

Manual de Parcerias do Estado de São Paulo





APRESENTAÇÃO

Este manual foi elaborado com o objetivo trazer as boas práticas do Estado de São Paulo para a estruturação de parcerias¹ no âmbito estadual, auxiliando tanto o setor público como os investidores privados. Ele não possui caráter vinculante², e tem como objetivo orientar as atividades dos órgãos e entidades envolvidos no âmbito do Programa Estadual de Concessões e PPPs, para difundir o conhecimento acerca das concessões e Parcerias Público-Privadas e estabelecer regras claras para avaliação, estruturação, contratação e gestão de projetos dessa natureza. Trata-se de um guia orientativo, elaborado para nortear a estruturação de novos projetos, de forma que estes sejam capazes de representar uma evolução em relação àqueles já desenvolvidos pelo Estado de São Paulo.

Neste sentido, o manual contempla conceitos, procedimentos e metodologias, e poderá ser usado como um guia pelos agentes públicos e privados, permitindo que os atores envolvidos em processos de parcerias no Estado tenham um visão clara de seu papel e de quais ações devem ser tomadas em cada etapa do projeto.

(1) Parceria, nos termos do Decreto Estadual nº 61.371/2015 engloba (i) concessão ou permissão de serviços públicos, regidas pela Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/1995) e pela Lei Estadual nº 9.361/1996, e (ii) Parcerias público-Privadas regidas pela Lei Federal de PPP (Lei Federal nº 11.079/2004) e pela Lei Estadual de PPP (Lei Estadual nº 11.688/2004).

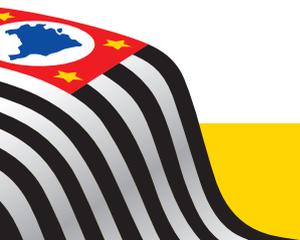
(2) Por ser meramente orientativo e de caráter abstrato, este manual não poderá ser invocado para fins de reequilíbrio econômico-financeiro de qualquer contrato administrativo. Tampouco poderá ser arguido em face de licitações, procedimentos administrativos, e quaisquer outros eventos ou foros de que a Administração Estadual participe.



CONTEÚDO

PARTE 1 – AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO	9
1. NOTAS SOBRE AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO	10
1.1. Apontamentos sobre o Regime Jurídico das Concessões Comuns	13
1.2. As Parcerias Público-Privadas	18
1.3. Considerações para definição do regime de parceria	19
1.4. Benefícios e limites do modelo de parcerias	22
2. O PROGRAMA DE PPP DO ESTADO DE SÃO PAULO	25
2.1. As fases da PPP	26
2.2. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de PPP	27
2.2.1. Conselho Gestor de PPP (CGPPP)	28
2.2.2. Secretário Executivo (SE CGPPP)	29
2.2.3. Subsecretaria de Parcerias e Inovação	30
2.2.4. Unidade de PPP (UPPP)	30
2.2.5. Companhia Paulista de Parcerias (CPP)	33
2.2.6. Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CACPPP)	34
2.2.7. Órgãos Setoriais	34
2.2.8. Procuradoria Geral do Estado (PGE)	35
2.3. Arcabouço legal das PPPs no Estado de São Paulo	36
3. O PROGRAMA DE CONCESSÕES DO ESTADO DE SÃO PAULO	39
3.1. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de Concessões	39
3.2. Arcabouço Legal das Concessões no Estado de São Paulo	40
4. DAS FUTURAS PARCERIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO	42
PARTE 2 – PROCEDIMENTOS E DIRETRIZES PARA PROJETOS DE PARCERIAS	44
5. CICLO DE PROJETO DE PARCERIAS NO ESTADO	45
6. FASE DE PRÉ-ENQUADRAMENTO	47
6.1. Procedimento	48
6.1.1. Proposição de projeto	48
6.1.2. Recebimento da Proposta e encaminhamento para análise	49
6.1.3. Análise de Conformidade	49
6.1.4. Manifestação Formal sobre a Proposta Preliminar	50
6.1.5. Deliberações do CGPPP ou do CDPED	51
6.1.6. Critérios para aprovação da Proposta Preliminar	51
6.1.7. Definição da forma de realização dos estudos no caso de proposição pública	52
6.1.8. Autorização para formação do Grupo de Trabalho	52

6.2.	Conteúdo mínimo necessário para a proposição de projetos de parceria	53
6.2.1.	Identificação da proposta	53
6.2.2.	Objeto	53
6.2.3.	Justificativa	53
6.2.4.	Relevância Social	54
6.2.5.	Aspectos de Inovação	54
6.2.6.	Aderência aos Planos de Governo	54
6.2.7.	Aspectos do Modelo de Concessão	54
6.2.7.1.	Modelo de Negócio	54
6.2.7.2.	Características gerais do modelo de negócio	55
6.2.8.	Viabilidade jurídica e Aspectos Jurídicos Relevantes	56
6.2.9.	Qualidade e Indicadores de desempenho	56
6.2.10.	Dados Econômico-Financeiros	56
6.2.10.1.	Prazos	56
6.2.10.2.	Descritivo e Estimativa de Investimentos	57
6.2.10.3.	Previsão dos custos operacionais envolvidos	57
6.2.10.4.	Tributos	58
6.2.10.5.	TIR	58
6.2.10.6.	Elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público	58
7.	FASE DE MODELAGEM	59
7.1.	Procedimento	59
7.1.1.	Elaboração do Chamamento Público	59
7.1.2.	Autorização	60
7.1.2.1.	Autorização exclusiva	62
7.1.3.	Realização de estudos	62
7.1.4.	Consolidação e aproveitamento de estudos	64
7.1.5.	Procedimentos prévios à aprovação do projeto	65
7.1.5.1.	Nota técnica do Grupo de Trabalho	65
7.1.5.2.	Manifestação Formal sobre modelagem final	65
7.1.6.	Deliberação do CGPPP e do CDPED	66
7.2.	Conteúdo dos Estudos	67
7.2.1.	Conteúdo mínimo dos Estudos de Modelagem Técnica	67
7.2.1.1.	Análise da demanda	67
7.2.1.2.	Estudos de Engenharia e Arquitetura	68
7.2.1.3.	Estudos Ambientais	71
7.2.1.4.	Estudos de Desapropriação	73
7.2.1.5.	Estimativa de custos de implantação e reinvestimentos	74
7.2.2.	Conteúdo Mínimo dos Estudos de Modelagem Operacional	75



7.2.2.1.	Estimativas de custos e despesas	75
7.2.3.	Conteúdo Mínimo dos Estudos de Modelagem Econômico-Financeira	75
7.2.3.1.	Projeção de Fluxo de Caixa	76
7.2.3.2.	Projeção de receitas: Contraprestação e receitas tarifárias	76
7.2.3.3.	Receitas acessórias e complementares	77
7.2.3.4.	Aportes de Recursos Públicos	79
7.2.3.5.	Depreciação	82
7.2.3.6.	Impostos e Contribuições	82
7.2.3.7.	Capital de Giro	82
7.2.3.8.	Taxa de Desconto	83
7.2.3.9.	Mecanismo de Remuneração e Quadro de Indicadores de Desempenho (QID)	83
7.2.3.10.	Estudo de Value for Money	85
7.2.4.	Conteúdo Mínimo da Modelagem Jurídico-Institucional	86
7.2.4.1.	Análise de viabilidade jurídica e relatório de questões legais	87
7.2.4.2.	Diretrizes para a elaboração da minuta do edital e contrato	87
7.2.5.	Demais aspectos relevantes para formulação do Contrato	88
7.2.5.1.	Matriz de Riscos	88
7.2.5.2.	Proposição de garantias	92
7.2.5.3.	Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro	96
7.2.5.4.	Reequilíbrio econômico-financeiro das concessões: revisão ordinária e extraordinária	98
7.2.5.5.	Critérios para o Dimensionamento do Reequilíbrio	99
7.2.5.6.	Mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro	100
7.3.	Especificidades por Setor	103
7.3.1.	Mobilidade Urbana	103
7.3.2.	Projetos logísticos	104
7.3.3.	Implantação e Gestão de Edificações dedicadas à Prestação de Serviços Públicos	104
7.3.4.	Projetos habitacionais	105
7.3.5.	Rodovias	106
7.3.6.	Projetos de apoio à Segurança Pública	106
7.3.7.	Hospitais	107
7.3.8.	Saneamento básico:	107
7.4.	Especificidades por modalidade	108
8.	FASE DE LICITAÇÃO	109
8.1.	Orientações para elaboração do Edital	111
8.1.1.	Anexos que integram o edital	112
8.2.	Orientações para elaboração do Contrato	114
8.3.	Orientações para elaboração do Caderno de Encargos	117
8.4.	Consulta Pública e Audiência Pública	117

8.5.	Licitação	120
8.6.	Condicionantes para assinatura do contrato	120
8.6.1.	Ressarcimento dos estudos	121
8.6.2.	Constituição da SPE e formalização do contrato de PPP	121
9.	FASE DE GESTÃO DO CONTRATO	124
9.1.	Acompanhamento, fiscalização e controle do contrato de parceria pelo Poder Concedente	124
9.2.	Agentes envolvidos na etapa de Gestão do Contrato	124
9.2.1.	Atribuições da Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CAC PPP)	124
9.2.2.	Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Gestor de PPP	125
9.2.3.	Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Diretor do Programa Estadual de Concessões	125
9.2.4.	Acompanhamento do contrato por Agências Reguladoras	125
9.2.5.	Acompanhamento do contrato pela Assembleia Legislativa do Estado	126
9.2.6.	Acompanhamento do Contrato pelo TCE-SP	126
9.2.7.	Acompanhamento do contrato pela Secretaria do Tesouro Nacional	127
9.2.8.	Certificador de Implantação	128
9.2.9.	Verificador Independente	131
ANEXOS		135
ANEXO 1 - GLOSSÁRIO		136
ANEXO 2 – DESCRIÇÃO DOS PRINCIPAIS ELEMENTOS DOS DOCUMENTOS LICITATÓRIOS		140
1.	PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O EDITAL	140
2.	PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONTRATO	164
3.	PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕE O CADERNO DE ENCARGOS	202
ÍNDICE DE FIGURAS		
Figura 1 –	Conceito amplo de Parcerias entre Administração Pública e Setor Privado	10
Figura 2 –	Conceito de Parcerias Público-Privadas no âmbito brasileiro	18
Figura 3 –	Resumo das fases típicas do ciclo de vida de um projeto de PPP	26
Figura 4 –	Organograma dos principais agentes do Programa de PPP de São Paulo	27
Figura 5 –	Estrutura do Conselho Gestor de PPP do Estado de São Paulo	28
Figura 6 –	Principais atividades do CGPPP ao longo do ciclo de projetos de PPP	29
Figura 7 –	Principais atividades da UPPP ao longo do ciclo de projetos de PPP	32
Figura 8 –	Principais atividades da CPP ao longo do ciclo de projetos de PPP	33
Figura 9 –	Principais atividades dos Órgãos Setoriais ao longo do ciclo de projetos de PPP	35
Figura 10 -	Estrutura do CDPED do Estado de São Paulo	39
Figura 11 –	Visão geral do ciclo de projeto de PPP	46
Figura 12 –	Fluxo dos principais procedimentos da Etapa de Pré-enquadramento	48

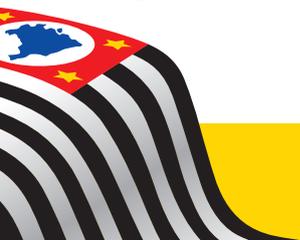


Figura 13 – Modalidades de Concessão	55
Figura 14 – Fluxos dos principais procedimentos da fase de Modelagem	67
Figura 15 – Fluxo dos principais procedimentos da Fase de Licitação	111

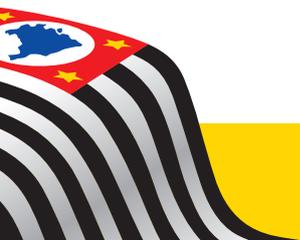
ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1 – Exemplos de diplomas normativos relativos a parcerias no âmbito federal	10
Tabela 2 – Exemplos de diplomas normativos relativos a parcerias no âmbito estadual	11
Tabela 3 – Tabela comparativa das modalidades de Concessões	21
Tabela 4 – Atribuições da UPPP no Programa Estadual de PPP	30
Tabela 5 – Diplomas Normativos relacionados a PPP no âmbito Estadual	36
Tabela 6 – Diplomas normativos relacionados ao processo licitatório no Estado de São Paulo	37
Tabela 7 – Diplomas normativos relacionados a PPP no âmbito federal	37
Tabela 8 – Exemplos de diplomas normativos aplicáveis a projetos de PPP que dependem de recursos do Governo Federal.	38
Tabela 9 – Diplomas normativos aplicáveis a Concessões no âmbito estadual	40
Tabela 10 – Diplomas normativos relacionados ao procedimento licitatório no âmbito estadual	41
Tabela 11 – Diplomas normativos aplicáveis a Concessões no âmbito federal	41
Tabela 12 – Níveis de detalhamento do Chamamento Público	60
Tabela 13 – Comparativo do nível de aprofundamento dos estudos de engenharia e arquitetura nos estudos de viabilidade técnica e econômica, no projeto básico e no projeto executivo	69
Tabela 14 – Principais grupos de riscos a serem considerados na elaboração da Matriz de Riscos	90
Tabela 15 – Exemplos de anexos que podem compor o Edital	113

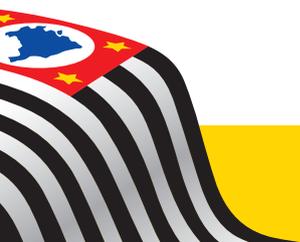
ÍNDICE DE EXEMPLOS

Exemplo 1 - Estudos ambientais adotados para licitação de PPPs no Estado de São Paulo	72
Exemplo 2 – Previsão de receitas acessórias em contratos de PPPs no Estado de São Paulo	78
Exemplo 3 - Previsão de aporte de recursos em contratos de PPP do Estado de São Paulo	81
Exemplo 4 – Considerações sobre Indicadores de Desempenho adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo	84
Exemplo 5 – Cláusulas de alocações de riscos adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo	91
Exemplo 6 - mecanismos de garantias adotados em PPPs contratadas no Estado de São Paulo	93
Exemplo 7 - Mecanismos de garantias aos financiadores adotados PPPs contratadas no Estado de	95
Exemplo 8 – Exemplos de critérios para o dimensionamento do reequilíbrio contratual adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo	100
Exemplo 9 – Mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo	102

Exemplo 10 – Diretrizes para Constituição de SPE adotadas em PPPs no Estado de São Paulo	122
Exemplo 11 – Previsão de contratação de Certificador da Implantação em contratos de PPP no Estado de São Paulo	130
Exemplo 12 – Previsão de contratação de Verificador Independente em contratos de PPP no Estado de São Paulo	133
Exemplo 13 – Condições de Participação adotados em Editais de PPP do Estado de São Paulo	141
Exemplo 14 – Mecanismos de Esclarecimentos adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	142
Exemplo 15 – Critérios para possibilidade de participação de Consórcio adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	143
Exemplo 16 – Editais de PPP no Estado de São Paulo nos quais houveram inversão de fases	145
Exemplo 17 - Critérios de inabilitação adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	149
Exemplo 18 – Critérios de credenciamento adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	150
Exemplo 19 – Modalidades de garantias de proposta aceitas em Editais de PPP do Estado de São Paulo	151
Exemplo 20 – Critérios de Julgamento de Propostas Comerciais adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	153
Exemplo 21 – Critérios de julgamento de Propostas Técnicas adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	155
Exemplo 22 – Possibilidade de Saneamento de Falhas adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	156
Exemplo 23 – Possibilidade de Recurso Administrativo adotado em Editais de PPP no Estado de São Paulo	157
Exemplo 24 – Homologação e Adjudicação do vencedor da Licitação de PPPs no Estado de São Paulo	159
Exemplo 25 – Sanções Administrativas Previstas em Editais de PPP no Estado de São Paulo	160
Exemplo 26 – Procedimentos para Assinatura do Contrato adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo	161
Exemplo 27 – Disposições finais dos Editais de PPP no Estado de São Paulo	162
Exemplo 28 – Duração do contrato de PPPs do Estado de São Paulo	165
Exemplo 29 – Valor do Contrato e critério adotados em PPP no Estado de São Paulo	166
Exemplo 30 – Disposições sobre financiamento adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	168
Exemplo 31 – Critérios de reajustes adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	169
Exemplo 32 – Disposições sobre a SPE adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	170
Exemplo 33 – Possibilidade de transferência de controle adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	171
Exemplo 34 – Possibilidade de subcontratação adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	172
Exemplo 35 – Mecanismos de fiscalização adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	174
Exemplo 36 – Mecanismos de Remuneração adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	175
Exemplo 37 – Planos de Seguros adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	177
Exemplo 38 – Exemplos de garantia da execução do contrato pela Concessionária adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	179
Exemplo 39 – Cláusulas de regime de bens adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	181



Exemplo 40 – Cláusulas sobre reversão dos bens adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	182
Exemplo 41 – Cláusulas de desapropriações adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	183
Exemplo 42 – Mecanismos de solução amigável de conflitos previstos em contratos de PPP no Estado de São Paulo	185
Exemplo 43 – Cláusulas sobre Arbitragem adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	187
Exemplo 44 - Cláusulas sobre pedido cautelar no caso Arbitragem adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo	188
Exemplo 45 – Cláusulas sobre Sanções e penalidades aplicáveis adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	190
Exemplo 46 – Cláusulas sobre Foro judicial adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	190
Exemplo 47 – Cláusulas a respeito de situações aptas a ensejar intervenções adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	191
Exemplo 48 – Cláusulas a respeito da Transferência da Concessão adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	193
Exemplo 49 – Cláusulas a respeito da Assunção de Controle pelos Financiadores adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	194
Exemplo 50 - Cláusulas a respeito de Caso Fortuito e Força Maior adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	195
Exemplo 51 - Cláusulas sobre Extinção da Concessão adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	196
Exemplo 52 - Cláusulas sobre Término de Prazo Contratual adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	197
Exemplo 53 – Cláusulas sobre Encampação adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	198
Exemplo 54 - Cláusulas sobre Caducidade adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo	200
Exemplo 55 – Cláusulas sobre Rescisão Contratual adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo	201



PARTE 1

AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO



1. NOTAS SOBRE AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO

O conceito mais amplo e geral de parcerias entre o setor Público e Privado, apresentado na figura a seguir, surgiu na Inglaterra no final do século passado sob a denominação de “public-private partnerships”, e compreende uma vasta gama de parcerias entre entidades públicas e privadas, que vão além daquelas definidas na legislação brasileira que institui as Parcerias Público-Privadas³, e envolve a provisão de serviço público, serviço de utilidade pública ou infraestrutura pública, nas quais o parceiro privado assume riscos técnicos, financeiros e operacionais relevantes.

Figura 1 – Conceito amplo de Parcerias entre Administração Pública e Setor Privado

As **parcerias** entre setores público e privado são mecanismos de colaboração entre o Estado e entidades do setor privado, que pressupõem a realização de obras e serviços relacionados à prestação de um serviço público ou de uma infraestrutura pública, bem como a amortização gradual dos investimentos efetuados pelo parceiro privado ao longo da própria exploração do contrato. Essas parcerias vão desde joint ventures até meras terceirizações de serviços, passando por concessões, leases, contratos de fornecimento e outras formas de parcerias associadas à oferta de políticas, serviços e infraestruturas públicas.

De maneira geral, as parcerias entre a Administração Pública e os particulares envolvem contratações nas quais o particular assume maiores responsabilidades e possui maior liberdade empresarial, além de haver maior cooperação entre o Poder Público e o parceiro privado, em uma relação contínua, baseada em interesses comuns relevantes.

A disciplina legal dessas diversas formas de parcerias não se restringe à Lei Federal de PPPs, mas se encontra em diversos diplomas normativos, tais como os elencados na tabela a seguir, a âmbito federal.

(3) Lei 11.079/2004 – Lei Federal de PPPs.

Tabela 1 – Exemplos de diplomas normativos relativos a parcerias no âmbito federal

Diploma normativo	Descrição
Lei Federal nº 8.666/1993	Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.
Lei Federal nº 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.
Lei Federal nº 9.637/1998	Disciplina as Organizações Sociais.
Lei Federal nº 9.790/1999	Institui o termo de parceria e dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público.
Lei Federal nº 11.079/2004	Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.
Lei Federal nº 13.019/2014	Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil.

