretização do *know-how* das empresas privadas.

O inciso III do art. 5º da Lei 11.079/04, determina, inclusive, que os contratos de parceria público-privada deverão prever a repartição objetiva de riscos.

A estrutura de remuneração considerará, como receita principal, a contribuição para o custeio da iluminação pública. O modelo a ser proposto não contemplará tarifas a serem cobradas dos usuários. Entende-se que a contribuição será suficiente para viabilizar uma contraprestação atrativa e arcar com os custos decorrentes da concessão.



Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Dessa forma, exclui-se a parceria público-privada, na modalidade patrocinada, uma vez que não serão cobradas tarifas dos usuários.

O agente privado deverá constituir uma sociedade de propósito específico (SPE), destinada exclusivamente à execução do objeto contratual, sendo admitida, excepcionalmente, a execução de atividades acessórias, complementares ou associadas ao objeto, conforme previsto no art. 9º da Lei n.º 11.079/04 e no artigo 11 da lei 8.987/95. Esse modelo permite que a estruturação de financiamento do projeto seja realizada pelo próprio fluxo de caixa da SPE (*Project Finance*).

Por fim, pretende-se que a Administração Pública conceda garantias ao agente privado, na hipótese de insuficiência ou ausência de recursos para o pagamento da contraprestação pecuniária. A concessão de garantias por parte do Poder Concedente é autorizada por lei somente em contratos de parcerias público-privadas.

Considerando os breves comentários tecidos a respeito da natureza dos serviços de iluminação pública, bem como as características da concessão administrativa, pode-se concluir que esta é a modalidade adequada à delegação a que se propõe.

Os tópicos posteriores discorrem sobre a aplicabilidade de cada tema abordado dentro do modelo jurídico adotado, considerando a relevância que possuem na estruturação do projeto de concessão administrativa.

Parâmetros Gerais do Projeto	
Modalidade de Contrato	Concessão Administrativa
Prazo de Contrato	20 Anos
Prazo Máximo de Modernização	12 meses



HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Prazo Máximo de Execução do Projeto de Iluminação de Destaque	12 meses
Conta de Energia	Ficará a cargo do Poder Concedente
Tecnologia de Modernização de Luminária	LED
Abrangência da Implementação de Sistema de Telegestão	Vias classificadas como V1, V2 e V3
Aportes	Considerado aporte de R\$20.000.000,00 que será pago em 8 parcelas a partir do 13º mês de Concessão.
Cenário da Projeção	Constante (Real)

3 FONTES DE RECEITAS

Contraprestação Pública

A Receita de Contraprestação ou Contraprestação Pública (CP) é uma receita mensal paga pelo Poder Concedente para remunerar as despesas do projeto, como os investimentos realizados, despesas administrativas, operacionais, tributos e encargos, reajustada anualmente pelo IPCA. A contraprestação está também condicionada a fatores de disponibilidade e desempenho

Aportes Públicos

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A figura do aporte de recursos consiste em uma novidade introduzida pela Lei Federal nº 12.766/12, que alterou a Lei nº 11.079/04 para atender as demandas de alguns estados em adequar os contratos de PPP quanto às disparidades financeiras.

Os dispositivos acrescentados à Lei de Licitações permitem que o Poder Concedente realize pagamentos ao longo da fase de implantação de um contrato de concessão, o que não era permitido anteriormente.

Os estudos de modelagem econômico-financeiros consideraram Aportes Públicos para esse projeto, para amortizar os valores dos investimentos realizados nos primeiros 12 (doze) meses, tendo em vista a insuficiência de recursos da Contribuição de Iluminação Pública do Município de Santa Luzia, para cumprir as obrigações contratuais.

O aporte público será no valor de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) que serão pagos em 8 (oito) parcelas de R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) a partir do 13º décimo terceiro mês de Concessão.

Receitas Acessórias

A Lei Federal nº. 8.987/1995, em seu art. 11⁴, dispõe que poderá o Poder Público prever, em favor do parceiro privado, nos termos do previsto no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos

⁴ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Assim, o concessionário pode, por meio da exploração de outras atividades não afetas à concessão em si, obter receitas complementares, definidas como “acessórias”, as quais podem vir a contribuir com a modicidade da contraprestação da concessão.

As receitas acessórias, embora não tenham sido expressamente disciplinadas pela Lei Federal nº. 11.079/04, se mostram passíveis de serem exploradas em projetos de PPP⁵, inclusive em concessões administrativas, de forma a reduzir o valor da contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Público pela prestação dos serviços.

Atualmente, a implantação de atividades acessórias aos serviços de iluminação pública não está difundida no país, tanto por razões de desenvolvimento tecnológico quanto por falta de modelos de negócio bem estabelecidos. Deste modo, o modelo econômico-financeiro não considerou a obtenção de receita acessória ao longo da concessão. No entanto, além de atividades acessórias que podem ser estruturadas pela concessionária será possível que a esta obtenha receita acessória por meio de bônus de economia da conta de energia elétrica, quanto for identificada uma economia de energia acima da meta de eficiência energética estipulada pelo poder concedente. Contudo, como não é possível garantir que a concessionária alcançará resultados de eficiência energética

⁵ Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

superiores à meta estabelecida, não foi considerado receita acessória derivadas de bônus da conta de energia.