Ja no âmbito do Estado de São Paulo, merecem destaque os diplomas normativos elencados na próxima tabela.

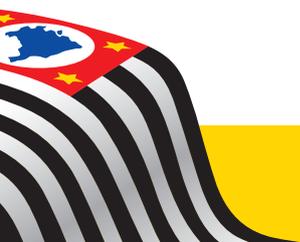


Tabela 2 – Exemplos de diplomas normativos relativos a parcerias no âmbito estadual

Diploma normativo	Descrição
Lei Estadual nº 7.835/1992	Trata das Concessões de Serviços Públicos no Estado de São Paulo.
Lei Estadual nº 9.361/1996	Cria o Programa Estadual de Desestatização.
Lei Estadual Complementar nº 846/1998	Disciplina as Organizações Sociais (OS) e suas respectivas parcerias com o Poder Público.
Lei Estadual nº 11.598/2003	Dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).
Lei Estadual nº 11.688/2004	Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas.

Além destes, há previsão de características específicas das parcerias também na legislação setorial, em áreas como telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/1997), portos (Lei Federal nº 12.815/2013), petróleo e gás (Lei Federal nº 9.478/1997 e Lei Federal nº 12.351/2010, entre outras). No âmbito estadual, é possível apontar a previsão de parcerias na legislação setorial, em áreas como saneamento (Lei Complementar Estadual nº1.025/2007), transporte (Lei Complementar Estadual nº914/2002), petróleo e gás (Decreto Estadual nº 56.074/2010) e recursos hídricos (Lei Estadual nº7.663/1991). O sentido geral de toda essa legislação é o de permitir, por diversas formas e em diferentes graus, que o particular concorra para a consecução de interesses públicos.

De maneira ampla, o gênero “concessões” – de que as PPPs⁴ e as concessões comuns são espécies – pode ser definido como uma parceria que envolve a delegação, mediante licitação, da prestação de serviços públicos ou de utilidade pública, bem como a exploração de infraestrutura ou obra pública, para que o particular assumas as atividades a elas relacionadas,

(4) A Lei Federal de PPP define duas modalidades de Parcerias Público-Privadas: (i) Concessões Patrocinadas e (ii) Concessões Administrativas.

por sua conta e risco e por prazo determinado, remunerando-se pela exploração do próprio objeto da concessão. As concessões em sentido amplo caracterizam-se por contratos de longo prazo, no qual a Concessionária assume os investimentos necessários à execução da atividade e assume todos os riscos empresariais inerentes aos serviços, com liberdade de gestão de negócios e responsabilidade integral pelos seus resultados.

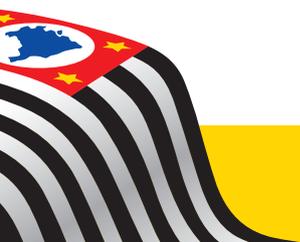
As diferentes modalidades de concessão – comum, patrocinada e administrativa - são classificadas, nos termos da legislação vigente, de acordo com o regime de remuneração da Concessionária e com o objeto da contratação.

As concessões comuns, disciplinadas pela Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, aplicam-se aos casos em que se pretende delegar à iniciativa privada a gestão e a prestação de serviços públicos que possam ser remunerados por tarifas pagas pelos seus usuários finais. Ainda que as receitas da tarifa possam ser complementadas por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, as concessões comuns pressupõem que os projetos sejam viáveis sem que seja necessário o aporte direto de recursos por parte do Poder Público.⁵ Há ainda a possibilidade de o retorno destes projetos serem tão altos que o privado pague um valor fixo ou variável ao Poder Público para obter o direito de exploração dos serviços, hipóteses em que as concessões são conhecidas como “concessões onerosas”. As concessões comuns não se aplicam, portanto, aos serviços que não sejam legalmente enquadrados como serviços públicos ou àqueles que envolvam contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado⁶.

Por sua vez, as concessões patrocinadas, regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, aplicam-se à delegação de serviços públicos cuja viabilidade econômico-financeira só é alcançada por meio de um mix de remuneração, que combina as tarifas a serem pagas pelos usuários e uma complementação remuneratória paga diretamente pela Administração Pública, sob a forma de contraprestação pecuniária. A complementação remuneratória do Poder Público tem a finalidade de garantir que as tarifas não se tornem proibitivas ou socialmente inaceitáveis para os usuários (modicidade das tarifas), notadamente nos casos de empreendimentos que demandam investimentos intensos. As concessões patrocinadas, assim como as concessões comuns, pressupõem a prestação de um serviço público remunerado por tarifas pagas

(5) O art. 17 da Lei Federal nº 8.987/1995 admite ainda a possibilidade de a concessão comum contar com subsídios públicos. Para tanto, os subsídios devem ser previstos em lei e devem ser de conhecimento de todos os licitantes, a fim de se preservar a competição na licitação. O subsídio admitido na Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos não se confunde com a contraprestação pública prevista na concessão patrocinada, por não ser destinado a custear os serviços, mas sim a reduzir o ônus econômico do investimento previsto, de maneira a desonerar os usuários e o próprio Poder Público. Também não se confunde com a figura do aporte de recursos, aplicável exclusivamente aos contratos de concessão patrocinada e concessão administrativa disciplinados pela Lei Federal nº 11.079/2004. O aporte, neste sentido, consiste em uma transferência de recursos públicos destinada ao custeio imediato, antes da disponibilização dos serviços, dos gastos referentes à aquisição de bens reversíveis. Sobre o aporte de recursos, v. abaixo item 5.4.4 deste Manual.

(6) Nos termos da Lei nº 11.079/2004, art. 2º, § 3º.



pelo usuário final, mas neste caso a tarifa não será responsável pelo custeio integral dos serviços e será complementada pela contraprestação paga pelo Poder Público. Há também a possibilidade de que seja previsto, no contrato, que parte destes custos serão remunerados por meio da exploração de receitas acessórias.

Já as concessões administrativas, igualmente definidas pela Lei Federal de PPPs, aplicam-se às prestações de serviços dos quais a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolvam execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Não existe, nesse caso, a figura do usuário individualmente identificado e responsável pelo pagamento de tarifas para custeio do serviço. Nesta modalidade de concessão, a remuneração do parceiro privado será integralmente proveniente de recursos públicos pagos diretamente pela Administração. Aqui, como nas demais modalidades de concessão, é também possível a previsão de exploração de receitas acessórias e estas, por sua vez, podem vir a complementar a remuneração do parceiro privado. As concessões administrativas se prestam a viabilizar a prestação daqueles serviços que não possam ser objeto de cobrança de tarifas, como, por exemplo, os serviços constitucionalmente gratuitos de educação ou de saúde. As concessões administrativas podem ser igualmente utilizadas em casos em que não se está diante de um serviço público propriamente dito, mas sim de um serviço de utilidade pública, como, por exemplo, os serviços atrelados à manutenção ou gestão de infraestrutura pública.

As diferentes modalidades de parcerias não só apresentam regimes jurídicos próprios, mas também instrumentos jurídicos aplicáveis a situações concretas específicas. Antes de abordar as especificidades do regime jurídico das Parcerias Público-Privadas em sentido estrito, isto é, submetidas à Lei Federal nº 11.079/2004 e no caso do Estado de São Paulo à Lei Estadual nº 11.688/2004, são apresentadas brevemente algumas peculiaridades do regime jurídico das concessões comuns, que em muitos pontos guarda identidade com as PPPs.

1.1. Apontamentos sobre o Regime Jurídico das Concessões Comuns

As concessões comuns são regidas pela Lei Federal nº 8.987/1995 (“Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos”) e, no âmbito do Estado de São Paulo, pela Lei Estadual nº 7.835/1992 (“Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos”) e pela Lei Estadual nº 9.361/1996. Esses contratos constituem uma modalidade de concessão que não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Dentre os objetivos que podem fundamentar a escolha pela concessão comum, cabe citar:

- Atrair investimentos privados necessários para a construção, o incremento ou a ampliação de uma infraestrutura destinada à prestação de serviços públicos;
- Aproveitar a eficiência dos prestadores privados para a melhoria na qualidade, quantidade e preço da prestação dos serviços públicos; e
- Permitir que o Estado deixe de prestar diretamente os serviços, para se dedicar à proteção dos interesses públicos neles envolvidos, notadamente a garantia da qualidade e continuidade dos serviços e os interesses dos usuários.

As concessões devem ser precedidas de ato que justifique a conveniência da outorga e que caracterize seu objeto, área, prazo e as diretrizes que deverão ser observadas no edital de licitação e no contrato⁷. Em regra, as concessões comuns terão por objeto atividades que apresentem as seguintes características:

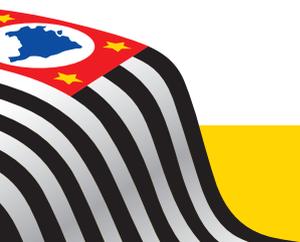
- Atividade demandada pelos cidadãos e cuja prestação seja atribuição do Estado (Poder Público);
- Natureza prestacional da atividade compatível com a possibilidade de sua exploração como objeto econômico; e
- Serviço que não dependa do pagamento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

As concessões comuns devem ter prazo determinado, mas a lei não estabelece um limite mínimo ou máximo para esse prazo, que deve ser estabelecido em cada caso no edital e no contrato. O prazo das concessões comuns deve ser justificado nos estudos de viabilidade que precedem o projeto e corresponde, em regra, ao período suficiente para que a Concessionária amortize os investimentos realizados durante a execução contratual.

A relação jurídica estabelecida nos contratos de concessão comum não se restringe apenas entre o Poder Concedente e a Concessionária. As concessões são entendidas como relações tripartites, pois os usuários são igualmente considerados parte da contratação, devendo ter seus direitos, obrigações e interesses previstos no contrato.

Nas concessões, a Concessionária assume os riscos que decorrem de sua atividade, especialmente os riscos associados ao seu sucesso ou insucesso empresarial, mas dispõe igualmente de maior liberdade para organizar a prestação dos serviços. Por outro lado, tradicionalmente, são alocados ao Poder Concedente os riscos que independem da ação diligente do privado, como, por exemplo, os riscos políticos, os riscos de alteração legislativa, os riscos derivados

(7) Lei Estadual nº 7.835/1992, art. 3º, caput e parágrafo único.



de força maior, entre outros. Observa-se, contudo, que os riscos variam de acordo com as particularidades de cada contrato, devendo ser identificados e alocados concretamente no contrato de concessão.

A definição objetiva desta repartição de riscos e da remuneração a eles correspondente integra a equação econômico-financeira do contrato, isto é, a estrutura de repartição entre os ônus e benefícios a serem assumidos pelas partes ao longo da execução contratual. Por expressa disposição legal e constitucional, esta equação deverá ser preservada ao longo de todo o contrato, procedendo-se ao seu reequilíbrio sempre que algum evento venha a desequilibrá-la.⁸

A Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos estabelece as normas aplicáveis à contratação de concessões de obras e serviços públicos (concessões comuns) no Estado de São Paulo. Publicada anos antes da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, institui um regime jurídico que se aproxima em muito do previsto no âmbito federal, com algumas particularidades.

O regime estadual prevê que compete ao Poder Concedente, dentre outras incumbências: (i) regulamentar o serviço concedido e fiscalizar sua prestação; (ii) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas do contrato, as quais podem ser modificadas unilateralmente para atender ao interesse público; (iii) fixar e rever as tarifas, estimulando a eficiência do serviço e a modicidade tarifária; (iv) zelar pela boa qualidade do serviço, administrando queixas e reclamações dos usuários; (v) declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à Concessionária, caso em que será deste a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; (vi) intervir na prestação do serviço, retomá-lo e extinguir a concessão, nos casos e nas condições previstos em lei e no contrato; e (vii) aplicar as penalidades legais e contratuais.

Por sua vez, incumbe à Concessionária: (i) prestar serviço adequado a todos os usuários; (ii) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais; (iii) cobrar as tarifas, conforme fixadas pelo Poder Concedente; (iv) zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço; (v) promover as desapropriações, na forma autorizadas pelo Poder Concedente; (vi) manter regularmente escriturados os seus livros, registros contábeis e arquivos; (vii) permitir o acesso dos encarregados da fiscalização aos locais, obras, instalações e equipamentos compreendidos na concessão; e (viii) prestar ao Poder Público contas da gestão do serviço.

(8) A respeito do direito ao reequilíbrio contratual, v. abaixo neste Manual.

Aos usuários, por sua vez, são atribuídos direitos tais como o de receber um serviço adequado e obter informações claras do Poder Público e da Concessionária, solicitadas para a defesa de interesses individuais ou coletivos. Eles possuem igualmente deveres de: (i) levar ao conhecimento do Poder Público e da Concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento referentes ao serviço prestado; (ii) denunciar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela Concessionária, na prestação do serviço público; e (iii) cumprir as obrigações legais ou regulamentares pertinentes à utilização do serviço.

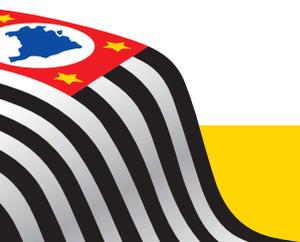
A extinção da concessão também é disciplinada na Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, que prevê, dentre outras coisas, que a concessão se extingue por término do prazo, anulação, caducidade, rescisão amigável ou judicial, encampação ou resgate, falência ou extinção da empresa Concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. Extinta a concessão, retornam ao Poder Concedente os direitos e privilégios delegados, com reversão dos bens vinculados à prestação do serviço.

Em relação à remuneração da Concessionária e à política tarifária, a Lei Estadual nº 7.835/1992 estabelece que a tarifa, cobrada diretamente dos usuários, deverá ser fixada segundo critérios que propiciem harmonia entre a exigência de prestação e de manutenção de serviço adequado e a justa remuneração da empresa Concessionária. Atribui-se ao Poder Concedente a competência para estabelecer, em favor da Concessionária, outras fontes acessórias de receita, na forma prevista no edital.

Por motivo de interesse público relevante, o Poder concedente poderá estabilizar ou reduzir o valor das tarifas, de forma a garantir sua modicidade ao usuário, desde que assegurada à Concessionária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além do mais, a Concessionária poderá oferecer, mediante anuência do Poder Concedente, os créditos e as receitas a que fizer jus em razão do contrato de concessão, como garantia de financiamento obtido para investimento nos serviços correspondentes.

A Lei Estadual prevê que são cláusulas essenciais do contrato de concessão comum:

- Objeto, área de prestação do serviço e prazo;
- Modo, forma e condições da prestação do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para seu aperfeiçoamento;
- Obrigação de execução das obras necessárias à prestação de serviço, com fixação dos respectivos prazos de início e conclusão e com especificação, quando for o caso, da forma e condições de seu pagamento pelo Poder Concedente;

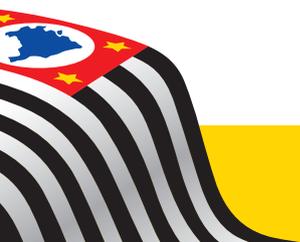


- Direitos e deveres dos usuários e condições para que estes obtenham e possam utilizar o serviço;
- Critérios para fixação e alteração da tarifa, com previsão da periodicidade e dos parâmetros de cálculo dos reajustamentos, bem como especificação de outras fontes acessórias de receita, quando for o caso;
- Mecanismos e critérios para o ressarcimento da Concessionária em caso de redução ou estabilização da tarifa por motivo de interesse público relevante;
- Valor dos recursos a serem aplicados e suas fontes de origem;
- Constituição de provisões para eventuais depreciações;
- Garantias para a adequada execução do contrato;
- Casos de extinção da concessão;
- Hipóteses em que será cabível a reversão dos bens aplicados no serviço;
- Forma de fiscalização do serviço;
- Obrigatoriedade, forma e prazo de prestação de contas pela Concessionária;
- Exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas, na forma estabelecida pelo Poder Público, e das planilhas de cálculo do custo do serviço;
- Responsabilidade das partes, penalidades a que se sujeita a Concessionária e indicação das autoridades competentes para aplicá-las;
- Penalidades aplicáveis aos usuários pelo não cumprimento de obrigações legais ou regulamentares pertinentes à utilização do serviço;
- Indenizações devidas e critérios para o seu cálculo, quando for o caso;
- Critérios para fixação de valores provisórios para indenização, nos casos de encampação ou resgate;
- Eventual outorga de poderes à Concessionária para promover as desapropriações ou constituir as servidões administrativas necessárias à execução do serviço concedido, com definição expressa de sua responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- Possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, desde que prevista no edital de licitação;
- Foro competente e modo amigável para solução das divergências contratuais; e
- Outras cláusulas peculiares ao objeto da concessão.

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 9.361/1996 prevê um procedimento específico para a aprovação dos projetos de concessão de serviços públicos. O procedimento exige que a delegação de serviços públicos seja inscrita no Programa Estadual de Desestatização ("PED"), mediante prévia análise e aprovação pelo Conselho Diretor responsável pelo programa, antes de ser levada a efeito pelo Governo do Estado.

As concessões comuns no âmbito estadual já implementadas concentram-se, principalmente, nos setores de rodovia, distribuição de gás canalizado e turismo. Seguem abaixo relacionadas:

- Sistema Rodoviário Anhanguera-Bandeirantes (Lote 01);
- Malha Rodoviária de Ligação entre Franca, Batatais, Ribeirão Preto, Araraquara, São Carlos e Santa Rita do Passa Quatro (Lote 10);
- Corredor Raposo Tavares (Lote 16);
- Malha Rodoviária de Ligação entre São Carlos, Itirapina, Brotas, Jaú e Bauru (Lote 08);
- Malha Rodoviária Estadual de Ligação entre Rio Claro, Piracicaba, Tietê, Jundiaí, Itu e Campinas (Lote 13);
- Corredor Ayrton Senna/Carvalho Pinto (Lote 23);
- Sistema Anchieta-Imigrante-SAI (Lote 22);
- Malha Estadual de Ligação entre Itapira, Mogi-Mirim, Limeira, Piracicaba, Conchal, Araras, Rio Claro, Casa Branca, Porto Ferreira, São Carlos (Lote 06);
- Malha Rodoviária de Ligação entre Mococa, São José do Rio Pardo, São João da Boa Vista e Campinas (Lote 11);
- Trecho Oeste do Rodoanel Mário Covas (Lote 24);
- Corredor Marechal Rondon Leste (Lote 21);
- Corredor Dom Pedro I (Lote 07);
- Trechos Sul e Leste do Rodoanel Mario Covas (Lote 24);
- Malha Rodoviária Estadual de Ligação entre Tatuí, Itapetininga, Capão, Bonito, Itapeva, Espírito Santo do Turvo, Itararé (divisa com o Estado do Paraná) e Araçoiaba da Serra (Lote 20);
- Malha Rodoviária de Ligação entre Catanduva e Bebedouro, Taquaritinga e Pirangi, e entre Bebedouro e Barretos (Lote 03);
- Malha Rodoviária de Ligação entre São Carlos, Catanduva, Mirassol, Sertãozinho, Borborema, Matão e Bebedouro (Lote 09);
- Malha Rodoviária de Ligação entre Ribeirão Preto e Divisa com o Estado de Minas Gerais (Igarapava) e entre Ribeirão Preto e Bebedouro (Lote 05);
- Sistema Rodoviário Castello-Raposo (Lote 12);
- Corredor Marechal Rondon Oeste (Lote 19);
- Distribuição de Gás Canalizado; e
- Centro de Convenções Imigrantes.



1.2. As Parcerias Público-Privadas

O conceito adotado pela legislação brasileira de Parcerias Público-Privadas, apresentado na figura a seguir, refere-se a um tipo específico de parceria, com características próprias, que não se confunde com outros contratos administrativos mencionados anteriormente e igualmente previstos na lei brasileira.

Figura 2 – Conceito de Parcerias Público-Privadas no âmbito brasileiro

As **Parcerias Público-Privadas (PPPs)**, no âmbito brasileiro, são concessões caracterizadas pela previsão de pagamento de contraprestações públicas para financiar parcial ou integralmente o projeto. O contrato de PPP tem como objetivo central a prestação de serviços públicos usualmente combinada com a implantação ou melhoria de infraestrutura pública, na qual os serviços são remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados. O prazo de contratação deve ser no mínimo cinco e no máximo trinta e cinco anos, e o valor do contrato deve ser superior a R\$ 20 milhões.

A Lei Federal de PPPs foi publicada em um cenário no qual a disponibilidade de recursos públicos para investimentos em infraestrutura mostrava-se limitada para atender toda a demanda existente. A Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos já havia trazido um grande avanço nesse sentido, ao permitir a participação direta do setor privado no financiamento de melhorias nas infraestruturas associadas à prestação de serviços públicos, por meio de concessão. Entretanto, as concessões comuns, previstas nesta lei, limitavam-se aos setores e projetos que podem ser financiados apenas com as tarifas pagas pelos usuários finais dos serviços, não admitindo contrapartidas do Estado para complementar e/ou viabilizar a concessão. Por isso, as concessões comuns não podiam ser aplicadas em casos que não envolvessem a delegação de serviços públicos, ou ainda a casos de serviços públicos necessariamente gratuitos, como, por exemplo, aqueles relacionados à educação ou à saúde, e a casos de serviços públicos que requerem modicidade tarifária, como, por exemplo, aqueles relacionados a transportes públicos.

A Lei Federal de PPPs nasce em complementação às concessões comuns. Por este motivo, as PPPs no âmbito brasileiro têm uma definição mais específica do que o conceito internacional: **são concessões que se caracterizam pela previsão de pagamento de contrapartida pública para financiar integral ou parcialmente o projeto**. Tais contratos devem ter como objeto a prestação de um serviço público ou de utilidade pública, associada ou não a obras ou infraestruturas públicas,⁹ como define a Lei Federal de PPPs.

(9) A Lei Federal de PPPs veda que uma parceria tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A inovação trazida pela Lei Federal de PPPs, publicada em 2004, não se limitou à autorização do pagamento de contraprestação pela Administração Pública à empresa Concessionária, mas também aperfeiçoou o regime de compartilhamento de riscos entre as partes, estabeleceu a possibilidade de constituição de garantias pelo Poder Público em favor do parceiro privado e ampliou o alcance de projetos de concessão no âmbito dos serviços públicos. Nesse sentido, as PPPs podem ser eleitas para viabilizar projetos em diversos setores¹⁰ e serviços, incluindo, mas não se limitando, os listados abaixo:

- Educação;
- Habitação;
- Mobilidade urbana;
- Prédios públicos;
- Saúde;
- Saneamento básico;
- Segurança pública;
- Transportes, incluindo rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

A Lei, ainda, apresentou limites específicos para os projetos de PPPs, seja no que diz respeito ao prazo do contrato (no mínimo cinco e no máximo trinta e cinco anos), seja no que diz respeito ao valor do contrato (que deve ser superior a R\$ 20 milhões).

No Estado de São Paulo, além da Lei Federal nº 11.079/2004, a legislação estadual define procedimentos específicos para a celebração de Parcerias Público-Privadas, os quais serão abordados ao longo deste Manual.

1.3. Considerações para definição do regime de parceria

A definição do regime de parceria para a contratação de um projeto deve levar em consideração, inicialmente, a natureza dos serviços prestados. Como observado acima (item 1, introdução), há modalidades de concessão (concessões comuns e concessões patrocinadas) que somente são aplicáveis aos serviços legalmente caracterizados como serviços públicos. Já a concessão administrativa pode ser empregada nos contratos de prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, o que alarga a sua aplicação para além dos casos estritos de delegação de serviços públicos.

(10) Há restrições prevista na legislação quanto à aplicabilidade de PPP a algumas atividades. Não podem ser objeto dessa modalidade contratual os serviços ditos "indelegáveis", tais como, o exercício de poder de polícia, de funções regulatórias e jurisdicionais e de outras atividades exclusivas do Estado (art. 4º, III da Lei Federal nº 11.079/2004).



A viabilidade de cobrança de tarifa dos usuários finais também é um fator importante a ser considerado para a determinação do regime de parceria de determinado projeto. Em diversos serviços públicos prestados pelo Estado, a cobrança de tarifas é técnica, política ou financeiramente inviável, conforme detalhamento a seguir:

- I. Inviabilidade técnica:** a impossibilidade da cobrança de tarifa pode decorrer de: (I) uma determinação constitucional ou legal (como, por exemplo, a gratuidade dos serviços); ou (II) da impossibilidade técnica de se individualizar os serviços e, em consequência, de impedir o consumo por aqueles usuários que não pagarem a tarifa estipulada.
- II. Inviabilidade política:** ocorre em situações nas quais a cobrança da tarifa é tecnicamente viável, porém politicamente insustentável ou indesejável, por acarretar inacessibilidade econômica a uma parcela relevante da população. Tal fato fundamentaria a opção política em utilizar recursos do tesouro, transferindo-se indiretamente os custos à sociedade, para não onerar excessivamente o usuário do serviço.
- III. Inviabilidade financeira:** ocorrerá nos casos em que o valor da tarifa necessária para a cobertura dos dispêndios operacionais e de capital do parceiro privado não corresponder à capacidade de pagamento dos usuários (o que comprometeria a qualidade ou a continuidade dos serviços).

Em qualquer um destes casos, a inviabilidade de cobrança de tarifa resulta na necessidade de se adotar o modelo de concessão administrativa, em que efetivamente não se cobra tarifa dos usuários finais, ou ainda o de concessão patrocinada, com uma redução correspondente no valor da tarifa, devendo ser analisado cada caso.

Convém também ressaltar que a escolha do regime jurídico tem implicações contratuais mais amplas do que a mera origem das receitas do parceiro privado. Conforme exposto em seções anteriores, a concessão comum é regida pela Lei Federal nº 8.987/1995, enquanto as concessões patrocinada e administrativa (PPPs) são regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004. Também no âmbito estadual, como visto, essas modalidades de parcerias são sujeitas a regimentos próprios. Dentre as questões tratadas de maneira distinta na Lei Federal de PPPs e na Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, podemos destacar três aspectos relevantes: riscos, garantias e perfil dos serviços delegáveis.

Em relação aos riscos, a Lei Federal nº 11.079/2004 (art. 4º, VI) contempla a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma das ditretrizes das parcerias. Isto quer dizer que cada edital e contrato deverá considerar as circunstâncias concretas do objeto da contratação e alocar entre as partes, da forma mais econômica e eficiente possível, os riscos

identificados no projeto. Já as leis aplicáveis às concessões comuns não contêm disposição semelhante, sem que isto signifique que a repartição de riscos não possa ocorrer caso a caso também nas hipóteses das concessões comuns.

O regime de garantias constituídas pelo Estado em favor do parceiro privado em relação às suas obrigações contratuais também é específico da legislação aplicável às PPPs. Nas concessões patrocinada e administrativa, o Estado garante, por diferentes mecanismos, o cumprimento pontual de suas obrigações ao longo do contrato. Tal não é o caso das concessões comuns, em que não há a previsão expressa de cessão de garantias do Estado para o parceiro privado.

A terceira inovação trazida pela Lei Federal nº 11.079/2004 em relação à Lei Federal nº 8.987/1995 refere-se à amplitude dos serviços delegáveis sob o regime de concessão patrocinada e administrativa em relação às concessões comuns. Enquanto os projetos de concessão comum usualmente desenvolvem-se em infraestrutura e serviços públicos de setores de natureza econômica¹¹, as concessões patrocinadas e administrativas vêm sendo aplicadas a um espectro mais amplo de atividades estatais, notadamente aquelas com conteúdo econômico menos pronunciado. Por este motivo, o regime de concessão patrocinada ou administrativa tende a se mostrar mais vantajoso nos projetos que envolvam serviços ou empreendimentos em setores de natureza social.

Vale ressaltar que a escolha pela forma de contratação não se limita a estes elementos, devendo-se analisar cada caso em seus aspectos específicos. Ainda, o Estado deve considerar em sua análise outras formas de contratações, buscando de fato estabelecer a opção mais vantajosa do ponto de vista público. Convém ainda ressaltar que, escolhida a modalidade de concessão mais aderente a um determinado projeto concretamente visado, essa decisão trará consequências para a modelagem do projeto: deverão ser observadas as especificidades, limites, prazo e demais particularidades previstas na lei para aquela modalidade de parceria.

A seguir, apresenta-se tabela comparativa das modalidades de parceria acima referidas, inclusive no que tange aos parâmetros geralmente considerados para a sua escolha.

(11) Faz-se aqui referências àquelas atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja a exploração a Constituição ou a Lei atribuem a uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda a gente, permanentemente.

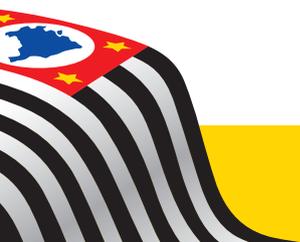


Tabela 3 – Tabela comparativa das modalidades de Concessões

Característica	Concessão comum	PPPs	
		Concessão Patrocinada	Concessão Administrativa
Valor do contrato	Não há limite legal	Mínimo de R\$ 20 milhões	Mínimo de R\$ 20 milhões
Prazo	Contrato deve dispor, porém sem limite legal. Prazos indeterminados são vedados pela jurisprudência	5 – 35 anos	5 – 35 anos
Remuneração da Concessionária	Tarifa paga pelo usuário final (+ receitas acessórias)	Tarifa paga pelo usuário final + contraprestação pública (+ receitas acessórias)	Contraprestação pública (+ receitas acessórias)
Recursos pagos diretamente pela Administração	Em regra não há. Exceção: subsídios (art. 17 da Lei nº 8.987/1995)	<ul style="list-style-type: none"> • Contraprestação pública • Aporte de recursos (pode existir ou não) 	<ul style="list-style-type: none"> • Contraprestação pública • Aporte de recursos (pode existir ou não)
Tarifa do usuário final	Sim	Sim	Não
Riscos	Embora não haja obrigação legal, é recomendável que o contrato disponha a respeito da alocação específica dos riscos entre as partes.	Em virtude de obrigação legal, a repartição objetiva dos riscos entre as partes é cláusula obrigatória	Em virtude de obrigação legal, a repartição objetiva dos riscos entre as partes é cláusula obrigatória
Garantias prestadas pelo setor público	Não se aplica	Recomendável	Recomendável
Parâmetros de escolha	<ul style="list-style-type: none"> • Usuário identificado e com capacidade de pagamento de tarifa suficiente para viabilizar o projeto 	<ul style="list-style-type: none"> • Usuário identificado e com capacidade de pagamento de tarifa módica • Necessidade de altos valores de investimentos ou níveis de serviços mais elevados que tornam necessário o pagamento de contraprestação para a modicidade tarifária 	<ul style="list-style-type: none"> • Administração como usuária direta ou indireta, e/ou • Usuário não individualizável (serviços não divisíveis) ou serviços gratuitos • Restrições à cobrança de tarifa (legal, modicidade tarifária)

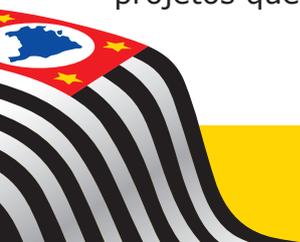
1.4. Benefícios e limites do modelo de parcerias

A opção pelo modelo de parcerias (concessões comuns, administrativas ou patrocinadas) pode apresentar diversos benefícios em relação a outras formas de contratação tradicionalmente adotadas pela Administração Pública, a serem consideradas na escolha desse modelo para cada caso concreto, dentre as quais se destacam:

- A possibilidade de captura de sinergias entre projeto, construção e operação, gerando eficiência e reduzindo prazos e custos;
- A possibilidade de repartição objetiva dos riscos entre o setor público e o setor privado;
- A captação de inovações do setor privado, uma vez que o ente público pode definir o serviço desejado e o agente privado pode decidir a melhor técnica para fornecer esse serviço;
- No caso das PPPs em sentido estrito, o pagamento de contrapartidas do setor público à Concessionária, complementando as receitas geradas pelo projeto e garantindo assim a sua viabilidade e a modicidade tarifária;
- A possibilidade de atrelar a remuneração do privado à qualidade do serviço efetivamente prestado, por meio de indicadores de desempenho que são definidos com a finalidade de alinhar os interesses do Estado, da sociedade e de agentes privados e garantir a prestação dos serviços de qualidade de forma continuada no longo prazo para a sociedade;
- A possibilidade de o Estado alavancar projetos, utilizando os recursos públicos disponíveis para multiplicar os investimentos realizados com recursos privados. Ou seja, ao invés de aplicar recursos públicos somente em poucos projetos bancados integralmente pelo setor público, o Estado pode realizar, simultaneamente, projetos adicionais apoiando-se em recursos do setor privado.

Apesar das inúmeras vantagens das parcerias, este modelo, contudo, não deve ser utilizado como solução única para a prestação dos serviços públicos. Sua adequação, bem como vantagens ou desvantagens, depende da análise de cada projeto concretamente visado. Além disso, existem limites objetivos para cada forma de concessão, como se verá abaixo.

No caso das concessões comuns, os limites dizem respeito ao tipo de projeto que pode ser objeto dessa modalidade de contrato. As concessões comuns pressupõem a delegação de um serviço público ou a concessão de obra pública cuja exploração viabilize os investimentos a serem realizados pelo particular. Por isso, não poderão ser aplicadas a serviços ou bens públicos sem conteúdo econômico. Ainda, não podem ser utilizadas em projetos cuja viabilidade econômica dependa de contraprestação pecuniária direta do Poder Público ou ainda projetos que não justifiquem um contrato de longo prazo.



No caso das PPPs, as leis aplicáveis fixam igualmente limites. Sua celebração é vedada para contratos com valor inferior a R\$ 20 milhões, quando o período de prestação dos serviços for inferior a cinco anos ou superior a trinta e cinco anos e caso o contrato tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Para as PPPs, além dessas limitações legais, é preciso avaliar a suficiência de recursos públicos para contratação. Na medida em que as PPPs são contratos de longo prazo, impõem à Administração Pública um importante compromisso financeiro. É fundamental que haja comprometimento por parte desta para que, diante de um eventual cenário financeiro negativo presente ou futuro, seja ponderado se a contratação de uma PPP será a alternativa mais adequada.

Há ainda limites relacionados à previsão de teto legal de 5% da Receita Corrente Líquida do ente federativo para as despesas decorrentes de contratações de PPPs (art. 28 da Lei n.º 11.079/04), bem como à responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs.

A Lei Federal Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), prevê dois instrumentos para assegurar o equilíbrio das contas públicas: as restrições diretamente aplicáveis à geração de despesa (art. 16 a 24 da LRF) e o controle sobre o endividamento público (arts. 29 a 38 da LRF). A Lei Federal de PPP (art. 10, inc. I, alíneas “b” e “c”) estabeleceu como condição prévia para licitar uma PPP a elaboração de estudo técnico que demonstre: (i) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais do Estado, previstas na sua Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), conforme orientações do artigo 4º, §2º, da LRF; (ii) a observância dos limites e condições para endividamento e operações de crédito previstos na LRF, conforme as normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional sobre consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP.

Atualmente, o regime de contabilização das despesas relacionadas a contratos de PPP está disciplinado pela Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional (Portaria STN 614/2006), editada de acordo com o artigo 25 da Lei 11.079/04. Conforme a referida norma, os contratos de PPP podem ser contabilizados como dívida contraída pelo parceiro público ou como simples despesa que não compromete os limites de endividamento do Poder Público.

O elemento que definirá se um dado projeto de PPP será considerado ou não endividamento público será o montante dos riscos assumidos pelo parceiro público e não a modalidade de PPP (i.e., concessão administrativa ou patrocinada).

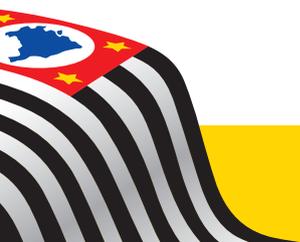
De maneira geral, para que um contrato de PPP venha a ser considerado como endividamento do parceiro público, é necessário que este assuma parcela relevante: (i) do risco de demanda, entendido como a garantia de receita mínima ao parceiro privado em montante superior a 40% do fluxo total de receita do projeto, independente da efetiva utilização do serviço; (ii) do risco de construção, na medida em que o parceiro público garanta ao parceiro privado compensação de, no mínimo, 40% em relação ao custo originalmente contratado, ou, pelo menos, 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado; ou (iii) do risco de disponibilidade, caso em que o parceiro público garantir ao parceiro privado o pagamento de, no mínimo, 40% da contraprestação devida, independentemente da prestação dos serviços pelo particular estar ou não em acordo com o respectivo contrato de concessão (artigo 4, incisos I, II e III da Portaria STN 614/2006).

Na hipótese de o contrato ser contabilizado como dívida, a realização do projeto dependerá da existência de limites disponíveis de endividamento, em conformidade com o disposto na Resolução n.º 40, de 20 de dezembro de 2001, do Senado Federal, que estabelece os limites globais dos montantes da dívida pública consolidada de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Adicionalmente, é importante destacar que a estruturação de uma parceria usualmente exige um esforço maior em relação a outras formas de contratação, diante da complexidade do aparato jurídico, técnico e econômico-financeiro de um projeto dessa natureza. Ainda que haja um ganho de escala, os projetos devem ser analisados e modelados individualmente. Com isso, o prazo médio de maturação de um projeto de parceria tende a ser maior do que o de outras modalidades de contratação.

Entretanto, embora a parceria possa exigir um esforço maior do setor público na etapa de estudos, a forma "tradicional" de contratação de obra seguida pela contratação de serviços, por envolver mais de um contrato e, portanto, mais de uma licitação, poderá acarretar um prazo superior para a disponibilização do serviço em relação à contratação de uma parceria para o objeto global.

Assim, uma vez observados seus limites, as parcerias possuem uma série de vantagens, especialmente por consistirem em mecanismo eficiente de incentivos, tanto para o Poder Público como para o setor privado, para a prestação dos serviços de forma eficiente e continuada para a sociedade. Não obstante, para que os resultados esperados em decorrência da contratação de parcerias efetivamente se concretizem, é preciso que estas sejam bem planejadas, estruturadas, contratadas e monitoradas.



2. O PROGRAMA DE PPP DO ESTADO DE SÃO PAULO

Instituído em 2004 pela Lei Estadual de PPP e regulamentado pelo Decreto Estadual de PPP, o Programa Estadual de PPP é destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar as atividades de agentes do setor privado que atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo. Segundo a referida lei, todos os projetos estaduais de concessão administrativa ou patrocinada devem estar inscritos na carteira de projetos do Programa Estadual de PPP.

Em linhas gerais, o Programa Estadual de PPP disciplina as diretrizes e os objetivos a serem perseguidos pela execução dos projetos de PPP no Estado, além de definir uma estrutura decisória básica e identificar as instâncias responsáveis pela aprovação e implantação das PPP paulistas. O Programa Estadual de PPP tem, ainda, por objetivo prover o adequado planejamento das PPP no âmbito estadual, por meio da definição de prioridades, acompanhamento permanente dos projetos empreendidos, bem como avaliação da eficiência das parcerias a partir de critérios objetivos.

A criação do Programa Estadual de PPP é fruto do acúmulo de experiências do Estado na elaboração de parcerias com o setor privado e, principalmente, da necessidade de se desenvolver um modelo contratual adequado para setores e serviços não atendidos pelas concessões comuns e outros modelos de parceria existentes quando da edição da Lei Federal de PPP. À época, o Estado já possuía vasta expertise em parcerias com a iniciativa privada, pois contava com previsões de parcerias com o terceiro setor (Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 e Lei Estadual n.º 11.598/2003), com a iniciativa privada nos serviços públicos econômicos (Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) e, ainda, aquelas decorrentes do Programa Estadual de Desestatização, instituído pela Lei do PED.