4 EXPERIÊNCIAS DE PROJETOS DE PPP EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

Ao redor do mundo, a execução de projetos de PPP visando à prestação de serviços de iluminação pública já se mostrou frutífera em diversas localidades, conforme se colaciona abaixo:

Exemplos Internacionais de Adoção do Modelo Proposto		
Cidade/País	Duração do Contrato	Benefícios projetados com a adoção de PPP
Sant Fost de Campsentelles, Espanha	25 anos	Redução do gasto energético em 35% e diminuição da emissão de CO2 em 96 toneladas/ano.
Cidade do México, México	10 anos	Expansão da rede de iluminação pública em 37%, redução do gasto energético em 25% e diminuição da emissão de CO2 em 9 toneladas/ano. Contrato de US\$ 138 milhões
Kunming, China	18 anos	Redução do gasto energético em 35%.
Bussy-Saint-Georges, França	20 anos	Substituição de 85% das luminárias, redução do gasto energético em 18% e diminuição da emissão de CO2 em 47 toneladas/ano.
Agde, França	18 anos	Substituição de 81% das luminárias, expansão da rede de iluminação pública em

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

		8,5% e redução do gasto energético em 15,5%.
--	--	--

Exemplos Internacionais de Adoção do Modelo Proposto		
Cidade/País	Duração do Contrato	Benefícios projetados com a adoção de PPP
Surrey, Reino Unido	25 anos	Durante os 25 anos de concessão, espera-se que o Município economize 12 milhões de libras esterlinas com a redução do gasto energético e diminua a emissão de CO2 em 60 mil toneladas.
Croydon e Lewisham, Reino Unido	25 anos	Redução da emissão de CO2 em 4% ao ano, em Croydon, e 2% em Lewisham. Projeção de diminuição do gasto energético de 15 a 20%. Contrato no valor de £ 74 milhões.
Halle, Alemanha	15 anos	Redução do gasto com energia elétrica em 37%.
Burgdorf, Alemanha	15 anos	Redução do gasto com energia elétrica em 43%.
Lehrte, Alemanha	15 anos	Redução do gasto com energia elétrica em 54%.

Os projetos acima mencionados, são exemplos de boas experiências internacionais de contratações via PPP, realizadas de acordo com a legislação de regência de cada localidade, de forma uníssona em regime de concessão dos serviços à iniciativa privada com compartilhamento de riscos entre Poder Público e parceiro privado.

5 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO ESCOLHIDA.

No que se refere aos aspectos tributários, a atividade de concessão de iluminação pública a modelagem do Plano de Negócio, constante do Modelo Econômico-Financeiro, levou em consideração os impostos e tributos compreendidos nas legislações federal, estadual e municipal. Os impostos e alíquotas tributárias consideradas estão apresentadas a seguir:

- ❖ **IR (Imposto de Renda)** - Imposto Federal que incide sobre o lucro da pessoa jurídica, cuja alíquota corresponde à 15%. Somado a essa alíquota, quando a parcela do lucro real exceder ao valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração, a pessoa jurídica sujeita-se à incidência de adicional de imposto à alíquota de 10% (dez por cento). Para efeitos de projeção foi considerado, de forma conservadora, o regime tributário de lucro real.
- ❖ **PIS (Programa de Integração Social)** - contribuição tributária federal de caráter social, que tem por objetivo financiar o pagamento do seguro-desemprego, abono e participação na receita dos órgãos e entidades, tanto para os trabalhadores de empresas públicas, como privadas. O Tributo Federal incide sobre o faturamento bruto, no regime não cumulativo, cuja alíquota é de 1,65%;
- ❖ **COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social)** - contribuição tributária federal de caráter social cujo objetivo é financiar a seguridade social contemplando áreas fundamentais como Previdência Social, Assistência Social e Saúde

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Pública. A incidência ocorre sobre o faturamento bruto, no regime não cumulativo, com alíquota de 7,60%;

- ❖ **CSLL (Contribuição Social sobre Lucro Líquido)** - contribuição tributária federal cujo objetivo é financiar a seguridade social. Sua incidência sobre o lucro com alíquota de 9%.
- ❖ **IOF (imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários)**, incidente sobre os prêmios de seguros com alíquota de 7,38%.

Considerou-se a tributação de Imposto de Renda e CSLL com base no lucro Real, conforme as alíquotas apresentadas na tabela abaixo:

Alíquotas Tarifárias	
CSLL	9%
ISS	Isento
COFINS	7,6%
PIS	1,65%
IR	10%
IOF	7,38%

Considerou-se a incidência de: PIS (Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) sobre as receitas da SPE, assim como o aproveitamento de créditos tributários com a aquisição de serviços e ativos fixos.

- ❖ **ISS (Imposto sobre Serviços)** - contribuição tributária municipal não incide sobre a atividade da concessão de iluminação pública propriamente dita, por ausência de previsão legal para tanto, haja vista que o rol Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003 é taxativo e exaustivo.

Importante ressaltar, que além da ausência de previsão dos serviços a serem executados na Lei Complementar Federal, há também, ausência dos serviços no rol da Lista de Serviços previstos legislação municipal, qual seja o Código Tributário Municipal, instituído pela Lei Complementar nº. 3.160/2010.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu que o rol da Lista de Serviços é taxativo e exaustivo, admitindo-se apenas uma “interpretação extensiva dos itens nela contidos, para o enquadramento de serviços idênticos aos ali expressamente previstos, mas com nomenclatura diversa”⁶.

Ademais, as listas de serviços instituídas pelas leis municipais não podem contrariar ou extrapolar a Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº. 116/2003, e, no caso dos serviços de iluminação pública, não há serviço expressamente descrito na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº. 116/2003, não podendo, portanto, se falar em incidência de ISS.

No entanto, importa mencionar, que dentro do contexto de exploração de serviços por concessão, existe a necessidade de realização de diversos

⁶ REsp 658626 / MG – Recurso Especial 2004/0069532-8. Relatora Ministra Denise Arruda. T1 - Primeira Turma. Data de Julgamento: 02/09/2008. Data da Publicação: DJe 22/09/2008.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

serviços relacionados, como é o caso da manutenção, gestão, reconstrução total ou parcial da infraestrutura, entre outros, que se forem considerados de forma segregada, serão tidos como serviços autônomos, sujeitando-se a incidência do ISS, conforme seu enquadramento na Lista de Serviços do município.

Contudo, considerando que essas atividades perfazem atividades-meio, com o intuito de viabilizar a prestação da atividade-fim, qual seja a iluminação pública, pode-se argumentar que a contraprestação deve ser entendida como contraprestação ao serviço final pretendido.

Por fim, caso a concessionária decida contratar terceiros para a execução de atividades meio relativas ao objeto da concessão, a carga tributária deverá ser analisada caso a caso, considerando que tais atividades estarão sujeitas a incidência do ISS.