Desde a vigência da Lei Estadual de PPP, esta modalidade contratual é adotada pelo Estado, em especial, nos segmentos de mobilidade urbana (notadamente de transporte metroviário de passageiros), saneamento, saúde e infraestrutura social. A primeira PPP do Estado, cujo contrato foi celebrado em 29 de novembro de 2006, teve por objeto a operação e a manutenção da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo (“Metrô”). Neste projeto,

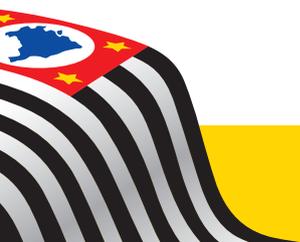
optou-se pela realização de uma concessão patrocinada, com duração inicial de 32 (trinta e dois) anos, repartição de seu objeto em 3 (três) fases e diferentes níveis de operação do serviço a serem alcançados ao longo da execução contratual. Esta primeira experiência abriu portas para novas PPP de transportes, tendo sido também objeto de PPP a construção, a operação e a manutenção da Linha 6 – Laranja e da Linha 18 – Bronze, ambas do Metrô. A Companhia Paulista de Transportes Metropolitanos (“CPTM”), por sua vez, veio a promover a PPP que teve por objeto a concessão administrativa da prestação dos serviços de manutenção preventiva, corretiva, revisão geral e modernização da frota de trens operantes na Linha 8 – Diamante por ela operada.

O setor de saúde, igualmente, contou com relevantes experiências em PPP. A principal delas foi o projeto da “PPP dos Complexos Hospitalares”, no qual se concedeu, sob a modalidade de concessão administrativa, a construção e a operação dos serviços de “bata cinza” e de manutenção de 3 (três) complexos hospitalares estaduais. Ainda neste setor, houve a “PPP dos Medicamentos”, em que foram concedidos, mediante concessão administrativa, a gestão, a operação e a manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente, da Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense (“IFAB”), de titularidade da Fundação para o Remédio Popular “Chopin Tavares de Lima” (“FURP”), vinculada à Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo.

Muito embora estes 2 (dois) segmentos mereçam destaque, não se deve ignorar a experiência do Estado na estruturação de projetos de PPP em outros setores, tais como:

- Setor de saneamento básico, com a contratação da “PPP do Alto Tietê” e da “PPP do Sistema Produtor São Lourenço”;
- Setor de transportes, com a contratação da “PPP Nova Tamoios” e a concessão dos serviços de operação do “Sistema Integrado Metropolitano da Baixada Santista”;
- Setor de habitação, com a “PPP da Habitação” para a construção e manutenção de Habitações Populares do Centro de São Paulo.

Este cenário faz com que o Estado de São Paulo conte com um sólido programa de PPP, consagrado nos 11 (onze) projetos já contratados e em operação desde a edição da Lei Estadual de PPP até a publicação deste Manual.



2.1. As fases da PPP

O presente Manual divide o ciclo de vida de um projeto de PPP em 4 (quatro) fases principais. Este ciclo Inicia-se com a proposição do projeto (“Enquadramento Preliminar”), passa para a execução dos estudos e a modelagem do projeto (“Modelagem”), segue para a fase de concorrência pública para sua contratação (“Licitação”) e, conseqüentemente, chega à fase de gestão do contrato de concessão assinado (“Gestão do Contrato”).

A figura a seguir apresenta uma breve descrição de cada uma dessas quatro fases, que o restante do Manual tratará em mais detalhes, contemplando as atividades e as atribuições dos vários órgãos envolvidos em cada fase.

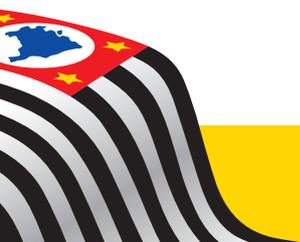
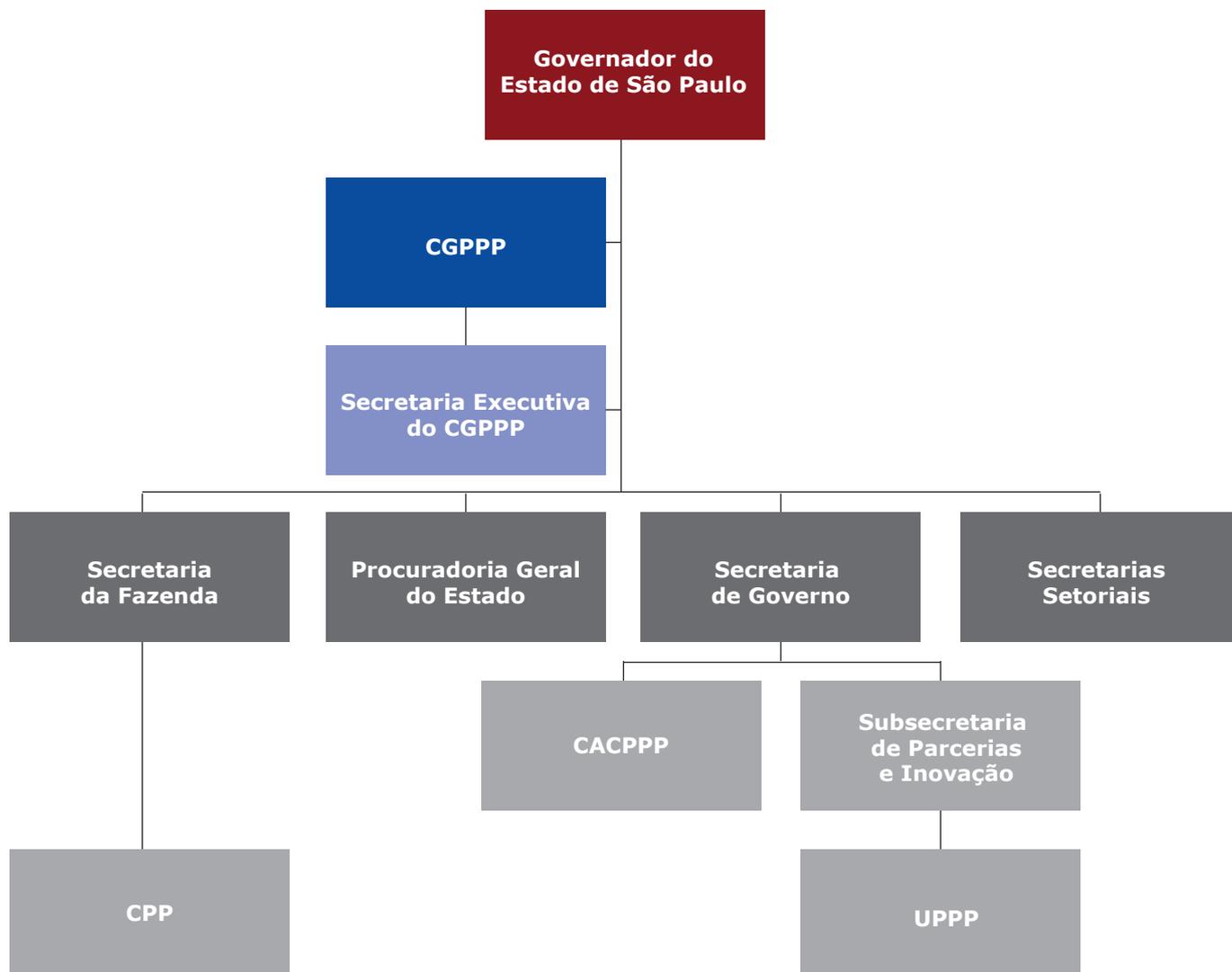
Figura 3 – Resumo das fases típicas do ciclo de vida de um projeto de PPP

Pré-enquadramento	Modelagem	Licitação	Gestão do Contrato
Fase inicial do projeto contemplando uma análise prévia destinada a avaliar a conveniência e oportunidade de serem efetuados os estudos de modelagem	Realização dos estudos pelo setor público ou agentes privados, incluindo análise de viabilidade técnica, jurídica e econômica-financeira, assim como a modelagem final do projeto.	Contempla todo o processo licitatório de seleção do parceiro privado, incluindo a realização de Consulta e Audiência Pública, até a assinatura do contrato de concessão.	Acompanhamento e gestão do contrato durante todo o seu prazo de vigência.

2.2. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de PPP

O Programa Estadual de PPP possui o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) como órgão superior de decisão. Conta ainda com os seguintes corpos técnicos: (i) a Unidade de Parcerias Público-Privadas (UPPP); (ii) a Companhia Paulista de Parcerias (CPP); e (iii) a Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CACPPP). Além destes, possuem atribuições importantes no desenvolvimento das PPPs os Órgãos Setoriais e a Procuradoria Geral do Estado (PGE). O organograma abaixo ilustra as entidades que atuam diretamente no Programa Estadual de PPP e, na seqüência, são detalhadas suas respectivas estruturas e atribuições.

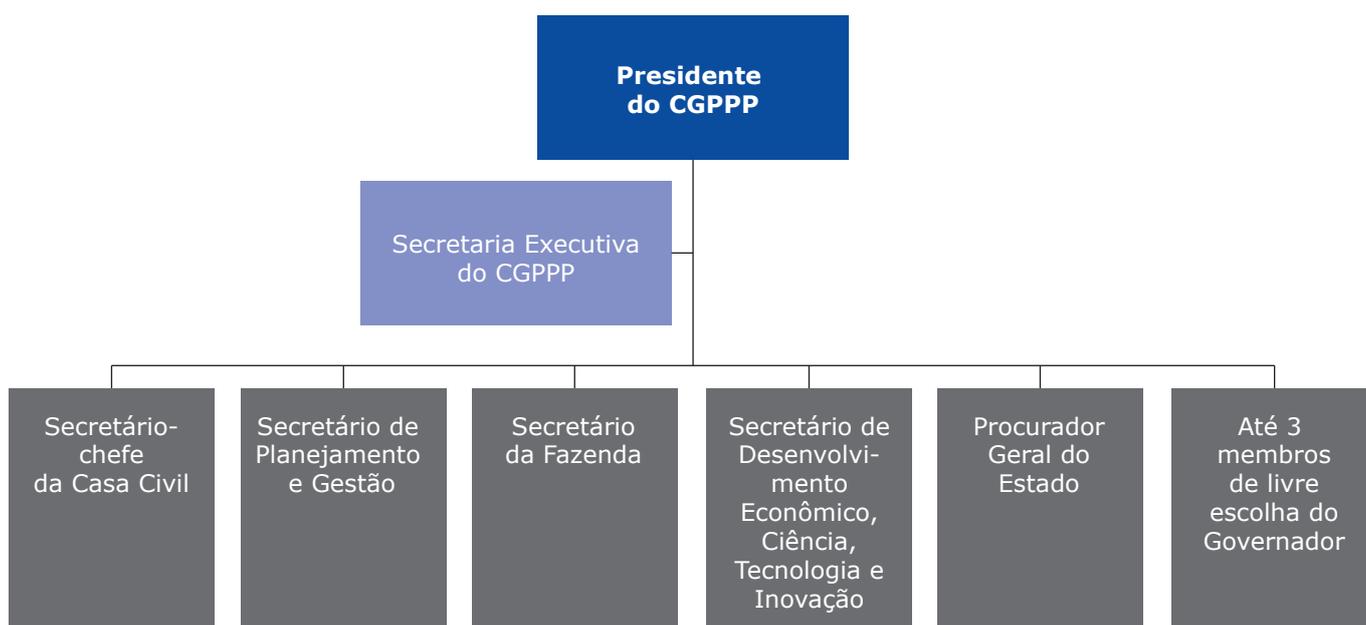
Figura 4 – Organograma dos principais agentes do Programa de PPP de São Paulo



2.2.1. Conselho Gestor de PPP (CGPPP)

O CGPPP¹², vinculado ao Gabinete do Governador, é o órgão superior de decisão do Programa Estadual de PPP. É composto por até 8 (oito) membros, conforme ilustrado no organograma a seguir, sendo o Presidente e o Vice-Presidente indicados pelo Governador.

Figura 5 – Estrutura do Conselho Gestor de PPP do Estado de São Paulo



As decisões do CGPPP são tomadas por voto da maioria, tendo o seu Presidente direito ao voto de qualidade. Além dos conselheiros, podem participar das reuniões os titulares de Órgãos Setoriais que tiverem interesse direto em determinado projeto, assim como representantes da CPP e da UPPP e demais convidados pelo Presidente do CGPPP.

O CGPPP é responsável por definir as prioridades do Programa Estadual de PPP e supervisionar a execução de suas atividades, podendo, inclusive, requisitar servidores da administração estadual para esta atuação. Qualquer matéria de interesse do Programa estadual de PPP deve ser deliberada pelo CGPPP.

A figura a seguir apresenta de forma resumida as principais atribuições do CGPPP durante o ciclo de vida de um projeto de PPP.

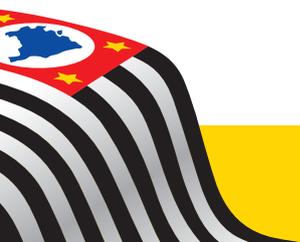
(12) Criado pela Lei Estadual de PPP.

Figura 6 – Principais atividades do CGPPP ao longo do ciclo de projetos de PPP

Pré-enquadramento	Modelagem	Licitação	Gestão do Contrato
<ul style="list-style-type: none"> • Solicitar a formação do Comitê de Análise Preliminar para aprofundamento de análise de propostas • Deliberar sobre aprovação de Proposta Preliminar • Formar Grupo de Trabalho, caso aprovada Proposta Preliminar • Definir a forma de realização de aprofundamento dos estudos dos projetos 	<ul style="list-style-type: none"> • Deliberar sobre a modelagem final de projetos de parcerias • Autorizar a realização de Audiência e Consulta Pública 	<ul style="list-style-type: none"> • Aprovar alterações decorrentes da Consulta Pública • Autorizar a publicação do Edital de Licitação 	<ul style="list-style-type: none"> • Remeter à Assembléia Legislativa relatório contendo o desempenho dos contratos de PPP • Fiscalizar a execução das PPPs • Opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos firmados

As atas das reuniões do CGPPP devem ser publicadas no Diário Oficial do Estado (DOE) e, ainda, estar disponíveis na Plataforma Digital de Parcerias. Além das atas, há a publicação de relatório anual de suas atividades.

O CGPPP deve remeter à Assembleia Legislativa relatório semestral detalhado das atividades desenvolvidas no período, bem como o desempenho dos contratos de PPP. Cabe ainda ao Presidente do CGPPP prestar esclarecimentos sobre as atividades do órgão e apresentar os resultados das parcerias em reunião conjunta da CACPPP.



2.2.2. Secretário Executivo (SE CGPPP)

O CGPPP conta com um Secretário Executivo, indicado pelo Governador, a quem cabe coordenar e preparar as informações e documentos necessários à análise de projetos que serão levados ao CGPPP. Para a execução de suas atividades, o Secretário Executivo conta com uma equipe técnica, que compõe a SE CGPPP.

O Secretário Executivo é responsável pela interlocução com os diversos agentes envolvidos em projetos de PPP, tanto do setor público quanto do setor privado, devendo articular-se com a UPPP, com a CPP e demais órgãos interessados antes de apreciação de matéria pelo CGPPP. A SE CGPPP, por sua vez, possui as seguintes atribuições de apoio ao Secretário Executivo:

- Envio de avisos de convocação para reuniões do CGPPP;
- Elaboração de ata das reuniões do CGPPP e providenciar sua publicação no DOE;
- Minuta dos atos expedidos pelo CGPPP, quais sejam as deliberações, os atos declaratórios e as instruções;
- Manutenção do arquivo dos documentos submetidos ao CGPPP; e Adoção dos procedimentos necessários à publicação e encaminhamento das deliberações do CGPPP na Plataforma Digital de Parcerias.

2.2.3. Subsecretaria de Parcerias e Inovação

A Subsecretaria de Parcerias e Inovação foi criada pelo Decreto Estadual n.º 61.035/2015 e integra a Secretaria de Governo. Trata-se de entidade composta por: (i) Gabinete, (ii) Unidade de Inovação; (iii) Coordenação de Parcerias, com a UPPP e a Unidade de Parcerias com Organizações Sociais; e (iv) Núcleo de Apoio Administrativo.

Entre as suas atribuições relativas ao Programa Estadual de PPP, destacam-se a coordenação das atividades de gestão, monitoramento e avaliação dos projetos de PPP junto aos Órgãos Setoriais. Além disso, também é responsável por facilitar a interface entre o setor público e o setor privado, bem como propor projetos e apoiar a modelagem de PPP. Possui, ainda, o importante papel de divulgar os conceitos, ferramentas e metodologias utilizadas nas diferentes etapas relacionadas às PPP. Essas atividades serão realizadas por meio da Coordenação de Parcerias e da UPPP.

2.2.4. Unidade de PPP (UPPP)

A UPPP¹³, vinculada à Subsecretaria de Parcerias e Inovação e, conseqüentemente, à Secretaria de Governo, tem como competência executar as atividades operacionais e de acompanhamento de projetos de PPP, além de prestar assessoramento ao CGPPP. Cabe à UPPP difundir metodologias e conceitos de PPP, assim como orientar os órgãos ou entes públicos que pretendam celebrar contratos nessa modalidade.

A UPPP é responsável pela coordenação técnica do Programa Estadual de PPP, e para tal, assume atribuições no âmbito institucional do Programa de PPP, de avaliação de projetos de PPP, de monitoramento de contratos de PPP e de desenvolvimento dos projetos de PPP, conforme ilustrado na tabela a seguir.

Tabela 4 – Atribuições da UPPP no Programa Estadual de PPP

Atribuições	
Desenvolvimento de propostas e projetos de PPP	<ul style="list-style-type: none">• Compor o Comitê de Análise Preliminar (CAP) e o Grupo de Trabalho (GT);• Apoiar Órgãos Setoriais na elaboração de Propostas Preliminares, editais e contratos de parcerias;• Acompanhar a realização de estudos técnicos relativos a projetos de parcerias, cuja Proposta Preliminar já tenha sido aprovada pelo CGPPP;• Avaliar, por meio do comparador público, nos termos da Lei Federal de PPP, a melhor alternativa para estruturação de projetos de parcerias;• Desenvolver, diretamente ou através dos Órgãos Setoriais, pesquisas de mercado necessárias à estruturação dos projetos de parcerias;• Realizar estudos técnicos visando à elaboração dos projetos de parcerias, em articulação com unidades da Secretaria de Planejamento e Gestão e com os Órgãos Setoriais; <p>Acompanhar, em conjunto com os Órgãos Setoriais e a CPP, o desenvolvimento do modelo de garantias de projetos que serão objeto de PPP.</p>

(13) A Unidade de PPP foi criada em decorrência da Lei Estadual nº 11.688/04, e suas atividades são regulamentadas pelos Decretos nº 48.867/04 e nº 61.036/2015 (que organiza a Secretaria de Governo).



Atribuições

Avaliação de projetos de PPP

- Avaliar os estudos prévios de viabilidade técnica e econômica apresentados pelos Órgãos Setoriais ou pela iniciativa privada;
 - Opinar sobre as Propostas Preliminares de projetos de parcerias, por meio da participação no CAP;
 - Emitir Manifestação Formal sobre o resultado dos estudos de modelagem de projetos de parcerias;
- Emitir pareceres, sempre que solicitado, no assessoramento ao CGPPP.

Atribuições no Monitoramento de Contratos de PPP

- Auxiliar tecnicamente o Poder Concedente e a Concessionária de forma a atingir os objetivos contratuais das parcerias;
 - Apoiar os Órgãos Setoriais na viabilização de ações que permitam o bom desenvolvimento dos contratos de parcerias, incluindo:
 - Acompanhar a implementação do contrato, visando ao equilíbrio de interesses das partes na mitigação dos riscos inerentes à parceria;
 - Planejar e monitorar os indicadores de desempenho estabelecidos nos contratos de parcerias, visando à transparência e capacidade de controle do empreendimento e seu equilíbrio econômico-financeiro,
 - Gerenciar, em conjunto com os Órgãos Setoriais, o sistema de avaliação e mensuração de desempenho dos projetos de parcerias;
 - Monitorar e avaliar de forma permanente o processo de aferição de desempenho do parceiro privado e o nível de serviço acordado em contrato; e
 - Revisar o conjunto de indicadores, propondo, inclusive, inovações tecnológicas de modo a conferir maior confiabilidade e facilidade às medições;
 - Apoiar a CACPPP no desempenho de suas atribuições;
- Atuar na gestão de pleitos referentes aos contratos de PPP.