6 ESTRUTURA DE GARANTIAS

Garantias a serem prestadas pelo parceiro privado

Para o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo parceiro privado, é necessário que se preste garantias à execução do Contrato.

A garantia a ser prestada pela concessionária tem por finalidade cobrir o ressarcimento de custos e despesas incorridas pelo Poder Concedente, face ao inadimplemento da Concessionária, para levar a efeito as obrigações e responsabilidades desta, bem como o pagamento no cumprimento de suas obrigações contratuais.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A Lei n.º11.079/04 em seu art. 5º, VIII traz previsão relativa à outorga da garantia de execução, ao dispor que as cláusulas contratuais da PPP devem prever também as garantias a serem prestadas pelo parceiro privado suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observando os limites impostos pela Lei n.º 8666/93 em seu art. 56.

Em atendimento às diretrizes legais e às características do projeto, a estrutura de garantias - prevista no Modelo Econômico-Financeiro e expressa na minuta de edital e de contrato - foi desenvolvida com base no valor do CAPEX do projeto e com a natureza das obrigações assumidas pela concessionária ao longo da execução do contrato.

Foi então prevista garantia de proposta nos seguintes moldes:

Dentre as modalidades de garantias dispostas no art. 56, da citada Lei, a modelagem econômico-financeira previu também garantia de execução do contrato, sendo necessária a prestação através da contratação de seguros, nos termos do inciso II. Para atender as exigências contratuais, será considerada a modalidade de seguro-garantia nas seguintes condições:

- Durante o 1º ano de modernização:
 - o Garantia: 5% do valor do contrato;
 - o Taxa estimada: 0,60% sobre o valor da garantia.
- Durante o 2º ano ao 20º ano de Concessão:
 - o Garantia: 5% do valor do contrato;
 - o Taxa estimada: 0,60% sobre o valor da Garantia.

Garantia da Proposta:

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A Lei federal nº 11.079/04 prevê expressamente a possibilidade se exigir garantia da proposta do licitante, observando-se o limite do inciso III, art. 31, da Lei no 8.666/93.

Assim, é possível que seja inserida no edital a exigência de garantia da proposta, no valor de 1% do valor estimado para o contrato, sendo admitidas as mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93. Para o caso em tela, temos a proposição das seguintes modalidades:

- I. Caução em dinheiro, na moeda corrente do país, mediante depósito em conta corrente a ser indicada pela Administração.
- II. Caução em títulos da dívida pública, emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda.
- III. Fiança bancária (“letter of credit”), conforme, executável à primeira demanda, emitida por instituição financeira de primeira linha autorizada a funcionar no Brasil. A Fiança-bancária deverá conter cláusulas específicas de renúncia, pelo fiador, aos benefícios de ordem e favores de que tratam os artigos 366, 827, 835, 837 e 838 do Código Civil e artigo 794 do Código de Processo Civil e que obrigue o fiador de forma solidária com a licitante pelo pagamento do valor estimado de contrato, incluindo, sem limitação, multas, juros, atualização monetária e demais encargos moratórios.
- IV. Seguro-garantia (“bid bond”), considerando o percentual de 1% do valor total do contrato, emitido conforme Circular SUSEP nº 477, de 30 de setembro de 2013, e demais normas expedidas pela

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, contratado junto a seguradora de primeira linha autorizada a funcionar no Brasil.

Garantias a serem prestadas pelo parceiro público

O tema da garantia pública de pagamento atraiu atenção da comunidade quando da promulgação da Lei Federal nº 11.079, de 2004, Lei de PPP surgiu em meio a um cenário político-econômico permeado de mudanças conceituais acerca do papel do Estado na economia e pautado pelo desejo de desenvolvimento da infraestrutura instalada, invocando, desde a origem, a atenção especial dos juristas⁷.

Neste contexto, os novos modelos contratuais introduzidos pela Lei de PPP's, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, foram concebidas sob a pecha de solução célebre para o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

Desta forma, as PPPs surgiram como modalidades contratuais de longo prazo e com vultuosos investimentos, o que decorreu a necessidade de prever maior segurança jurídica e financeira aos contratados, face ao histórico do Poder Público de inadimplência de suas obrigações contratuais bem como o pouco respeito aos precatórios.

No que concerne às garantias outorgadas pelo Poder Público, as quais precipuamente visarão assegurar o pagamento da contraprestação pecuniária ao parceiro privado pelos serviços prestados, a Lei Federal nº. 11.079/04 estabelecem que estas poderão ser prestadas por meio de (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais; (iii)

⁷ SUNDFELD. Guia Jurídico das Parcerias Público Privadas, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 200. P.17-18

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Destarte ainda, que a necessidade das garantias nos projetos de Parcerias Público Privadas tem uma extensão muito maior, além da garantia da adimplência pelo Poder Público, razão pela qual devem ser devidamente estruturados com robustez e solidez.

Neste contexto devem ser considerados ainda quanto a necessidade da estruturação das garantias nos contratos de Parcerias Público-Privadas:

- ✓ Risco de inadimplência e Atrasos nos pagamentos historicamente altos;
- ✓ Risco agravado com a crise econômica e política dos últimos anos;
- ✓ Primeiros precedentes jurídicos desfavoráveis;
- ✓ Sem garantias sólidas, investidores internacionais ou maior porte tendem a não participar;
- ✓ Investidores com maior apetite de risco de execução e precificação mais onerosa;
- ✓ Sem garantias sólidas, financiabilidade do projeto fica comprometida.

6.4. Arranjo de garantias proposto

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A estruturação de garantias públicas no âmbito dos contratos de parceria público-privada é complexa, haja vista a dificuldade de se identificar ativos disponíveis, bem como de definir os mecanismos para a sua execução. Os ativos a serem disponibilizados deverão apresentar liquidez, solidez e segurança jurídica.

Além disso, o volume de recursos deverá ser suficiente para cobrir os custos decorrentes de eventual inadimplemento pelo poder concedente .