Atribuições

Relacionamento institucional do Programa Estadual de PPP

- Colaborar na implementação do Programa Estadual de PPP e apoiar as atividades do CGPPP;
- Apoiar o desenvolvimento das atividades previstas no âmbito da SE CGPPP;
- Identificar e propor, junto aos Órgãos Setoriais, projetos prioritários para compor a carteira de projetos do Estado;
- Identificar e consolidar diretrizes para a elaboração de editais e minutas de contratos de PPP, assim como, disseminar os conceitos e metodologias desenvolvidos e utilizados;
- Organizar seminários e cursos de PPP para servidores e gerentes da Administração Pública estadual;
- Promover o diálogo com os setores público e privado, visando à prospecção e aferição da viabilidade de novos projetos, e implementar planos de divulgação da carteira de projetos junto ao setor privado, com vista à atração de novos investidores e ao incremento da competitividade nos processos licitatórios;
- Prestar informações, receber delegações e divulgar dados e informações sobre PPP;
- Organizar e preparar relatório semestral sobre as atividades do Programa Estadual de PPP, para ser encaminhado à Assembleia Legislativa.¹⁴

Para execução de suas atribuições a UPPP poderá articular-se com outros órgãos e entidades da Administração Pública, assim como, solicitar informações sobre o andamento das PPPs contratadas. Adicionalmente, a UPPP será integrante do Comitê de Análise Preliminar (CAP) na análise de propostas, e do Grupo de Trabalho (GT) na etapa de modelagem dos projetos de parcerias. A figura a seguir apresenta as principais atividades da UPPP em cada uma das fases de projetos de PPP.

(14) Em atendimento ao disposto no artigo 3º, § 9º, da Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004.

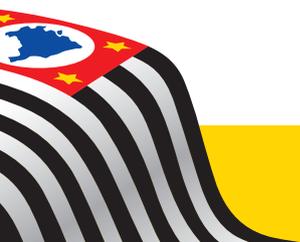


Figura 7 – Principais atividades da UPPP ao longo do ciclo de projetos de PPP

Pré-enquadramento	Modelagem	Licitação	Gestão do Contrato
<ul style="list-style-type: none"> Realizar a Análise de Conformidade da Proposta Compor o Comitê de Análise Preliminar 	<ul style="list-style-type: none"> Participar de Grupo de Trabalho para estruturação de projeto de PPP Emitir Manifestação Formal sobre a modelagem final Revisar o impacto do projeto no limite disponível para pagamentos de PPP 	<ul style="list-style-type: none"> Se necessário, complementar a Manifestação Formal com base nas alterações decorrentes da Consulta Pública Participar de Comissão de Licitação, sempre que solicitado 	<ul style="list-style-type: none"> Acompanhar as despesas de caráter continuado derivadas do conjunto de PPPs já contratadas Planejamento e monitoramento dos indicadores de desempenho estabelecidos nos contratos de PPPs

Além das atividades relacionadas ao Programa Estadual de PPP, a UPPP tem ainda como função fornecer apoio técnico e acompanhar a evolução do Programa Estadual de Desestatização (PED)¹⁵.

2.2.5. Companhia Paulista de Parcerias (CPP)

A CPP, sociedade de economia mista vinculada à Secretaria da Fazenda, teve sua criação determinada pela Lei Estadual de PPP¹⁶. Dentre as suas atribuições destacam-se:

- Colaboração, apoio e viabilização da implementação do Programa Estadual de PPP;
- Elaboração de relatórios e prestação de informações dos contratos celebrados dos quais seja parte ou tenha a participação de outras entidades vinculadas;
- Participação nos Comitês de Análise Preliminar responsáveis pela análise de propostas recebidas pela Administração Pública, bem como nos Grupos de Trabalho responsáveis pela estruturação de projetos de PPP, nos termos do Decreto Estadual n.º

(15) Nos termos do art. 56, I, b, 1 do Decreto 61.036/2015.

(16) As atribuições da CPP estão previstas na Lei Estadual de PPP, no Decreto Estadual de PPP e em seu Estatuto Social. As atribuições da CPP estão previstas na Lei Estadual de PPP, no Decreto Estadual de PPP e em seu Estatuto Social.

61.371/2015, no âmbito do qual são responsáveis pela estruturação dos mecanismos de garantias a serem prestados pelo Poder Concedente, independentemente se estas serão ou não prestadas pela CPP;

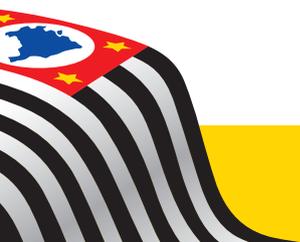
- Contratação de estudos técnicos sobre projetos de PPP, quando solicitado e na forma definida pelo CGPPP; e
- Prestação de garantias para projetos de PPP, caso a estruturação do projeto assim tenha sido modelado.

A figura a seguir apresenta as principais atividades que a CPP desempenha em cada uma das fases de desenvolvimento de projetos de PPP.

Figura 8 – Principais atividades da CPP ao longo do ciclo de projetos de PPP

Pré-enquadramento	Modelagem	Licitação	Gestão do Contrato
<ul style="list-style-type: none"> • Compor o Comitê de Análise Preliminar 	<ul style="list-style-type: none"> • Participar de Grupo de Trabalho para estruturação de projeto de PPP • Emitir Manifestação Formal sobre a modelagem final 	<ul style="list-style-type: none"> • Participar de Comissão de Licitação, sempre que solicitado 	<ul style="list-style-type: none"> • Acompanhar a execução dos contratos por meio da Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP • Gerenciar a estrutura de garantias em projetos que atua como agente garantidor

A CPP pode articular-se com outros órgãos e entidades da Administração Pública, bem como solicitar informações sobre o andamento dos contratos de PPP. Ainda, para que seus objetivos sejam atendidos, a CPP pode celebrar contratos, isoladamente ou com entes da Administração Pública direta e indireta, que tenham por objeto, dentre outros, a elaboração de estudos técnicos sobre a viabilidade econômica e modelagem recomendada para a estruturação da PPP. Adicionalmente à colaboração no Programa Estadual de PPP, os objetivos da criação da CPP incluem:



- Disponibilização de bens, equipamentos e utilidades para a Administração Pública estadual, mediante pagamento de contrapartida financeira;
- Gestão dos ativos patrimoniais transferidos à CPP pelo Estado, por entidades da Administração Pública indireta ou adquiridos a qualquer título;
- Prestação de garantias reais e fidejussórias; e
- Contratação de seguros.

2.2.6. Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CACPPP)

A CACPPP é composto por uma equipe multidisciplinar e é uma comissão de caráter permanente. Atualmente é coordenada pela Secretaria de Governo e foi instituída pelo Decreto Estadual n.º 52.152/2007. É responsável por monitorar a execução dos contratos de PPP celebrados pelo Estado, no que tange às etapas, aos atos e aos eventos que gerem impacto orçamentário ou financeiro, em especial para o Tesouro do Estado ou para a CPP.

Para a execução de suas atividades, as unidades, comissões ou outras instâncias de acompanhamento e fiscalização dos contratos de PPP, definidas no âmbito dos Órgãos Setoriais, deverão remeter à CACPPP relatórios mensais sobre as atividades desenvolvidas no período, bem como atualizações sobre o andamento do(s) contrato(s) sob sua responsabilidade. Esses relatórios devem apontar eventuais providências necessárias diante de potencial impacto orçamentário ou financeiro para a Fazenda do Estado e para a CPP.

2.2.7. Órgãos Setoriais

Os Órgãos Setoriais, no âmbito de suas competências, podem solicitar ao CGPPP a inclusão de projetos no Programa Estadual de PPP, por meio de apresentação de Proposta Preliminar. Igualmente, cabe aos Órgãos Setoriais opinar sobre as Propostas Preliminares de projetos de PPP apresentadas pela iniciativa privada, nos termos do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, devendo compor o CAP e o Grupo de Trabalho, caso o aprofundamento dos estudos de modelagem seja aprovado pelo CGPPP.

Os Órgãos Setoriais estão presentes em todas as etapas do ciclo de vida do projeto de PPP, tendo participação fundamental na estruturação do projeto do ponto de vista técnico e de negócio, além de estabelecer os critérios de performance e os mecanismos de controle da PPP. Consolidada a modelagem final de determinado projeto, o Órgão Setorial deve emitir a au-

torização prevista no artigo 10, da Lei Federal de PPP¹⁷ demonstrando a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justificam a opção pela forma de PPP.

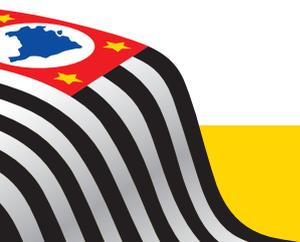
No que diz respeito ao processo licitatório, o Órgão Setorial é responsável por lançar o edital e conduzir a licitação, por meio de comissão de licitação a ser constituída. Caberá, ainda, ao Órgão Setorial assinar o contrato de PPP com a Concessionária, além de acompanhar e fiscalizar os contratos firmados dentro de suas competências.

As principais atividades dos Órgãos Setoriais no ciclo de projetos de PPP estão ilustradas na figura a seguir.

Figura 9 – Principais atividades dos Órgãos Setoriais ao longo do ciclo de projetos de PPP

Pré-enquadramento	Modelagem	Licitação	Gestão do Contrato
<ul style="list-style-type: none"> Solicitar a inclusão de projetos no Programa de PPP, por meio da apresentação de Proposta Compor o Comitê de Análise Preliminar Emitir Nota Técnica sobre Proposta Apresentar manifestação na reunião do CGPPP para aprovação da Proposta Preliminar 	<ul style="list-style-type: none"> Participar de Grupo de Trabalho para estruturação de projeto de PPP Atuar no desenvolvimento de estudos técnicos relativos a projetos de PPP No caso de estudos privados, analisar e atuar na consolidação dos estudos apresentados 	<ul style="list-style-type: none"> Publicar Consulta Pública Realizar Audiência Pública Aprovar alterações decorrentes de Consulta e Audiência Pública Publicar Edital final Liderar o processo licitatório Assinar o contrato de PPP 	<ul style="list-style-type: none"> Atender as obrigações definidas no contrato de PPP Acompanhar e fiscalizar seus contratos de PPP Realizar o pagamento da contraprestação Enviar à CAC relatório mensal de seus projetos de PPP

(17) Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – 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 parceria público-privada.



2.2.8. Procuradoria Geral do Estado (PGE)

A PGE¹⁸ exerce as funções de consultoria jurídica do Poder Executivo e da Administração Pública Estadual¹⁹. Compete à PGE, dentre outras atribuições, emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral, assim como examinar editais de licitação e orientar sobre os procedimentos a serem adotados pela Administração Pública do Estado. Cabe, ainda, à PGE examinar e aprovar o edital e a minuta do contrato de concessão quando autorizado um processo de licitação. Apesar de o parecer da PGE ser obrigatório apenas antes da publicação do edital, a PGE é envolvida no projeto de PPP desde o recebimento da Proposta Preliminar, seja vindo da iniciativa privada ou dos Órgãos Setoriais. Isto porque a PGE acompanha todo o processo de desenvolvimento de um projeto de PPP, compondo o CAP, nos termos estabelecidos pelo Decreto Estadual n.º 61.371/2015. Adicionalmente, sempre que for formado Grupo de Trabalho para atuação na modelagem de determinado projeto de PPP, a PGE será integrante, tendo como escopo a análise dos aspectos jurídicos.

Na fase de Gestão do Contrato, além de fornecer apoio aos Órgãos Setoriais em eventuais questões jurídicas que surjam ao longo da execução do contrato, a PGE tem participação por meio de sua atuação na CACPPP.

2.3. Arcabouço legal das PPPs no Estado de São Paulo

As PPP no Estado são regidas fundamentalmente pela Lei Estadual de PPP, sua regulamentação infralegal instituída pelo Decreto Estadual de PPP e pela Lei Federal de PPP. O arcabouço normativo aplicável às PPP não se restringe somente a esses diplomas, devendo ser observados:

(18) Constituição do Estado de São Paulo, artigo 98: A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

(19) Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, atualizada até a Lei Complementar n. 1.082, de 17.12.2008, artigo 2º: A Procuradoria Geral do Estado, instituição de natureza permanente vinculada diretamente ao Governador, tem, além daquelas previstas nos artigos 98 a 102 da Constituição do Estado, as seguintes atribuições: (...) III – exercer as funções de Consultoria Jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral;

No âmbito estadual:

Tabela 5 – Diplomas Normativos relacionados a PPP no âmbito Estadual

Diploma normativo	Descrição
Lei Estadual n.º 11.688/2004	Cria o Programa Estadual de PPP e institui as normas de contratação de PPP no âmbito estadual.
Decreto Estadual n.º 48.867/2004	Regulamenta a Lei Estadual de PPP.
Decreto Estadual n.º 61.371/2015:	Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por Órgão Setorial.
Instrução normativa TCE N.º 01/2008	Dispõe sobre procedimentos relativos à contratação no âmbito estadual a serem fiscalizados pelo TCE.
Lei Federal n.º 11.079/2004	Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.
Lei Federal n.º 13.019/2014	Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil.

Ainda no âmbito estadual, no que se refere ao procedimento licitatório, deve ser observada a legislação indicada na tabela a seguir.

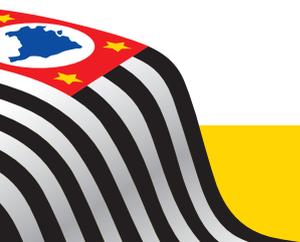


Tabela 6 – Diplomas normativos relacionados ao processo licitatório no Estado de São Paulo

Diploma normativo	Descrição
Lei Estadual n.º 6.544/1989	Regulamenta as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública estadual.
Decreto Estadual n.º 54.010/2009	Dispõe sobre a obrigatoriedade de inversão de fases nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Estado - se estendendo, tal obrigação, inclusive às concessões e PPP20.

No âmbito federal:

Tabela 7 – Diplomas normativos relacionados a PPP no âmbito federal

Diploma normativo	Descrição
Lei Federal n.º 11.079/2004	Institui normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da Administração Pública.
Lei Federal n.º 12.766/2012	Altera a Lei Federal de PPP para dispor sobre o aporte de recursos em favor do Parceiro Privado.
Lei Federal n.º 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.
Lei Federal n.º 8.666/1993	Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública – aplicação subsidiária.
Portaria STN nº 614/2006	Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP.

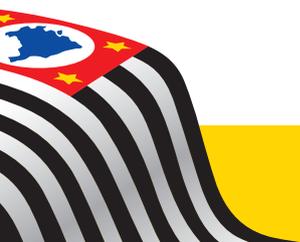
(20) Artigo 1º, parágrafo único: As licitações realizadas para a concessão de serviços públicos e para a contratação de Parcerias Público-Privadas deverão atender à inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nos termos previstos, respectivamente, no artigo 18-A da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 13 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Adicionalmente, em projetos que dependam de recursos federais, devem ser observadas normas específicas, tais como as apresentadas na tabela a seguir:

Tabela 8 – Exemplos de diplomas normativos aplicáveis a projetos de PPP que dependem de recursos do Governo Federal.

Diploma normativo	Descrição
Resolução CGP n.º 2/2005	Autoriza a criação de forças-tarefa para implementação de projetos de PPP.
Resolução n.º 3.289/2005 do Conselho Monetário Nacional	Dispõe sobre o funcionamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), de que trata a Lei Federal n.º 11.079/04.
Resolução CGP n.º 1/2005	Dispõe sobre o FGP de que trata a Lei Federal de PPP.
Instrução Normativa TCU n.º 52/2007	Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de PPP a serem exercidos pelo TCU.

São ainda aplicáveis as normas relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento, tais como a Lei Federal n.º 11.578/2007 (“Lei do PAC”) e a sua respectiva regulamentação, disciplinada no Decreto Federal n.º 7.888/2013.



3. O PROGRAMA DE CONCESSÕES DO ESTADO DE SÃO PAULO

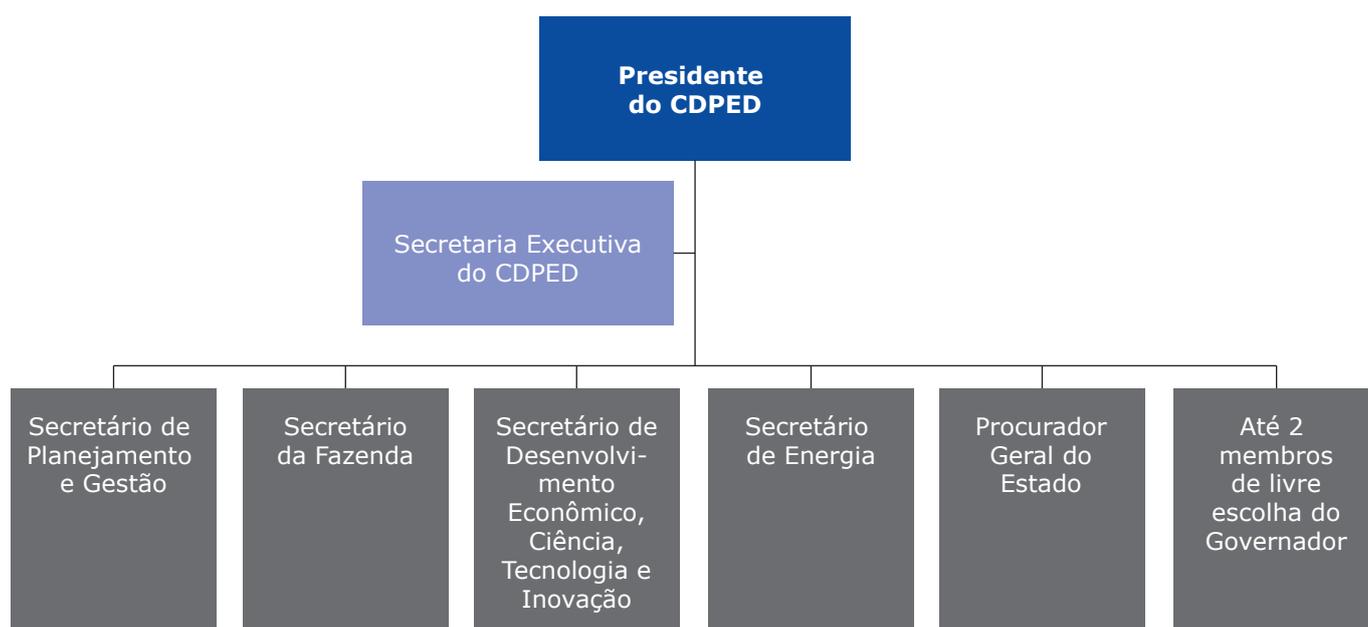
As fases da concessão são as mesmas àquelas já evidenciadas para os projetos de PPP no âmbito do item 2.1 do presente Manual, de forma que o ciclo de vida de um projeto de concessão também pode ser dividido em 4 (quatro) fases principais: Enquadramento Preliminar, Modelagem, Licitação e, finalmente, Gestão do Contrato.

3.1. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de Concessões

O Programa de Concessões do Estado de São Paulo possui o Conselho Diretor do Programa Estadual de Concessão (CDPED) como órgão superior de decisão e a UPPP como corpo técnico. Além da UPPP, possuem atribuições importantes no desenvolvimento das Concessões os Órgãos Setoriais e a PGE.

O CDPED, vinculado ao Gabinete do Governador, é o órgão superior de decisão do Programa Estadual de Desestatização. É composto por até 8 (oito) membros, conforme ilustrado no organograma a seguir, sendo o Presidente e o Vice Presidente indicados pelo Governador.

Figura 10 - Estrutura do CDPED do Estado de São Paulo

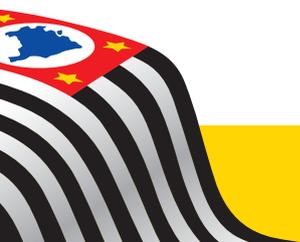


As decisões do CDPED são tomadas por voto da maioria, tendo o presidente direito ao voto de qualidade. Além dos conselheiros, podem participar das reuniões os titulares dos Órgãos Setoriais que tiverem interesse direto em determinado projeto, assim como demais convidados pelo Presidente do CDPED e representantes da UPPP. O CDPED é responsável por definir as prioridades do PED e supervisionar a execução de suas atividades. Assim, qualquer matéria de interesse do Programa Estadual de Concessões deve ser deliberada pelo Conselho.

O CDPED possui uma secretaria executiva, a SE CDPED, a quem cabe coordenar e preparar as informações e documentos necessários à análise de projetos que serão levados ao CDPED, além de outras atribuições semelhantes à SE CGPPP. A Subsecretaria de Parcerias e Inovação, a UPPP, os Órgãos Setoriais e a PGE também atuam de forma semelhante àquela já explicitada com relação do Programa Estadual de PPP no âmbito do PED.

3.2. Arcabouço Legal das Concessões no Estado de São Paulo

As Concessões no Estado de São Paulo são regidas fundamentalmente pela Lei Estadual de Concessões e pela Lei Federal de Concessões. O arcabouço normativo aplicável às Concessões não se restringe somente a esses diplomas, devendo ser observados:



No âmbito estadual:

Tabela 9 – Diplomas normativos aplicáveis a Concessões no âmbito estadual

Diploma normativo	Descrição
Lei Estadual n.º 7.835/1992	Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos.
Lei Estadual n.º 9.361/1996	Cria o programa estadual de desestatização sobre a reestruturação societária e patrimonial de Setor Energético.
Decreto Estadual nº 40.000/1995	Institui o Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de Obras de Infra-estrutura.
Decreto Estadual n.º 41.150/1996	Atribui ao CDPED a gestão do Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de obras de Infraestrutura, institui a SE CDPED.
Decreto Estadual n.º 61.371/2015	Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por Órgão Setorial.
Instrução Normativa TCE Nº 01/2008	Dispõe sobre procedimentos relativos à contratação no âmbito estadual a serem fiscalizados pelo TCE.

Ainda, no que se refere ao procedimento licitatório, deve ser observada a seguinte legislação:

Tabela 10 – Diplomas normativos relacionados ao procedimento licitatório no âmbito estadual

Diploma normativo	Descrição
Lei Estadual n.º 6.544/1989	Regulamenta as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública estadual.
Decreto Estadual n.º 54.010/2009	Dispõe sobre a obrigatoriedade de inversão de fases nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Estado - se estendendo, tal obrigação, inclusive às concessões e PPP ²¹ .

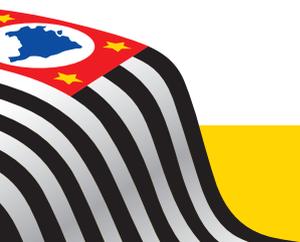
No âmbito federal:

Tabela 11 – Diplomas normativos aplicáveis a Concessões no âmbito federal

Diploma normativo	Descrição
Lei Federal n.º 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.
Lei Federal nº 9.074/1995	Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.
Lei Federal n.º 8.666/1993	Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública – aplicação subsidiária.

Adicionalmente, em projetos que dependam de recursos federais, devem ser observadas normas específicas, tais como a Lei do PAC e a sua respectiva regulamentação disciplinada no Decreto Federal n.º 7.888/2013.

(21) Artigo 1º, parágrafo único: As licitações realizadas para a concessão de serviços públicos e para a contratação de Parcerias Público-Privadas deverão atender à inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nos termos previstos, respectivamente, no artigo 18-A da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 13 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.



4. DAS FUTURAS PARCERIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

A elaboração deste Manual visa consolidar as experiências e os aprendizados internalizados pelo Estado de São Paulo durante a estruturação, modelagem e gestão dos projetos de PPP e Concessões no âmbito dos programas acima mencionados, e, com isso, promover o aprimoramento na estruturação das futuras PPP e Concessões a serem implementadas no Estado.

Nesse sentido, o presente Manual tem como principal intenção demonstrar o apoio e o interesse do Governo do Estado em continuar a promover PPP e Concessões, desde que esses modelos se revelem os mais adequados no âmbito das fases de estruturação e modelagem, conforme se verá a seguir. Isto porque o Estado de São Paulo acredita que tais modelos podem, em muitos casos, tornar a prestação de serviços, infraestruturas e utilidades públicas mais eficiente e de melhor qualidade para a população paulista.

Para tanto, pretende-se com este Manual tornar o processo de estruturação de PPP e Concessões mais transparente, e, conseqüentemente, promover um ambiente mais claro e seguro aos interessados em investir em projetos no Estado. Além disso, esta edição do Manual presta-se a estabelecer um alinhamento geral interno na Administração Pública estadual sobre as melhores práticas de procedimentos de estruturação, modelagem, licitação e gestão de contratos de PPP e Concessões.

Acredita-se que tais medidas, somadas à edição do Decreto Estadual n.º 61.036/2015 e do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, representa um novo marco com relação à interação entre a iniciativa privada e o Estado: mais uma vez de forma pioneira, o Estado procura criar um ambiente institucional moderno, transparente e seguro para a estruturação de projetos de PPP e Concessões.

Sobre o assunto, merece especial atenção os aspectos relacionados aos aperfeiçoamentos e mudanças promovidas pelo Decreto Estadual n.º 61.371/2015 que buscam melhorar a governança e aumentar a transparência e a previsibilidade do processo de estruturação de projetos de PPP e concessões. Uma abordagem mais específica sobre tais alterações será feita ao longo dos próximos tópicos deste Manual.

Ainda, entre as ações do Estado de São Paulo para aprimorar seus Programas de PPP e de Concessões, está a implementação de uma plataforma digital desenvolvida com o objetivo de integrar todos os processos relativos a projetos de PPP e Concessão em um ambiente online e permitir a interação entre os agentes, tanto públicos quanto privados, envolvidos na estruturação das PPPs no âmbito estadual, denominada Plataforma de Parcerias. Esta plataforma é composta por um website informativo e uma aplicação online, onde agentes privados cadastrados podem acessar informações do Programa de PPP, propor projetos, cadastrar-se em Chamamentos Públicos e acompanhar o andamento de seus projetos.

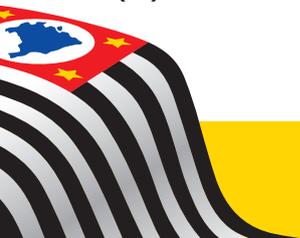
Adicionalmente, a aplicação da Plataforma de Parceria atua como uma ferramenta de auxílio e gestão aos agentes públicos envolvidos em projetos de PPP e Concessão no Estado, uma vez que as atividades apresentadas neste Manual são reproduzidas no ambiente digital da Plataforma de Parcerias.

A Plataforma de Parcerias representa, portanto, a evolução do Programa Estadual de PPP e Concessões, ao integrar em um único ambiente todos os processos, informações e documentos dos projetos de PPP e Concessão no âmbito estadual. Permite, assim, a disseminação do conhecimento adquirido na estruturação de projetos, metodologias e conceitos de PPP e Concessão, perpetuando um círculo virtuoso de aprendizado e melhorias nos projetos nessas modalidades no Estado de São Paulo. Trata-se de ferramenta que será capaz de centralizar todas as propostas de projetos de parcerias formuladas tanto pela iniciativa privada quanto pelo setor público, eliminando-se assim os custos de transação decorrentes da necessidade de interlocução descoordenada entre várias esferas decisórias da Administração Pública do Estado.

Todas essas medidas serão responsáveis por mudanças substanciais do processo de estruturação, modelagem e gestão dos futuros projetos de PPP e Concessões.

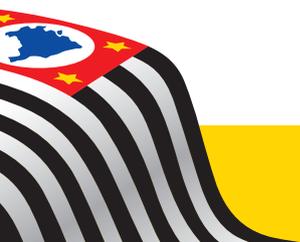
Ademais, conforme visto acima, a criação da Subsecretaria de Parcerias e Inovação teve por objetivo centralizar a coordenação de todos os agentes envolvidos nos processos de estruturação, modelagem, licitação e gestão de contratos de PPP e Concessões.

Entende-se que todas as reformulações supramencionadas inauguram uma nova etapa no processo de interação entre o Estado e a iniciativa privada, com a qual se pretende tornar os processos de estruturação, modelagem, licitação e gestão de contratos de PPP e Concessões mais transparentes e eficientes, para (i) diminuir os custos de transação, (ii) tornar o processo mais seguro tanto para o setor público quanto para o setor privado e, conseqüentemente, (iii) melhorar a qualidade dos projetos de PPP e Concessões estaduais.



Esta nova etapa denomina-se Programa Estadual de Parcerias e evidencia interesse do Estado em prosseguir com a utilização dos modelos de Concessão Comum e PPP, atentando-se cada vez mais no melhor modelo para cada projeto. Os processos de estruturação de projetos de PPP e Concessões passam a ser coordenados pelas mesmas instâncias técnicas, ainda que sua esfera decisória seja distinta (CGPPP e CDPED, como exposto anteriormente).

O presente Manual visa retratar o ciclo de estruturação tanto de projetos de PPP quanto de projetos de Concessões, bem como servir como um verdadeiro guia de boas práticas durante as etapas de Enquadramento Preliminar, Modelagem, Licitação e Gestão do Contrato, as quais foram elaboradas com base em toda expertise assimilada pelo Estado nos seus programas anteriores.



PARTE 2

PROCEDIMENTOS E DIRETRIZES PARA PROJETOS DE PARCERIAS



5. CICLO DE PROJETO DE PARCERIAS NO ESTADO

No Estado, a proposição de projetos de Concessões e PPP pode partir da Administração Pública ou da iniciativa privada. Na primeira etapa, denominada Enquadramento Preliminar, o proponente deve levantar dados e informações que indiquem a possibilidade de execução do projeto na modalidade de PPP ou de Concessão para compor uma Proposta Preliminar. Seja iniciando pelo setor público ou pela iniciativa privada, devem ser apresentados elementos suficientes para subsidiar a análise da conveniência de realizar o projeto na forma de PPP ou de Concessão e justificar a autorização pelo CGPPP ou pelo CDPED, conforme o caso, para aprofundamento dos estudos e consequente inclusão do projeto no Programa Estadual de Parcerias.

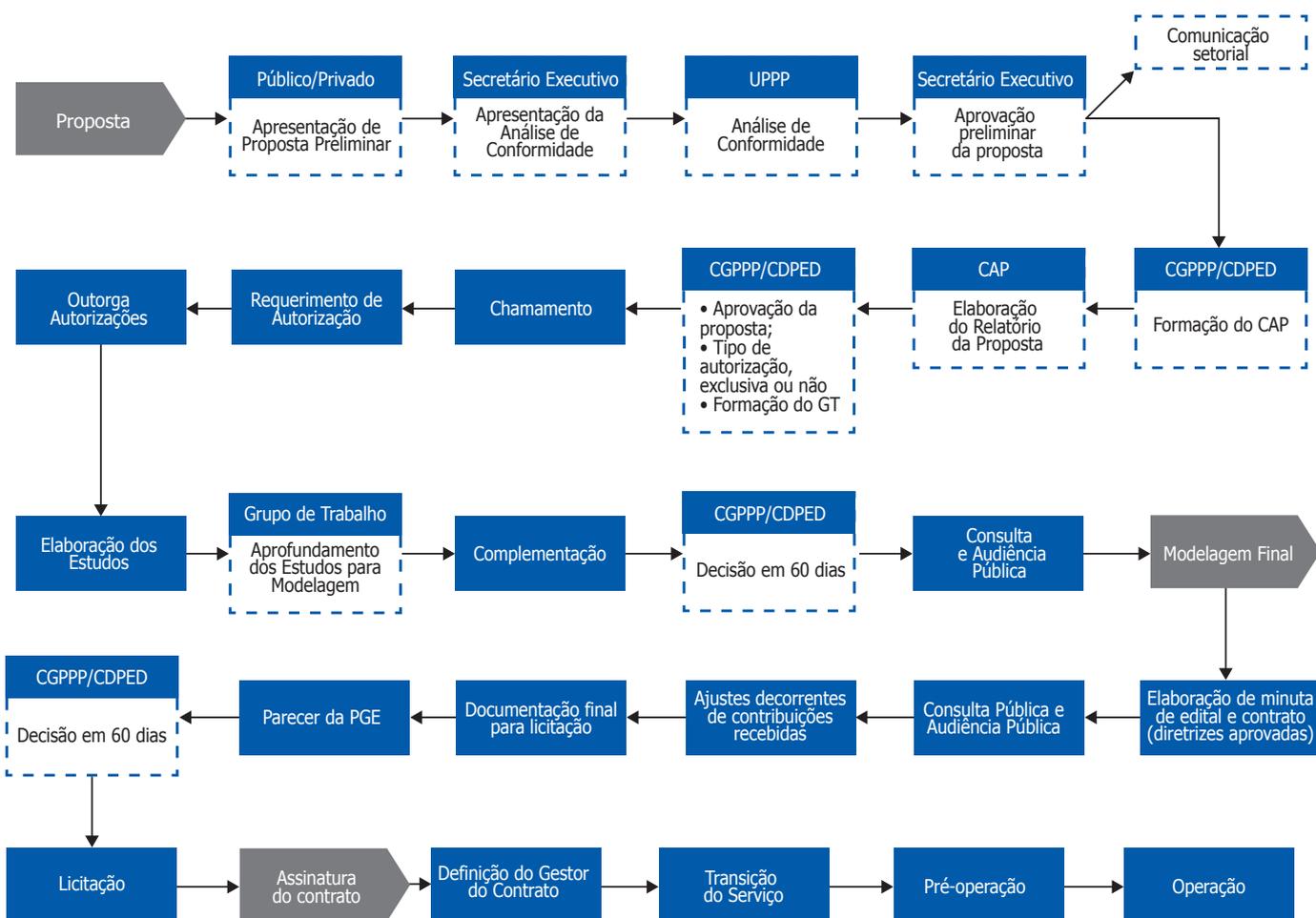
Uma vez adotada a opção pela inclusão inicial do projeto no Programa Estadual de Parcerias, passa-se à fase de Modelagem, na qual são realizados os estudos de viabilidade técnica, jurídica e econômico-financeira da Concessão ou da PPP. Para a realização desses estudos pode-se optar pela publicação de Chamamento Público, em que são convidados eventuais interessados da iniciativa privada a apresentar estudos de determinado projeto de PPP ou Concessão. O Decreto Estadual prevê, ainda, a possibilidade de a Administração Pública conferir a um único interessado a autorização para realização dos estudos, desde que observadas algumas condições, conforme se verá adiante. Uma vez concluídos os estudos de modelagem, o projeto passa novamente pela deliberação do CGPPP ou do CDPED, conforme o caso, para aprovação da modelagem final.

A partir da aprovação da modelagem final pelo CGPPP ou pelo CDPED, conforme o caso, tem início a fase de Licitação com a autorização, pelo respectivo conselho, para o prosseguimento para as etapas de consulta e audiência pública. Após a consulta pública, poderão ser realizados ajustes na modelagem do projeto, no edital e no contrato, em decorrência de contribuições recebidas nesta etapa. Assim, deverá ser elaborada a versão final do edital, que será analisado pela PGE. Previamente à publicação do aviso de licitação, o edital deverá ser também aprovado pelo CGPPP ou pelo CDPED, conforme o caso.

Concluída a licitação e a assinatura do contrato de concessão entre os agentes público e privado, inicia-se a fase de Gestão do Contrato. Essa fase contempla a transição da prestação do serviço para a Concessionária ou o início da prestação desse serviço, bem como o acompanhamento, pelo Poder Público, da execução do contrato durante todo o prazo de sua vigência. Tal acompanhamento inclui, entre outras ações, a aferição dos indicadores de desempenho.

A figura a seguir apresenta, de forma ilustrativa e objetiva, os principais passos, em cada fase, necessários desde a concepção do projeto até a licitação e posterior gestão do contrato. Ressalta-se que os procedimentos e agentes envolvidos ao longo das fases serão apresentados na sequência deste Manual.

Figura 11 – Visão geral do ciclo de projeto de PPP



6. FASE DE PRÉ-ENQUADRAMENTO

A fase de Pré-enquadramento, ou Enquadramento Preliminar, contempla as atividades iniciais de concepção do projeto. Nesta etapa são elaborados documentos com base em estudos preliminares que indiquem a viabilidade da implantação do projeto na modalidade de PPP ou de Concessão e a conveniência para aprofundamento dos estudos. O conjunto de documentos elaborados nessa etapa e que serão apresentados ao CGPPP ou CDPED, conforme o caso, é denominado Proposta Preliminar. Esta etapa é de suma importância para o processo, já que uma vez aprovada a Proposta Preliminar, o projeto é incluído na carteira de projetos de Concessão e PPP do Estado.

A proposição do projeto será realizada por meio da Plataforma de Parcerias e pode ser iniciada pela Administração Pública ou por agentes privados, observados os requisitos previstos no Decreto Estadual n.º 61.371/2015. Independentemente do proponente ser público ou privado, devem ser apresentados elementos suficientes para indicar que a concessão, na modalidade eleita, é de fato uma alternativa eficiente para a implantação do projeto vis a vis o atual modelo de prestação dos serviços objeto da parceria proposta, assim como a conveniência para aprofundamento dos estudos. A estruturação de um projeto de concessão comum ou de PPP é complexa, exigindo altos dispêndios e alocação de recursos humanos tanto por parte do Estado, quanto por parte dos agentes privados. Torna-se, assim, fundamental a análise da conveniência de prosseguimento da modelagem do projeto.

Nesse sentido, para permitir a sua análise por parte do Estado, a Proposta Preliminar deve conter, no mínimo:

- Descrição dos problemas e desafios concretos que justificam o projeto;
- Descrição das soluções e dos benefícios do projeto, indicando os objetivos e metas a serem alcançados;
- Indicação da modalidade de contratação a ser empregada e do arranjo jurídico preliminar proposto, bem como do respectivo prazo contratual, quando possível essa estimativa;
- Demonstração, ainda que preliminar, da viabilidade econômica, jurídica e técnica da parceria proposta;

- Enumeração dos aspectos e parâmetros objetivos de inovações que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pelo Estado.

Independente da origem da Proposta Preliminar, esta passará por uma primeira apreciação da UPPP, tendo como foco a avaliação dos seus aspectos formais. Nesta etapa, verificar-se-á se a proposta apresentada contempla o conteúdo acima mencionado, sem propriamente realizar uma análise de mérito deste conteúdo. Caso a Proposta Preliminar tenha preenchido todos os aspectos formais e seja aprovada pelo Secretário Executivo, haverá a apreciação preliminar do seu conteúdo pelo CAP. A análise do CAP será submetida ao CGPPP ou a CDPED, conforme o caso, que deliberará pela aprovação ou pela rejeição da Proposta Preliminar.

A figura a seguir apresenta o fluxo dessa etapa, conforme descrito acima. Ressalta-se que a tramitação de documentos ocorrerá mediante a Plataforma de Parcerias, sendo que a documentação formal de cada atividade será direcionada à SE CGPPP ou à SE CDPED, que é responsável pela gestão do arquivo físico do seu respectivo Conselho.

Figura 12 – Fluxo dos principais procedimentos da Etapa de Pré-enquadramento



Nos itens seguintes serão apresentados em mais detalhes os procedimentos da etapa de Enquadramento Preliminar e o conteúdo que deverá ser levado ao CGPPP ou ao CDPED para fins de sua aprovação, conforme o caso, de forma que haja elementos suficientes para aprovar a inclusão do projeto no Programa Estadual de Parcerias.

6.1. Procedimento

6.1.1. Proposição de projeto

A proposição de projetos para inclusão no Programa Estadual de Parcerias será realizada por meio da Plataforma de Parcerias. Para tal, o proponente, previamente cadastrado na Plataforma de Parcerias, seja público ou privado, deve selecionar a opção “Propor um projeto”, que abrirá uma página com um formulário no qual são solicitadas as informações sobre o projeto proposto, conforme será detalhado em seguida. Além das informações solicitadas no formulário, o proponente poderá fazer download do Modelo Econômico-Financeiro Preliminar²², disponível na tela de submissão, e preencher com as informações de sua Proposta Preliminar. Adicionalmente, o proponente poderá anexar, ao final da submissão, outros documentos que julgar pertinente para auxiliar o Governo na análise de sua Proposta Preliminar.

Vale ressaltar que, para a proposição da Proposta Preliminar, é necessário que todas as informações do formulário de natureza obrigatória sejam preenchidas, de forma que o proponente possa dar prosseguimento no processo, ou seja, não será possível incluir no sistema informações incompletas que possuam caráter obrigatório. Algumas informações, por outro lado, possuem natureza facultativa, de forma que o seu não preenchimento pelo proponente não inviabilizará o prosseguimento no processo. O sistema da Plataforma de Parcerias indicará com clareza qual a natureza de cada informação. A seguir serão apresentadas as informações que serão solicitadas no formulário.