Assim, considerando a disponibilidade de ativos pelo Município, a vinculação de receitas é a opção mais acertada para o projeto.

Para fins de prestação de garantias públicas, os estudos realizados indicaram pela estruturação de um modelo não só de garantia, mas também de pagamentos, ordenados na vinculação de receitas da Administração Pública, considerando principalmente as características dos recursos disponíveis pelo Município para serem destinados a este fim.

Essa modalidade exige a vinculação de recursos de origem tributária. Assim, um dos instrumentos encontrados para conferir maior segurança ao pagamento das parcelas atribuídas ao poder concedente consiste na utilização de recursos provenientes da Contribuição de Iluminação Pública.

Sobre esse mecanismo de garantia é importante destacar, que a vinculação de receitas provenientes da CIP (contribuição para o custeio da iluminação pública), será destinada prioritariamente ao pagamento da energia, ao pagamento da contraprestação da concessionária e alimentação da respectiva conta garantidora.

Desta feita, no âmbito do Projeto, os recursos arrecadados com a CIP cobrada pelo Município de Santa Luzia aos munícipes, por meio da fatura

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

de energia elétrica, serão destinados a uma conta garantidora e, posteriormente, transferidos para conta vinculada, a qual vise assegurar as obrigações assumidas pelo Poder Público frente ao Parceiro Privado.

Em relação a esse arranjo de garantias proposto, foi entregue ao Município Relatório de minutas e atos normativos, parte integrante dessa modelagem jurídica, com as respectivas sugestões de alteração e projetos de leis necessários para a implementação do Projeto.

7 SEGUROS

Foram previstos seguros para os períodos de modernização, tais como:

7.1. Seguros período de modernização

➤ Seguros de Riscos de Engenharia

O Seguro de Riscos de Engenharia visa a indenização dos prejuízos decorrentes de danos à rede de Iluminação Pública, ocasionados por acidentes súbitos e imprevistos, durante o período de Modernização, considerando-se os serviços de instalação, montagem e testes, exceto o funcionamento operacional.

As principais coberturas a serem contratadas serão:

- Cobertura básica com importância segurada pelo valor total dos serviços da empreitada. Sendo a montagem feita por etapas, o seguro poderá ser contratado pela importância segurada da maior etapa de todo o período;

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

- Erro de projeto e riscos do fabricante com a mesma Importância segurada da cobertura básica;
- Desentulho, tumultos e greves, despesas extraordinárias;

➤ **Seguro de Responsabilidade Civil - Modernização:**

O Seguro de Responsabilidade Civil, durante o período de modernização; visa o reembolso das indenizações decorrentes de danos materiais e corporais, causados a terceiros durante a execução dos serviços, inclusive com cobertura para ações civis provenientes de acidentes que causarem morte ou invalidez permanente de funcionários.

As principais coberturas a serem contratadas serão:

- Responsabilidade Civil -Instalações do Rede de iluminação, com cobertura de danos causados por erro de projeto, Responsabilidade Civil Cruzada e movimentação de veículos com Içamento e Descida;
- Responsabilidade Civil Empregador;
- Danos morais.

7.2. Seguros período de operação

Os seguros contratados durante o período de Operação visam a proteção do patrimônio. Foram considerados nos estudos os seguintes seguros:

- Seguro de Riscos Nomeados (Named Risks) / Multirriscos:

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

O seguro de Riscos Nomeados, com vigência de um ano, visa amparar os prejuízos causados por danos materiais à rede de Iluminação Pública, decorrentes de acidentes súbitos e imprevistos.

As principais coberturas a serem contratadas serão:

- Cobertura Básica de Incêndio, Raio e Explosão com importância segurada igual ao valor total do patrimônio do Rede de iluminação, prédios, instalações, móveis, utensílios, estoques e equipamentos;
- Danos elétricos;
- Despesas extraordinárias;
- Alagamento;
- Vendaval até fumaça;
- Derramamento de sprinklers;
- Equipamentos móveis e estacionários;
- Tumultos;
- Equipamentos eletrônicos.

➤ Seguro de Responsabilidade Civil – Operação:

Durante o período de Operação, o Seguro de Responsabilidade Civil visa o reembolso das indenizações decorrentes de danos materiais e corporais causados a terceiros, inclusive funcionários terceirizados ou próprios, devido ao uso, operação e manutenção da Rede de Iluminação Pública. As principais coberturas a serem contratadas serão:

- Responsabilidade Civil para o Município;
- Responsabilidade Civil Empregador/Concessionária;
- Danos morais.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

8 MATRIZ DE RISCOS

A matriz de riscos consiste no documento anexo da Minuta de Edital que discrimina de forma clara e objetiva os riscos sobre as incertezas, positivas ou negativas, assumidos por cada uma das partes na celebração do contrato. Em conjunto com os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos.

É claro que não é razoável esperar que sejam antevistos, de forma exauriente, todos e quaisquer eventos que possam vir a afetar o contrato no decorrer de sua execução. Haverá sempre um espaço para lacunas contratuais que, em razão do limite da racionalidade ou dos custos de transação, levará à incompletude da matriz de riscos.

Porém, enquanto instrumento que tem por finalidade a divisão das atribuições e responsabilidades entre as partes, a matriz de riscos deve ser construída da forma mais detalhada possível, prevendo a maior quantidade de situações previamente vislumbráveis.

Assim, é preciso reconhecer a matriz de riscos como um elemento fundamental para a visualização das responsabilidades de cada uma das partes e, assim, da identificação dos casos em que é devido o reequilíbrio econômico financeiro, de forma muito mais objetiva.

A alocação de risco proposta

Como visto, a matriz de riscos, enquanto elemento integrante da equação econômico-financeira, tem por finalidade equilibrar as responsabilidades contratuais e conferir segurança jurídica para ambas as partes. Ao contrário do que acontece nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, nos

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

quais os riscos são repartidos por meio da norma legal, nas PPPs a repartição dos riscos é feita, prioritariamente, pelo ajuste entre as partes, como determina o art. 5º, inc. III, da Lei Federal nº 11.079/2004.

O conjunto de riscos cuja alocação é resultante de determinação legal é restrito, tendo como um dos mais conhecidos o risco da “criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta” , alocado ao Poder Concedente.

Assim, para que a repartição dos riscos atenda à finalidade de equilibrar as responsabilidades contratuais e confira segurança jurídica às partes, é fundamental que as diretrizes que guiam a alocação de riscos sejam a objetividade e a eficiência. A objetividade se traduz na exatidão e clareza em relação à identificação e à alocação do risco à responsabilidade de cada parte (ou seu compartilhamento) e a eficiência é retratada pela repartição formatada para que cada parte seja responsável pelos riscos que realmente pode e deve suportar.

Com base nestas diretrizes é que foram definidas as premissas para a repartição dos riscos entre o Poder Concedente e a Concessionária.

Premissas adotadas para alocação de riscos

A matriz de riscos proposta se orientou por premissas jurídico-econômicas aplicáveis à matéria – as quais se destinam a promover a objetividade e a eficiência –, assim como pelas boas práticas internacionais acerca de distribuição de riscos em contratos de longo prazo.



HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

A primeira premissa adotada para conferir eficiência à alocação de riscos propostas, o que tem como consequência a redução dos custos do projeto, é alocar cada risco à parte que tem melhores condições de gerenciá-lo.

A capacidade de gerenciamento dos riscos inclui assim, de um lado, a possibilidade de redução das chances de concretização do evento indesejável, por ter condições de adotar adoções preventivas que possam evitar o dano. De outro lado, terá condições de gerenciamento a parte que, ocorrido o dano, tiver capacidade de gerenciamento das consequências danosas, podendo assim “mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável”

Isso significa deslocar o risco, ainda que caso a caso, à responsabilidade da parte com condições de, a custos mais baixos, proteger-se da ocorrência do risco ou, na hipótese de sua materialização, minimizar os prejuízos decorrentes.

Outra premissa utilizada para a alocação de riscos é a capacidade das partes de externalizar os custos decorrentes da ocorrência do evento indesejável a terceiros. A possibilidade de repassar, sem dificuldades, os custos para terceiros pode retirar o incentivo da parte para prevenir ou remediar o risco de ocorrência do evento indesejável. Via de regra considera-se que a Administração é quem possui mais condições de repassar os custos a terceiros, sendo que ao particular não é dada esta facilidade.

No entanto, para que se decida pela alocação do risco ao particular deve levar-se em conta ainda outra premissa, que consiste em verificar a possibilidade de securitização do risco em questão. Isto porque, dada a impossibilidade de gerenciamento dos riscos, o particular tenderá a: (i) fazer seguro e repassar o custo do seguro à Administração; (ii) incluir em

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

seu preço o custo total da concretização dos eventos indesejáveis, ainda que estes possam vir a não ocorrer.

Diante disto, entende-se que somente será eficiente a alocação de risco ao particular, nos casos em que este risco não possa ser gerenciado de modo eficiente por ele, quando o mercado securitário estiver suficiente formado para este risco, não apresentando preços proibitivos. Do contrário, é mais indicado alocar o risco à Administração Pública, que, somente na ocorrência do evento, irá lidar com este custo.

A não obediência à tal recomendação pode acarretar efeitos de duas ordens: (i) minimizar o interesse do mercado pela concessão; e (ii) elevar os custos de sua proposta, ampliando-se o preço final ofertado para a execução do contrato (com prejuízos que alcançam o Poder Concedente e o usuário - e toda a sociedade, em última análise).

Isso porque, o concessionário, com vistas a se proteger de riscos não gerenciáveis, tenderá a precificar sua insegurança a partir de cenários que possam evitar prejuízos expressivos na hipótese de materialização do risco. O fenômeno propicia a elevação no custo das propostas (custo para gerenciamento do risco), com reflexos não desprezíveis no preço final da concessão.

Por outro lado, se um risco não gerenciável pelo concessionário for alocado à responsabilidade do Poder Concedente, o concessionário deixará de precificá-lo em sua proposta, com economias geradas ao somatório de custos da concessão.

Nesta hipótese, não haverá projeção de custos para o risco, pois, dessa forma, seu preço será repassado à Administração Pública (...) se e quando o sinistro ocorrer. Volta-se a insistir: caso este risco fique integralmente à

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

responsabilidade o concessionário, os interessados em propor ofertas na licitação tenderão a precificá-lo, cobrando pela ocorrência de um evento indesejável que não tem como ser gerenciado a custos baixos. O resultado será o encarecimento das propostas, gerando-se ineficiência à concessão.

Por outro lado, se o risco restar retido pelo Poder Concedente (auto seguro), inexistirá precificação para o gerenciamento do risco (eliminando-se o encarecimento das propostas), havendo dispêndio tão só e unicamente na hipótese de materialização do risco.

Compartilhamento de riscos

O compartilhamento dos riscos na matriz de riscos é possível na medida em que determinados riscos podem ser geridos, de modo eficiente, em parte pelo Poder concedente e em parte pela concessionária. O compartilhamento, no entanto, não deve deixar margem de subjetividade na análise, de modo que deve estar descrito de modo objetivo e claro a medida do risco que deve ser gerido por cada parte.

9 MECANISMOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Conforme pontuado, a elaboração da matriz de riscos está associada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal estabelece que, nos contratos advindos de processos licitatórios, deverão ser mantidas as condições efetivas da proposta. É este o fundamento basilar da noção de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Nos contratos gerais de prestação de serviços, o dever da Administração Pública em assegurar o equilíbrio da equação econômico-financeira está previsto no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93. Veja-se:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: **d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração** para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, **configurando álea econômica extraordinária e extracontratual**.
(Grifou-se).

O raciocínio aplicável aos contratos administrativos gerais não é integralmente compatível com os contratos de concessão. Isso porque, na primeira espécie contratual, não é permitido às partes compartilharem os riscos advindos de eventos extraordinários que impactam diretamente na equação contratual encargos = remuneração.