(22) Serão disponibilizadas 4 opções de Modelo Econômico-Financeiro para download, sendo um genérico e os demais setoriais. Recomenda-se que o proponente utilize o modelo mais aderente à sua proposta

6.1.2. Recebimento da Proposta e encaminhamento para análise

Uma vez submetida a Proposta Preliminar, o proponente receberá uma notificação de submissão por email e poderá acompanhar pela Plataforma de Parcerias o andamento de sua Proposta Preliminar até a deliberação do CGPPP ou do CDPED, conforme o caso. A primeira etapa após a submissão é o recebimento da proposta pelo Secretário Executivo, que a encaminhará à apreciação da UPPP quanto ao cumprimento dos seus aspectos formais.

6.1.3. Análise de Conformidade

Nesta etapa, a UPPP verificará se todos os campos solicitados para a submissão de Proposta Preliminar foram preenchidos corretamente, incluindo a planilha de Modelo Econômico Preliminar (opcional).

Em seguida, a UPPP analisará se as informações constantes dos campos solicitados para a submissão efetivamente contem as informações mencionadas no item 6.2 deste Manual, sobretudo aqueles constantes do artigo 4º do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, quais sejam: (i) qualificação completa, que permita a identificação do proponente, bem como indicação de localização para eventual envio de notificações, informações, erratas, respostas e solicitação de esclarecimentos; (ii) descrição dos problemas e desafios concretos que justificam a parceria que se pretende instalar, bem como das soluções e dos benefícios que advirão de sua efetiva execução; (iii) indicação da modalidade de contratação a ser implementada e do arranjo jurídico preliminar proposto, bem como do respectivo prazo contratual, quando possível a estimativa; (iv) demonstração, ainda que preliminar, da viabilidade econômica, jurídica e técnica da parceria proposta; e (v) enumeração dos parâmetros objetivos de inovação que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pela Administração Pública estadual.

A análise da UPPP será consubstanciada em nota técnica, que deverá ser submetida à apreciação do Secretário Executivo do CGPPP ou do CDPED, conforme o caso, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da submissão da Proposta Preliminar. Nesse passo, o Secretário Executivo do CGPPP ou do CDPED poderá: (i) aprovar a Proposta Preliminar; (ii) rejeitá-la; ou (iii) solicitar a sua complementação, mediante o envio de despacho ao proponente, por intermédio da Plataforma de Parcerias. A ausência de manifestação da UPPP para o Secretário Executivo do CGPPP ou do CDPED será considerada, para todos os fins, como rejeição da Proposta Preliminar.



6.1.4. Manifestação Formal sobre a Proposta Preliminar

Uma vez aprovada a Proposta Preliminar pelo Secretário Executivo do CGPPP ou do CDPED, haverá a formação do CAP, segundo a seguinte sistemática prevista no Decreto Estadual n.º 61.371/2015: (i) 1 (um) representante da Secretaria de Governo, preferencialmente indicado pela Subsecretaria de Parcerias e Inovação, a quem competirá a coordenação do CAP; (ii) 1 (um) representante da Secretaria da Fazenda; (iii) 1 (um) representante da CPP, no caso de projetos de PPP; (iv) 1 (um) representante de cada Secretaria de Estado diretamente envolvida com a implementação da parceria proposta; (v) 1 (um) representante da Secretaria de Planejamento e Gestão; (vi) 1 (um) representante da PGE; 1 (um) representante da UPPP; e (vii) 1 (um) representante da entidade reguladora estadual setorialmente envolvida com a parceria proposta, se cabível.

O CAP é responsável por avaliar o projeto no cenário global do Estado e suas prioridades estratégicas, considerando também os recursos disponíveis para contratação, cabendo-lhe a elaboração de relatório, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da sua formação, que deverá abordar os seguintes aspectos relacionados ao projeto: (i) sua compatibilidade com as prioridades, políticas públicas e estratégias setoriais ou, caso essa compatibilidade não seja verificada, razões pelas quais o projeto sugerido deva ser priorizado pela Administração Pública; (ii) se cabível, interface com estudos em análise pela Administração Pública, ou com empreendimentos por esta contratados, independentemente, no último caso, do respectivo regime jurídico; (iii) possibilidade, ou não, de o empreendimento ser executado por meio de outras modalidades contratuais que não a apontada na Proposta Preliminar, bem como o respectivo prazo; (iv) projeção, em valores absolutos ou proporção, das receitas e fontes do projeto proposto, inclusive com estimativas dos valores de aportes, contraprestações e demais receitas que advirão do Poder Público e dos usuários do serviço ou infraestrutura que estejam englobados no escopo da parceria proposta; (v) compatibilidade do projeto com o planejamento orçamentário da Administração Pública, inclusive no tocante a contraprestações, aportes de recursos e demais pagamentos, custos e garantias devidos pelo Poder Público; (vi) a viabilidade financeira do projeto; e (vii) detalhamento das atividades e fontes que poderão ser exploradas para geração de receitas acessórias, complementares ou alternativas, bem como estimativa de sua representatividade no âmbito da parceria proposta, caso esta venha a ser implementada.

Antes do encaminhamento de uma Proposta Preliminar ao CGPPP ou ao CDPED, conforme o caso, esta deve passar, ainda, pela Manifestação Formal do Órgão Setorial. Tais manifestações possuem como objetivo prover recomendação ao CGPPP ou do CDPED, conforme o

caso, sobre a Proposta Preliminar apresentada, possuindo caráter orientativo. Nessa etapa devem ser observados os aspectos técnicos e financeiros do projeto proposto, considerando principalmente:

- Aderência aos planos e estratégias setoriais;
- Conveniência de realização do projeto;
- As prioridades do Governo;
- As características próprias de cada parceria;
- O impacto orçamentário do projeto com base em estimativas preliminares; e
- O impacto nas garantias disponíveis no Estado.

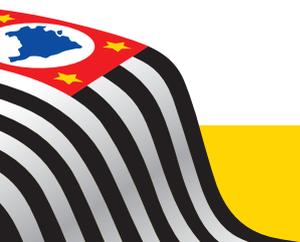
Na Manifestação Formal, além destes elementos mencionados, o Órgão Setorial poderá indicar eventuais alterações da Proposta Preliminar que tornem esta mais aderente aos interesses do Estado, assim como indicar, caso identifique, que a Proposta Preliminar não é conveniente para realização via PPP ou Concessão. No caso de o próprio Órgão Setorial ter apresentado a Proposta Preliminar, a Manifestação Formal é dispensada.

6.1.5. Deliberações do CGPPP ou do CDPED

O relatório do CAP será submetido ao CGPPP ou a CDPED, conforme o caso, que deliberará, em reunião, pela aprovação ou pela rejeição da Proposta Preliminar. A reunião do conselho em questão será iniciada com a apresentação do relatório do CAP. Em seguida, o Secretário de Estado responsável pela Secretaria Setorial diretamente envolvida com a implementação da parceria proposta deverá apresentar a Manifestação Formal. Caso não seja possível, por meio da deliberação realizada, chegar a conclusão definitiva quanto à aprovação da Proposta Preliminar, o Presidente do CGPPP ou do CDPED determinará o aprofundamento dos estudos no âmbito do respectivo colegiado, designando, desde logo, data para nova reunião, na qual se deliberará a respeito da aprovação da Proposta Preliminar.

6.1.6. Critérios para aprovação da Proposta Preliminar

A decisão de aprovação da Proposta Preliminar e consequente prosseguimento para a etapa de Modelagem de cada projeto compete ao CGPPP ou ao CDPED, conforme o caso. São critérios que podem ser considerados na tomada de decisão:



- A adequação da Proposta Preliminar às prioridades da Administração Pública, bem como conveniência e oportunidade de sua instauração no momento da apreciação;
- A compatibilidade do projeto com o planejamento orçamentário da Administração Pública e com as diretrizes da LRF, inclusive no tocante às contraprestações e aportes, custos e garantias devidos pelo Poder Público, bem como à viabilidade financeira do projeto;
- Impacto sobre o limite de comprometimento do orçamento do Estado com o pagamento de contraprestações pecuniárias no horizonte do contrato de concessão;
- Capacidade de endividamento e pagamento do Estado;
- Garantias públicas: inclusive garantias providas pelo Órgão Setorial, desvinculando os ativos do Estado e/ou garantias fornecidas pela CPP, com base em ativos do Estado e potencial;
- Enquadramento do projeto no PPA, bem como previsão orçamentária específica na LDO;
- Financiabilidade: potencial enquadramento dos investimentos a serem realizados em instituições de fomento ao desenvolvimento, bancos multilaterais ou em outras instituições do mercado financiador de projetos de infraestrutura;
- Mensurabilidade da qualidade dos serviços objeto da parceria proposta, como condição para aferição dos indicadores de desempenho ou dos níveis de serviço, conforme o caso, de forma a garantir uma elevação no padrão dos serviços em relação à situação existente;
- Inovação tecnológica: os projetos devem ser complexos o suficiente para motivar inovações tecnológicas associadas aos produtos ou aos processos envolvidos no projeto;
- Eficiência de custos a longo prazo: a somatória dos custos de todo o ciclo de vida do contrato, incluindo a elaboração de projetos, implantação dos investimentos, operação, manutenção, gestão e impostos deverá ser, a valor presente, inferior a formas alternativas de contratação;
- Apetite do mercado privado para o perfil de negócio proposto, como forma de criar um ambiente competitivo pelo projeto;
- Oportunidade de transferência de riscos: o projeto deve permitir a transferência de riscos específicos para a iniciativa privada quando esta se provar mais capacitada do que o Poder Público a assumi-los. A transferência de riscos deverá refletir-se no cálculo da remuneração do capital privado empregado;
- Oportunidade de agregação de licitações: o projeto deve agregar valor ao Estado ao envolver um conjunto amplo de atividades, serviços ou compras, que de outra forma seriam contratadas isoladamente de diferentes agentes;
- Oportunidade de agregação de receitas extra operacionais e provenientes de projetos acessórios: projetos de parceria podem reduzir o impacto fiscal associado à implantação da infraestrutura e à prestação de serviços por meio da busca por receitas que poderiam não existir em outras condições contratuais.

6.1.7. Definição da forma de realização dos estudos no caso de proposição pública

Aprovada a Proposta Preliminar, o CGPPP ou o CDPED, conforme o caso, deliberará sobre a forma de encaminhamento do projeto na fase de Modelagem, ou mais especificamente, como será conduzido o aprofundamento dos estudos. Nesse sentido, será decidido se a realização dos estudos será efetuada pela própria Administração Pública, com o eventual apoio de consultorias externas, ou se haverá a publicação de Chamamento Público, convidando eventuais empresas privadas interessadas a apresentar os estudos do projeto. O Chamamento Público também poderá prever a concessão de autorização exclusiva, a fim de que um único interessado realize os estudos na fase de Modelagem, desde que haja a renúncia deste em participar do eventual processo licitatório visando à implantação do projeto objeto da Proposta Preliminar.

6.1.8. Autorização para formação do Grupo de Trabalho

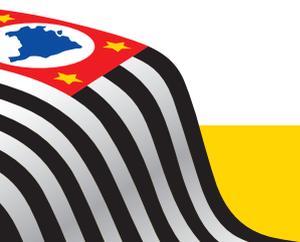
Após a aprovação do projeto pelo CGPPP ou pelo CDPED, conforme o caso, deve ser constituído um Grupo de Trabalho, composto pelos mesmos membros do CAP. O Grupo de Trabalho terá por função acompanhar a tramitação do projeto durante todas as fases do procedimento e da correspondente licitação, até o ato que marque o início de eficácia do contrato da parceria, caso esta venha a ser implementada.

6.2. Conteúdo mínimo necessário para a proposição de projetos de parceria

A seguir são apresentadas as informações solicitadas para submissão de Propostas Preliminares na Plataforma de Parcerias, contendo um breve descritivo do que se espera em cada campo.

6.2.1. Identificação da proposta

Ao realizar a submissão, o proponente deverá atribuir um nome à proposta, com a finalidade de identificá-la junto a outros projetos propostos na plataforma digital de parcerias.



6.2.2. Objeto

Na Proposta Preliminar, é necessário que sejam apresentadas as linhas básicas do projeto, com um descritivo sucinto do objeto a ser avaliado, incluindo os investimentos que serão realizados, os serviços que serão prestados e as características gerais do projeto.

No que se refere aos investimentos, deverão ser indicadas as intervenções planejadas, ou seja, se estão previstas reformas, obras para modernização, ampliação ou implantação de infraestrutura, além dos equipamentos necessários.

Quanto aos serviços, serão apontados os principais itens que compõem o rol de atividades realizadas pela Concessionária na fase operacional do empreendimento, segmentado por atividades de operação, manutenção e administração.

Das características gerais do projeto deverá constar a população afetada direta e indiretamente pela implantação do projeto

6.2.3. Justificativa

A justificativa do projeto deve contemplar a realidade a ser melhorada com o projeto, que pode ser identificada com a elaboração de um diagnóstico. O proponente deve buscar situar o projeto proposto no contexto corrente, com a finalidade de expor os aspectos que justificam sua contratação, podendo contemplar:

- Histórico do serviço que será delegado e a forma como é prestado pela Administração Pública;
- Levantamento da infraestrutura disponível, se houver;
- Apresentação das necessidades que serão atendidas pelo projeto proposto;
- Avaliação das fontes e disponibilidade de recursos para desembolsos necessários ao projeto;
- Relação, quando houver, de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, relacionados ao escopo do projeto proposto, e discriminação dos custos correspondentes; e
- Outras questões centrais que indiquem a necessidade e importância do projeto.

6.2.4. Relevância Social

Adicionalmente, a Proposta Preliminar deve apresentar, ainda que de forma resumida, os objetivos, metas e resultados a serem obtidos com o projeto, destacando-se os benefícios esperados com a implantação do projeto, que atenderá ao interesse público. Nesta parte, é importante evidenciar que a opção pelo modelo de PPP ou de Concessão proposto resultará em vantagem econômica, operacional e/ou social em relação a outras possibilidades de execução direta ou indireta. Requer-se, sobre o tema, que sejam apresentados:

- População afetada direta e indiretamente pela implantação do projeto;
- Benefício qualitativo e, se possível, quantitativo esperado decorrente da implantação do projeto; e
- Benefício qualitativo e, se possível, quantitativo esperado decorrente da adoção do regime de Parceria Público-Privada em comparação a outras formas de contratação.

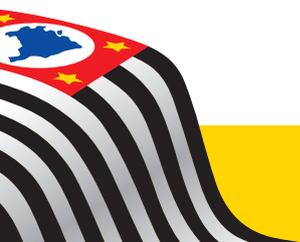
6.2.5. Aspectos de Inovação

Outro elemento importante para avaliação da conveniência do projeto, diz respeito aos aspectos de inovação da Proposta Preliminar. Espera-se que o proponente aponte os principais pontos inovadores da Proposta Preliminar apresentada, indicando o que diferencia o projeto apresentado do atual modelo de prestação de serviço pela Administração Pública.

6.2.6. Aderência aos Planos de Governo

Será solicitada, ainda, a aderência do projeto ao PPA, contemplando a apresentação e justificativa do caráter prioritário da execução do projeto na modalidade de PPP ou de Concessão, observadas as diretrizes governamentais registradas no PPA e nos planos dos respectivos Órgãos Setoriais.

Caso o projeto não esteja enquadrado no PPA, embora este campo não seja obrigatório, é igualmente importante que se apresentem as justificativas para que este seja enquadrado.



6.2.7. Aspectos do Modelo de Concessão

6.2.7.1. Modelo de Negócio

Espera-se que a Proposta Preliminar indique a modalidade de parceria a ser adotada, tendo como base, essencialmente, a natureza do projeto e a estrutura de receitas proposta, ou seja, se essa estrutura contemplará somente a cobrança de tarifa do usuário pela Concessionária, se será integralmente oriunda de contraprestação pública ou se será compostas por ambas, conforme descrito no item 7.2.3.2 do Manual. A figura a seguir apresenta um breve descritivo das duas modalidades de PPP e de Concessão Comum.

Figura 13 – Modalidades de Concessão

- **Concessão Patrocinada:** concessão de serviços públicos na qual, adicionalmente às tarifas pagas pelos usuários, o Poder Concedente realiza o pagamento de contraprestações pecuniárias ao parceiro privado, de forma a complementar os custos com investimentos, operação, manutenção dos serviços e/ou obras executados como objeto da concessão. Este modelo aplica-se aos casos em que a cobrança da tarifa, embora viável, não consiste em receita suficiente para dar viabilidade ao projeto, fazendo-se necessária a complementação por meio de contraprestação pública. Deve-se observar que, nas concessões patrocinadas, a parcela de receitas orçamentárias só pode representar mais do que 70% (setenta por cento) das receitas previstas para a Concessionária se houver lei que autorize percentual maior.
- **Concessão Administrativa:** é a modalidade de concessão na qual o Poder Concedente assume a figura de usuário, direto ou indireto, dos serviços e obras compreendidos na contratação, remunerando o Parceiro Privado por contraprestações públicas. A concessão administrativa tem objeto mais amplo do que a concessão patrocinada, por não envolver necessariamente a prestação de um serviço enquadrado como serviço público, mas sim de utilidade pública, que reverta mediata ou imediatamente em favor do Poder Público.
- **Concessão Comum:** é a modalidade de concessão na qual as prestações de serviços públicos são remuneradas por tarifas pagas pelos seus usuários finais, não havendo pagamento de contraprestação pelo Poder Concedente. Ainda que as receitas da tarifa possam ser complementadas por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, as concessões comuns pressupõem que os projetos sejam viáveis sem que seja necessário o aporte direto de recursos por parte do Poder Público.

6.2.7.2. Características gerais do modelo de negócio

As características gerais do modelo de negócios definido para o projeto também deverão ser apresentadas na submissão da Proposta Preliminar, devendo contemplar:

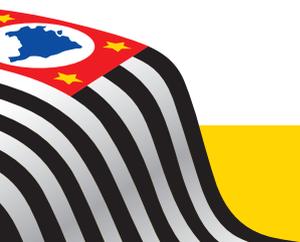
- Descrição das partes envolvidas (parceiro público, parceiro privado, usuário, agente regulador, garantidor, etc.) apresentando as relações existentes entre elas e os respectivos fluxos de recursos, bens e serviços;
- Descrição da forma de prestação e de remuneração dos serviços;
- Indicação das atividades principais que ficarão sob gestão do parceiro privado e as que permanecerão sob gestão do parceiro público (Matriz de Responsabilidades);
- Indicação dos principais riscos assumidos pelo parceiro privado e dos principais riscos que deverão ser assumidos pelo parceiro público;
- Indicação das principais responsabilidades do parceiro privado e do parceiro público, incluindo a necessidade de prestação de garantias, no caso de projetos de PPP.

É importante que o Modelo de Negócios de um projeto seja desenvolvido à luz da análise de riscos e, principalmente, da modelagem financeira. Isso porque a definição do modelo de contratação a ser adotado depende diretamente do nível de receitas, custos e investimentos de cada projeto.

6.2.8. Viabilidade jurídica e Aspectos Jurídicos Relevantes

Ainda que de forma preliminar, deve ser demonstrado na Proposta Preliminar que a viabilidade jurídica do projeto está assegurada, assim como a delegabilidade dos serviços. Essa análise contemplará:

- Análise dos aspectos jurídicos e regulatórios pertinentes à concessão e a aderência do modelo proposto à legislação vigente;
- Análise dos aspectos jurídicos e regulatórios referentes à obtenção das licenças e autorizações necessárias ao projeto;
- Especificidades identificadas na legislação atinente ao projeto, incluindo a análise de matéria tributária, ambiental e urbanística;
- Ferramentas legais e normativas para a implantação da concessão;
- Indicação de eventuais interfaces com outros órgãos do Estado, municípios e Governo Federal, e os instrumentos legais relacionados, por exemplo, convênios e consórcios.



Portanto, devem ser indicados na Proposta Preliminar os aspectos jurídicos mais relevantes, principalmente eventuais pontos de atenção.

6.2.9. Qualidade e Indicadores de desempenho

Ainda que de forma preliminar, deverão ser apresentados os principais indicadores de desempenho que possivelmente serão utilizados para avaliar a prestação dos serviços pela Concessionária, no caso de Propostas Preliminares de projetos de PPP. O objetivo é identificar a viabilidade de se mensurar a qualidade dos serviços que se pretende incluir no contrato de PPP, de forma a garantir que o projeto se enquadre nessa modalidade, sendo que os indicadores serão definidos na etapa de Modelagem.