Nos contratos de concessão, os prazos de vigência são mais longos e os riscos são maiores que nos contratos disciplinados pela Lei nº 8.666/93. Nas concessões, transfere-se ao parceiro privado a gestão de um serviço



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

público, o que confere contornos empresariais ao exercício da atividade e, portanto, acarreta a assunção de riscos ordinários inerentes à atividade empresarial.

Por isso, o concessionário detém maior autonomia gerencial para executar os serviços e, assim, alcançar as finalidades buscadas. Este maior controle sobre os meios com que se efetiva o cumprimento das obrigações contratuais é proporcional aos riscos assumidos.

A minuta de contrato traz um catálogo mais específico sobre as formas e os fatores de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Bem entendido que a estabilização da matriz de riscos é o que configura a equação econômico-financeira do contrato, é conveniente que este antecipe as formas possíveis para que se opere o reequilíbrio, assim como defina as metodologias para tanto.

CAPÍTULO 2

1 ASPECTOS DA LICITAÇÃO

Passamos, agora, a descrever os pontos que nos parecem de maior relevância no modelo jurídico da PPP e que, portanto, serão abordados pelas minutas de edital e contrato.

Como já explicitado, a Lei Federal das PPP teve como principal finalidade viabilizar arranjos contratuais de delegação de serviços de interesse público, não permitidos pelos instrumentos tradicionais, regulados pela Lei Federal nº 8.666, de 1993, e pela Lei Federal nº 8.987, de 1995.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Com efeito, os dispositivos da referida lei destinam-se em sua grande maioria, a regular as premissas, requisitos e características dos contratos de concessão administrativa e patrocinada, de modo que as disposições atinentes ao processo licitatório em si permaneceram, em sua maioria, regulamentadas pela Lei Federal de Licitações e Contratos e pela Lei Federal de Concessões, as quais se aplicam subsidiariamente à Lei Federal nº 11.079, de 2004, por definição expressa da própria lei .

A aplicação subsidiária das referidas leis, entretanto, não deve ofuscar o mérito de importantes inovações trazidas pela Lei Federal de PPP no respectivo processo licitatório, a exemplo:

- I. Da possibilidade de licitar o objeto da licitação desacompanhado de projeto básico, nos termos até então exigidos pelo art. 7º da Lei nº 8.666, de 193;
- II. Do reforço da possibilidade de utilização de mecanismos de resolução amigável de conflitos, a exemplo da arbitragem;
- III. Exigibilidade da instrução do processo com documentos que demonstrem a vantajosidade do modelo de PPP em detrimento dos demais e a adequação dos impactos econômico-financeiros do projeto com o orçamento e com as finanças públicas presentes e futuras;
- IV. Previsão da possibilidade de saneamento de falhas, complementação de insuficiências e realização de correções de caráter formal no curso do procedimento, com vistas a assegurar que o processo licitatório cumpra com sua finalidade basilar que é a de selecionar a melhor proposta, da forma mais eficiente e que atenda aos princípios que regem à administração pública.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Nesta esteira, destaca-se, na Lei Federal nº 11.079, de 2004, o art. 10º que prevê, dentre os requisitos de licitação das PPP:

- I. A existência de autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: (a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP; (b) a observância dos limites fixados pela Lei Federal nº 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) em especial no que toca ao respeito às metas de resultados fiscais e aos impactos das obrigações contraídas pela Administração Públicas nos exercícios futuros.
- II. a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP;
- III. a 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;
- IV. a 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;
- V. a necessidade de que seu objeto esteja previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
- VI. submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

- VII. a obtenção de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Cabe destacar, ainda a necessidade de autorização legislativa específica para contratação de serviços de concessão e PPP, considerando a legislação em vigor no Município.

2 FASES DA LICITAÇÃO

A minuta de edital de licitação foi estruturada para que a licitação ocorra em 3 (três) fases sucessivas e distintas com a entrega de 3 (três) envelopes:

- o Envelope 1 - Garantia de proposta;
- o Envelope 2 - Proposta Comercial;
- o Envelope 3 - Documentos de Habilitação.

3 INVERSÃO DE FASES

A Lei Federal 8.987/1995, em seu art. 18-A, possibilita que o instrumento convocatório preveja a inversão das ordens de fases de habilitação e julgamento. Assim, depois de encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, o envelope com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado será aberto.

Desse modo, somente o licitante com a melhor proposta terá seus documentos de habilitação apreciados pela Comissão Especial de Licitações. Caso este licitante não cumpra os requisitos de habilitação, será convocado o classificado em segundo lugar e assim sucessivamente.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Esta regra será adotada neste projeto com vistas à adjudicação do objeto, pois permite para este caso, maior celeridade ao processo licitatório, agilidade na contratação, redução do volume de documentos de habilitação a serem analisados pela Comissão e diminuição expressiva da possibilidade de interposição de recursos e impugnações por parte dos demais licitantes, como usualmente ocorre nesta fase no procedimento tradicional.

4 CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA PROPOSTA

É cediço que, dentro do juízo de discricionariedade do Poder Concedente, e contempladas as características de cada certame, podem ser adotados um dos critérios previstos em lei.

O artigo 15 da Lei 8.987/15 autoriza a adoção dos seguintes critérios para julgamento da proposta:

- I. menor valor da tarifa;
- II. maior oferta; combinação dos dois critérios anteriores; melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- III. melhor proposta em razão da combinação de proposta técnica e de oferta de pagamento pela outorga;
- IV. melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga com melhor técnica; ou melhor oferta de pagamento após qualificação de propostas técnicas.

O critério de julgamento adotado para essa Concessão foi o de menor valor da contraprestação a máxima a ser paga pelo Poder Concedente, uma vez, que para a licitação do respectivo objeto para se atingir com

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

maior segurança os princípios do julgamento objetivo, isonomia, impessoalidade, vantajosidade e modicidade tarifária, no caso em estudo é o critério de julgamento que entendemos ser mais adequado. Ademais, é o tipo de licitação usualmente adotado em certames com esse objeto. Sobretudo no que diz respeito à Parcerias Público-Privadas, que exigem-se, usualmente critérios de julgamento subjetivos, onde a remuneração da concessionária é avaliado de acordo com critérios de aferição de desempenho.

5 HABILITAÇÃO

Com relação à habilitação, as exigências editalícias deverão observar a Lei Federal sobre Concessões nº8.987/1995, além da lei federal de licitação e contratos nº8.666/1993. Os documentos de habilitação compreendem a habilitação jurídica, a qualificação econômico- financeira, a regularidade fiscal e trabalhista, a qualificação técnica, e o cumprimento do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da CR/88.

As exigências de habilitação atestam que o interessado em participar do certame tem capacidade - jurídica, técnica e econômica - de executar o objeto do contrato de concessão. A comprovação de capacidade fixada pelo Edital confere ao Poder Concedente, previamente, a segurança de que os serviços públicos serão prestados com a qualidade e a eficiência que se espera.

a) Qualificação Jurídica

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Em absoluta consonância com o disposto no art. 28, da Lei de Licitações, as exigências de habilitação jurídica previstas no Edital são:

- i. estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, inclusive com a última alteração registrada no registro empresarial que consolidou as disposições do estatuto ou contrato social;
- ii. prova de eleição dos administradores da PROPONENTE individual ou de cada uma das consorciadas, devidamente registrada no registro empresarial ou órgão competente;
- iii. ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

b) Qualificação Econômico-financeira

Para comprovação da qualificação econômico financeira as exigências editalícias observaram o regramento constante do art. 31 da Lei de Licitações, visando a garantir a boa situação financeira da licitante vencedora de forma que esta possa executar o objeto do contrato. Foram exigidos pelo Edital:

- I. Certidão negativa de pedido de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, expedida pelo distribuidor da comarca do Município onde se encontra a sede da PROPONENTE, datada de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data da licitação.
 - a. No caso de certidão apontando a existência de recuperação judicial ou extrajudicial, a PROPONENTE deverá apresentar documento que comprove a sua capacidade econômico-financeira, conforme entendimento da consolidado dos tribunais.

- II. Apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social exigido na forma da lei, devidamente registrados perante o órgão de registro competente e, nos casos exigidos pela legislação brasileira, auditados por empresa de auditoria independente regulamente registrada nos órgãos competentes, sendo vedada a apresentação de balancetes ou balanços provisórios.

c) Regularidade Fiscal e Trabalhista

Para a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, os interessados devem apresentar no envelope destinado aos documentos de habilitação:

- (i) Prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda - CNPJ;
- (ii) Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes municipal e/ou estadual, se houver, relativo ao domicílio ou sede da PROPONENTE;
- (iii) Prova de regularidade relativa à Seguridade Social e junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- (iv) Certidão negativa conjunta, emitida pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), relativamente aos tributos administrados pela RFB, às contribuições previdenciárias e à dívida ativa da União administrada pela PGFN; e

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

- (v) Prova de regularidade junto à Fazenda Estadual e Municipal (referente ao ISSQN) da sede da PROPONENTE;
- (vi) Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do art. 29, V, da LEI DE LICITAÇÕES.

d) Qualificação Técnica

A qualificação técnica envolve a aptidão e conhecimento prático para execução do objeto do contrato.

No caso específica da concessão que se pleiteia, para a definição dos quantitativos dos atestados, foi respeitado o percentual máximo de 50% (cinquenta por cento) do quantitativo do contrato .

Por conseguinte, os seguintes quesitos foram consolidados no instrumento convocatório:

- Comprovação de que a PROPONENTE tenha realizado investimentos de no mínimo R\$ 58.300.000,00 (cinquenta e oito milhões e trezentos mil reais) ou mais, em empreendimento na construção, instalação, reforma, ampliação ou modernização da infraestrutura relacionada ao empreendimento atestado;
- Comprovação, de que a proponente tenha executado a operação e manutenção preventiva e corretiva de no mínimo 11.000 (onze mil) pontos de iluminação em vias públicas, bem como execução de obras e serviços

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

de ampliação, ou reforma ou efficientização energética de sistema de iluminação, contemplando no mínimo 11.000 (onze mil) pontos de iluminação em vias públicas.

e) Vedação de somar atestados

Quanto ao item na minuta de edital que veda o somatório de atestados, é sabido que esse impedimento é medida excepcional que deve estar amparada em justificativa de ordem técnica e exige vedação expressa no edital da licitação.

Ademais, essa vedação se mostra cabível nos casos em que a complexidade do objeto decorre da sua dimensão quantitativa, como na terceirização de serviços ou mesmo para a instalação de pontos de iluminação pública, por exemplo. Nessas situações, não terá cabimento o somatório de atestados, visto que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão não capacita, necessariamente, a empresa para a execução de objetos maiores.

Ora, há de se considerar, por hipótese, que uma empresa que consegue atender à rede de iluminação pública em 3 (três) municípios de 3 mil habitantes, não necessariamente terá condições de atender à demanda de 1 (uma) cidade de aproximadamente 218 mil moradores, como Santa Luzia. O volume de trabalho a ser executado em uma cidade maior, será muito superior, o que exigirá maior capacidade técnica operacional da empresa.

Todavia, ressalta-se, que não se descarta, nessas hipóteses, a possibilidade de somatório de atestados para contratos executados

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

concomitantemente, o que poderá ser respondido, caso haja algum pedido de esclarecimento formulados pelos licitantes, com esta dúvida.

Este entendimento pode ser extraído a partir da jurisprudência do TCU:

“[Voto]

(...)

12. Entretanto, o mencionado acórdão não tratou especificamente da possibilidade de comprovação da experiência técnica mediante a soma de atestados. É bem verdade que, de acordo com a tradicional jurisprudência desta Corte de Contas, em regra, deve haver a permissão de que os requisitos técnicos exigidos em licitações públicas sejam comprovados mediante a apresentação de mais de um atestado.

13. **Esse entendimento geral, contudo, não afasta a possibilidade de que a restrição à soma de atestados ocorra quando o objeto licitado assim exigir.** A respeito, o TCU manifestou-se mediante o Acórdão 2.150/2008 - Plenário, subitem 9.7.2:

(...)

15. Nas situações de terceirização de mão de obra, como já adiantado, busca-se averiguar a capacidade das licitantes em gerir pessoal. Nesse sentido, o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1.214/2013-Plenário:

(...)

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

16. Sob essa ótica, entendo que admitir a simples soma de atestados não se mostra o procedimento mais adequado para se aferir a capacidade técnico operacional das licitantes. Isso porque **se uma empresa apresenta sucessivos contratos com determinados postos de trabalho, ela demonstra ter expertise para executar somente os quantitativos referentes a cada contrato e não ao somatório de todos.** Em outras palavras, a demanda por estrutura administrativa dessa empresa está limitada aos serviços exigidos simultaneamente, não havendo que se falar em duplicação dessa capacidade operacional apenas porque determinado objeto executado em um exercício é novamente executado no exercício seguinte.

17. Em suma, **não há porque, e aqui divirjo pontualmente da unidade técnica, supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores.** De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho.

18. Não é demais rememorar que a jurisprudência desta Corte, em regra, é conservadora no sentido de que a exigência técnico-operacional se limite a 50% do objeto contratado. Ou seja, caso o objeto seja

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

dimensionado para cem postos de trabalho, as exigências editalícias devem se limitar a cinquenta postos. Desta feita, ao se aceitar a simples soma de atestados, estar-se-á se permitindo que uma empresa com experiência, ainda utilizando do exemplo anterior, em gerenciar dez postos de trabalho assuma um compromisso dez vezes maior com a administração pública.

(...)

20. Exceção a esse entendimento deve ser feita quanto os diferentes atestados se referem a serviços executados de forma concomitante. Nessa situação, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, é como se os serviços fossem referentes a uma única contratação. Com efeito, se uma empresa executa simultaneamente dez contratos de dez postos de serviços cada, cabe a suposição de que a estrutura física da empresa é compatível com a execução de objetos referentes a cem postos de serviços. Vislumbra-se, inclusive, nessa situação hipotética, maiores exigências operacionais para gerenciar simultaneamente diversos contratos menores em locais diferentes do que gerenciar um único contrato maior (sempre considerando que haja identidade entre o somatório dos objetos desses contratos menores e o objeto desse contrato maior).” (TCU, Acórdão nº 2.387/2014, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, j. em 10.09.2014 (Grifo nosso)

Desta feita, considerando a complexidade dos serviços e projetos a serem executados, bem como o vulto da licitação em apreço, este município entendeu como medida de cautela e prudência, vedar o somatório de atestados de capacidade técnica, a fim de assegurar maior rigor à verificação da capacidade técnico operacional das empresas licitantes.

Neste sentido, cumpre informar que a adoção desta vedação é plenamente justificável, não prejudica a competitividade do certame, tampouco limita o universo de possíveis interessados, mas sim garante maior segurança jurídica à contratação a ser realizada pelo Poder Público.

Por conseguinte, para as diretrizes de realização do procedimento licitatório, a minuta de Edital e Anexos necessários ao processo licitatório estão em volume apensado a este Caderno com a seguinte documentação:

EDITAL e os seguintes anexos:

ANEXO 1 - MINUTA DE CONTRATO

ANEXO 2 - MODELO DE CARTAS E DECLARAÇÕES

ANEXO 3 - GLOSSÁRIO

ANEXO 4 - CRONOGRAMA DA LICITAÇÃO

ANEXO 5 - MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA B3

6 MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Em relação aos mecanismos de resolução de controvérsias o artigo 23-A da Lei 8.987/1995, que disciplina a concessão comum, admite a utilização de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão.

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Na mesma linha prescreve o artigo 11, inciso III, da Lei 11.079/2004, a Lei de PPPs. Além dos arranjos contratuais relacionados à concessão, vale fazer menção ao artigo 42, §5º, da Lei 8.666/93, que admite expressamente a importação de normas e procedimentos de organismos internacionais financiadores do contrato administrativo, o que pode implicar na utilização obrigatória do dispositivo como condição para liberação de eventual financiamento.

“Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

A arbitragem é um instituto alternativo ao sistema judicial para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, estando prevista a sua aplicação no âmbito da Administração Pública no §1º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Além de ser uma das formas de aplicação do princípio da eficiência e da economicidade, uma vez que afasta a morosidade do sistema judicial, permitindo a efetiva pacificação dos conflitos.

O dispositivo exposto define a possibilidade de realizar cláusula compromissória e compromisso arbitral para se convencionar a arbitragem. A cláusula compromissória deverá ser prevista no contrato de



HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

concessão dispendo sobre a submissão dos litígios decorrentes do contrato à arbitragem. O compromisso arbitral é a convenção na qual litígio específico decorrente do contrato é submetido à arbitragem, uma vez celebrada a convenção de arbitragem.

Assim, entende-se que a arbitragem será um importante instrumento de pacificação de conflitos nesse projeto de concessão administrativa, uma vez que proporcionará eficiência e economicidade conforme disposto.

10 CONCLUSÃO

Verifica-se que foram avaliadas todas as características técnicas das atividades a serem desenvolvidas, a viabilidade econômico-financeira e jurídica do projeto. Foram demonstrados os mecanismos legais adequados para sua execução, em especial, a escolha do modelo de contratação.

Foram desenvolvidos, para tanto, estudos sobre Modelo Jurídico Institucional; os Marcos Regulatórios; Value for Money (*VfM*); Matriz de riscos; as Garantias; Verificador Independente; os aspectos ambientais e tributários; arbitragem e a minuta do Edital e respectivos anexos necessários à contratação.



VIANA GUIMARÃES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HOUER
CONCESSÕES

Minutas de Projetos de Leis - Contrato nº463/2018

Rua Maranhão, 166 - 10º andar, Santa Efigênia
Belo Horizonte | MG - Brasil | CEP: 30.150-330
+55(31) 3508-7375