No caso de Concessões Comuns, a Proposta Preliminar deverá apontar quais serão os mecanismos de fiscalização e mensuração da qualidade dos serviços que poderão ser adotados nesses modelos, a fim de garantir a prestação adequada dos serviços a serem concedidos caso o projeto proposto seja implantado.

6.2.10. Dados Econômico-Financeiros

6.2.10.1. Prazos

Ainda que de forma preliminar, o proponente deverá apresentar na Proposta Preliminar uma indicação de prazos do projeto que está propondo, tais como:

- A data-base do modelo econômico-financeiro;
- O prazo do contrato de concessão;
- O prazo previsto de implantação dos ativos e início da prestação dos serviços;
- O prazo de implantação dos estágios subsequentes, caso exista a opção pela implantação em fases;
- O prazo total de prestação de serviços.

Além dos itens necessários acima para elaboração da proposta, o proponente para apoiar a sua análise do prazo proposto poderá considerar os seguintes elementos:

- Prazos médios de financiamento em vigência para operações semelhantes realizadas no setor em análise;
- Análise de sensibilidade preliminar do valor de contraprestação pecuniária necessária para equilibrar financeiramente o contrato de concessão em relação ao prazo simulado, no caso de projetos de PPP, ou análise do valor total da outorga devida à Administração Pública, no caso de projetos de Concessão Comum;
- Capacidade de previsão das principais variáveis que afetam o negócio dentro de um padrão determinado de segurança; e
- A estimativa preliminar de demanda do serviço prestado.

6.2.10.2. Descritivo e Estimativa de Investimentos

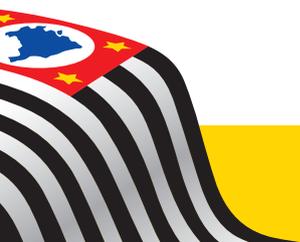
É necessário que sejam apresentados na Proposta Preliminar o descritivo, o dimensionamento e a estimativa, ainda que preliminar, de investimentos a serem realizados para a consecução do projeto, considerando os custos relativos a projeto, obras civis, equipamentos, dentre outros, apresentando os valores subdivididos nas principais categorias de investimentos. Ainda nessa etapa, deve ser indicado se está sendo previsto a necessidade de aporte público, e qual estimativa de valor a ser desembolsado pelo Estado, ou até mesmo se há previsão de investimento público direto, como, por exemplo, desapropriações ou obras públicas.

6.2.10.3. Previsão dos custos operacionais envolvidos

Deve ser ainda apresentada uma projeção das estimativas dos custos e despesas a serem incorridos com os serviços de operação e manutenção da concessão, tais como despesas administrativas, de pessoal, energia, seguros, garantias.

O proponente deverá indicar o valor estimado das receitas da Concessionária, incluindo:

- Quando aplicável, contraprestação pública anual que viabilize o projeto, e sua projeção ao longo do contrato: o valor estimado da contraprestação é relevante tendo em vista a existência de um limite para as despesas decorrentes da contratação de PPP no Estado.



- Quando aplicável, as estimativas de receitas tarifárias;
- Quando aplicável, o valor estimado das receitas acessórias/extraordinárias. Destaca-se que a previsão de obtenção de receitas acessórias e a exploração de projetos associados é incentivada pelo Estado, como mecanismo de garantir a modicidade tarifária e dos pagamentos a serem efetuados pela Administração (contraprestação pública e, eventualmente, aporte de recursos).

6.2.10.4. Tributos

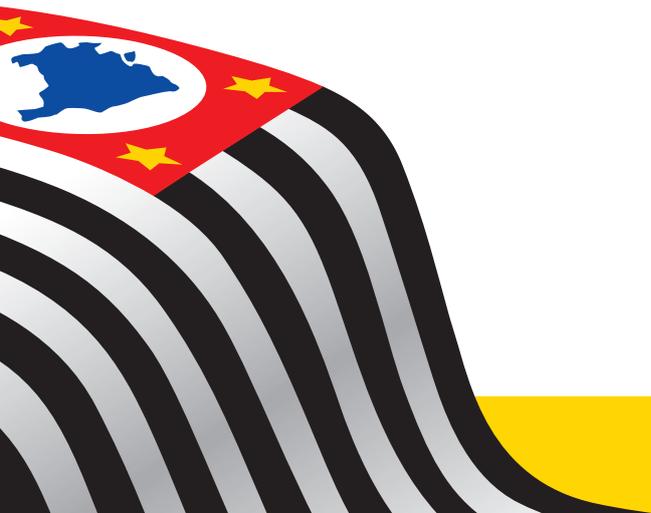
A Proposta Preliminar também deverá indicar os tributos diretos e indiretos que foram considerados pelo proponente na elaboração do modelo econômico-financeiro. Essas informações são necessárias para se avaliar a coerência e a viabilidade da modelagem econômico-financeira, sobretudo no que tange às receitas vislumbradas para o projeto.

6.2.10.5. TIR

A Proposta Preliminar deverá indicar a taxa interna de retorno (TIR) estimada para o projeto. A TIR estimada para o projeto deve ser comparada ao Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) e, para indicar viabilidade econômico-financeira do projeto, deverá ser superior a esse último.

6.2.10.6. Elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público

Por fim, deve constar da Proposta Preliminar a indicação de eventuais elementos adicionais que subsidiem a avaliação da conveniência, eficiência e o interesse público envolvidos no projeto, podendo-se, no caso específico de projetos de PPP, incluir aqueles previstos no artigo 10 da Lei Federal de PPP, no artigo 4o da Lei Estadual de PPP.



7. FASE DE MODELAGEM

Uma vez aprovada a proposta pelo CGPPP ou pelo CDPED, o respectivo colegiado deliberará quanto à conveniência de ser realizado chamamento público, conforme anteriormente exposto. Se eleita esta opção, deverá ser adotado, no âmbito da modelagem do projeto, o procedimento que segue exposto.

7.1. Procedimento

7.1.1. Elaboração do Chamamento Público

O Chamamento Público deve conter necessariamente:

- Delimitação do escopo dos estudos a serem apresentados pelos interessados;
- Indicação das diretrizes e premissas da parceria a ser implementada;
- Prazo e forma de apresentação do requerimento de autorização;
- Critérios para qualificação do interessado e de análise e aprovação do requerimento de autorização;
- Prazo para a apresentação dos estudos, compatível com a complexidade e abrangência das atividades a serem desenvolvidas, contado da data de publicação da autorização;
- Valor nominal máximo para eventual ressarcimento, ou critérios para a sua fixação, bem como base de cálculo para fins de reajuste;
- Exclusividade da autorização, se for o caso, e respectivo critério de seleção do interessado;
- Os critérios para avaliação, seleção e ressarcimento dos estudos.

Durante a elaboração do Chamamento Público, é importante avaliar, para cada projeto, o que se espera receber dos agentes privados nos estudos e, assim, definir qual o grau de detalhamento do Chamamento que será publicado.

Um grau de detalhamento maior no Chamamento, com a especificação precisa do que o Governo espera para o projeto, resultará em propostas mais uniformes, porém restritas aos limites estabelecidos pelo Governo. Inversamente, quanto menor for o detalhamento do Chamamento, maior será a abertura para os agentes privados proporem modelos alternativos.

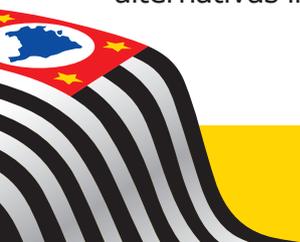
Ainda, o Governo poderá solicitar a realização de estudos parciais, caso já tenha realizado parcela dos estudos e necessite apenas de contribuição em uma parte específica do projeto.

A tabela a seguir ilustra, de forma não exaustiva, as principais vantagens e desvantagens de alguns níveis diferentes de detalhamento no Chamamento Público.

Tabela 12 – Níveis de detalhamento do Chamamento Público

Nível de detalhamento	Aplicação	Vantagens	Desvantagens
Modelo de negócios bem delimitado, com alto nível de detalhamento	Casos em que o Governo tem a expectativa de receber projetos que se atenham ao modelo proposto	Maior facilidade na comparação dos estudos	Reduz a margem de inovação a ser apresentada pelo privado
Modelo de negócios aberto, com baixo nível de detalhamento do que deve conter os estudos	Projetos inovadores, que não há experiência prévia. Ou em que há alto grau de incerteza sobre o modelo ideal	Permite a proposição de modelos alternativos pelos privados e aumenta o grau de inovação	Aumenta a dificuldade na comparação dos estudos, uma vez que cada um pode apresentar uma solução diferente
Tema específico	Quando já há grande parte do projeto definido, e Governo tem interesse em soluções da iniciativa privada para temas específicos.	Será apresentado pelo agente privado apenas a solução que o Governo busca, sem a necessidade de realização de estudos de aspectos que não serão aproveitados	Um tema específico pode ter impacto em outras etapas da modelagem do projeto, sendo necessário que outros aspectos sejam analisados em conjunto

A ponderação quanto às vantagens e desvantagens de cada nível de detalhamento deverá ser feita caso a caso, conforme as circunstâncias específicas do projeto. Na medida do possível, a Administração deverá realizar um esforço de pré-identificação de suas necessidades, limites e exigências, quando da elaboração do Chamamento Público. Convém identificar os aspectos da futura parceria que são indispensáveis, ou para os quais a Administração já tem posição firme (e que não admite alternativas) e aqueles aspectos que podem ser objeto de proposição/inovação pelos entes privados. Nesses últimos casos, é conveniente deixar margem para a proposição de alternativas inovadoras. A identificação é indispensável para (i) evitar desperdício de tempo ou de



recursos, públicos ou privados e (ii) aumentar as chances de efetivo aproveitamento dos estudos.

A Subsecretaria de Parcerias e Inovações possui competência para editar conceitos, ferramentas e metodologias relacionadas ao procedimento de Chamamento Público, com o intuito de orientar a Administração Pública.²³ As diretrizes e metodologias eventualmente emitidas pelo órgão deverão ser observadas quando da elaboração do Chamamento Público.

7.1.2. Autorização

Aqueles que cumprirem as condições do chamamento serão autorizados a realizar os estudos. Essa autorização é pessoal e intransferível, podendo ser exclusiva ou não. A autorização para a realização de estudos técnicos e o eventual aproveitamento desses estudos não geram:

- Para os seus titulares, o direito de exclusividade ou qualquer espécie de preferência para a contratação do objeto do projeto;
- Para a Administração Pública, a obrigação de ressarcir os custos incorridos ou de contratar o objeto do projeto.

Importa destacar que requerimento de autorização deve observar o edital de Chamamento Público e conter as seguintes informações²⁴:

- Qualificação completa, que permita a identificação da pessoa física ou jurídica de direito privado e sua localização para eventual envio de notificações, informações, erratas, respostas ou solicitação de esclarecimentos, com: (i) nome completo; (ii) inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ; (iii) cargo, profissão ou ramo de atividade; (iv) endereço; e (v) endereço eletrônico;
- Demonstração de experiência na realização de estudos similares aos solicitados;
- Detalhamento das atividades que pretende realizar, considerado o escopo dos estudos definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos;
- Indicação de valor do ressarcimento pretendido, acompanhado de informações e parâmetros utilizados para sua definição, respeitado o valor máximo fixado no edital de chamamento público; e
- Declaração mediante a qual transfira à Administração Pública os direitos relativos aos estudos selecionados.

(23) Nos termos do art. 54-A do Decreto Estadual nº 61.036/2015.

(24) Art. 15 do Decreto Estadual nº 61.371/2015.

Cabe ao Grupo de Trabalho analisar os requerimentos de autorização no prazo de 15 (quinze) dias e elaborar nota técnica, a ser submetida à apreciação do Secretário Executivo. Este, por sua vez, emitirá termo de autorização aos requerentes que atenderem aos requisitos do art. 15, caput, do Decreto nº 61.371/2015 e do edital de Chamamento Público.

O termo de autorização deve reproduzir as condições estabelecidas no requerimento de autorização, podendo especificá-las, inclusive quanto: (i) às atividades a serem desenvolvidas; (ii) ao limite nominal para eventual ressarcimento; e (iii) aos prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de desenvolvimento de estudos.

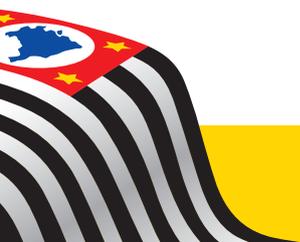
É possível ao destinatário da autorização a contratação de pessoas físicas e jurídicas para a elaboração dos estudos, mas aquele permanece responsável perante a Administração Pública pelo atendimento dos prazos fixados no respectivo termo, bem como pela qualidade e veracidade dos estudos apresentados. Ademais, são mantidas inalteradas as condições de ressarcimento constantes do requerimento de autorização.

São hipóteses de extinção da autorização para realização de estudos:

- Cassação, em caso de descumprimento de seus termos;
- Revogação, em caso de: (i) perda de interesse do Poder Público na parceria estudada; e (ii) desistência por parte da pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada, a ser apresentada, a qualquer tempo, por meio de comunicação escrita ao Secretário Executivo;
- Anulação, em caso de vício no procedimento instituído por este decreto ou por infração legal; ou
- Ato que a torne sem efeito, em caso de superveniência de dispositivo legal que, por qualquer motivo, impeça o recebimento dos estudos.

Na hipótese de cassação da autorização em função do descumprimento de seus termos, o destinatário da autorização será notificado para, no prazo de 15 (quinze) dias, promover a regularização. Se, nesse prazo, não forem adotadas as devidas providências, a autorização será cassada e a pessoa autorizada será comunicada, pelo Secretário Executivo, da extinção.

Importa também destacar que o destinatário da autorização – exclusiva ou não – possui responsabilidade civil e administrativa pela veracidade e qualidade dos estudos apresentados, devendo ressarcir a Administração Pública por eventuais danos que esta venha a sofrer em virtude de sua utilização.



7.1.2.1. Autorização exclusiva

Há a possibilidade de se atribuir caráter exclusivo à autorização para realização de estudos. Para tanto, o Comitê de Análise Preliminar deve opinar sobre o tema e o CGPPP ou o CDPED, conforme o caso, deliberará quanto à concessão de autorização exclusiva, de acordo com critérios de vantajosidade, economicidade e tecnicidade, especialmente para ensejar à Administração Pública o máximo de subsídios e o mínimo de custos com o monitoramento e acompanhamento do desenvolvimento da modelagem.

Vale destacar que para que seja determinada a exclusividade na realização dos estudos, é necessário que haja proposta fundamentada do Grupo de Trabalho nesse sentido e a outorga de autorização exclusiva não impede a Administração Pública de colher a contribuição de demais interessados sobre a modelagem do empreendimento, inclusive mediante novo chamamento público.

O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos. Essa vedação abrange também às sociedades controladoras, controladas, coligadas e subsidiárias da pessoa jurídica de direito privado destinatária de autorização exclusiva, bem como aos subcontratados, pessoas físicas e jurídicas, da autorizada.

7.1.3. Realização de estudos

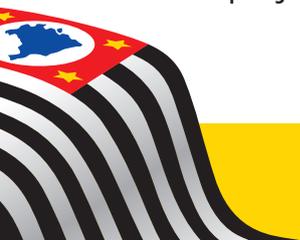
O conteúdo dos estudos de modelagem será abordado no item 7.2, a seguir. Mas vale destacar, desde já, que o Grupo de Trabalho poderá realizar reuniões com o(s) destinatário(s) da autorização, bem como com quaisquer interessados na modelagem, sempre que estes possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de estudos mais adequados à modelagem. A agenda das reuniões ficará disponível na plataforma digital de parcerias.

O Grupo de Trabalho será composto por, no mínimo oito membros, preferencialmente, pelos mesmos membros que integraram o CAP (Comitê de Análise Preliminar). Estes membros deverão ser provenientes de órgãos específicos da Administração Pública estadual, todos eles competentes para atuar nos projetos de parcerias no Estado de São Paulo. Neste sentido, o GT deverá contar com representantes dos seguintes órgãos dentre seus membros:

- Um representante da Secretaria de Governo, preferencialmente indicado pela Subsecretaria de Parcerias e Inovação;
- Um representante da Secretaria da Fazenda;
- Um representante da Companhia Paulista de Parcerias, quando cabível;
- Um representante de cada Secretaria de Estado diretamente envolvida com a implementação da parceria proposta;
- Um representante da Secretaria de Planejamento e Gestão;
- Um representante da Procuradoria Geral do Estado;
- Um representante da entidade reguladora estadual setorialmente envolvida com a parceria proposta, se cabível.

O desempenho das funções de coordenação interna do GT competirá ao representante da Secretaria de Governo. A atuação do GT, por sua vez, será voltada ao acompanhamento da tramitação do projeto de PPP ou de concessão durante todo o processo e da correspondente licitação, até o ato que marque o início de eficácia do contrato da parceria. O exercício pelo GT das atribuições implicadas nestas competências contará com a cooperação da CAC PPP. Para além destas competências mais genéricas, o GT ainda desempenha as seguintes atribuições:

- Elaboração do edital do chamamento público para que os interessados apresentem suas propostas de modelagem para o projeto de parceria;
- Elaborar proposta fundamentada, a ser enviada e analisada pelo CGPPP ou pelo CDPED, a respeito da concessão de autorização exclusiva para que o particular selecionado no chamamento público realize os estudos de modelagem da parceria;
- Analisar a adequação dos requerimentos de autorização para a realização dos estudos apresentados em meio ao chamamento público;
- Elaboração de nota técnica, a ser submetida à apreciação do Secretário Executivo do CDPED ou do CGPPP, a respeito do atendimento, pelos interessados, dos requisitos necessários à seleção em meio ao chamamento público, expostos no art. 15 do Decreto Estadual nº 61.371/2015;
- Analisar todos os estudos de modelagem submetidos pelos autorizados e emitir nota técnica, a ser submetida ao CGPPP ou ao CDPED, a respeito dos principais aspectos envolvidos em cada projeto;
- Solicitar, aos autores dos estudos, complementação ou correções nas modelagens apresentadas;
- Coordenar as modificações ou aprofundamentos eventualmente solicitados pelo CGPPP ou pelo CDPED em relação aos estudos que fundamentaram a modelagem do projeto de parceria;



- Apoiar o CGPPP ou o CDPED na apuração dos valores de ressarcimento devido aos interessados cujos estudos tenham sido aproveitados na modelagem final do projeto de parceria.

7.1.4. Consolidação e aproveitamento de estudos

Uma vez recebidos os estudos e outras contribuições da iniciativa privada, é importante que seja realizada a consolidação e a elaboração da modelagem definitiva do projeto. Ao serem avaliados diferentes modelos, é possível, por exemplo, que um determinado estudo se destaque em relação aos outros e seja integralmente aproveitado, em detrimento dos demais. Por outro lado, pode haver diferentes aspectos vantajosos em dois ou mais dos modelos propostos. É possível, por exemplo, que a proposta de engenharia e arquitetura de um dos estudos seja mais interessante, enquanto o modelo de negócios de outro atenda melhor às demandas do Estado.

Se houver mais de um modelo proposto, é importante que sejam comparados seus componentes técnicos, jurídicos e econômico-financeiros, e avaliados os pontos positivos e negativos de cada um. Nestes casos, a Administração Pública deverá avaliar a compatibilidade entre os diferentes aspectos de cada modelo, bem como verificar a possibilidade e os custos e benefícios da adaptação e segregação dos modelos.

Ainda, no caso de a modelagem definitiva ter como subsídio um ou mais estudos apresentados pela iniciativa privada, é nesta etapa que será verificada a proporção e percentuais de ressarcimento dos autores dos estudos, que deverão ser compatíveis com os preços praticados em mercado para a contratação de serviços similares.

Nos termos do Decreto Estadual nº 61.371/2015, os valores a serem ressarcidos aos particulares que obtiveram seus estudos aproveitados pela Administração Pública deverão ser apurados pelo CGPPP ou pelo CDPED, com apoio do Grupo de Trabalho responsável pela elaboração do edital de chamamento público. Os critérios que balizarão esta avaliação deverão estar expressamente definidos no edital do chamamento público, sendo fundamentados em justificativa técnica prévia.

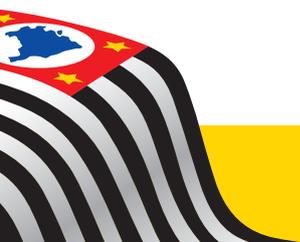
Cumprido destacar, contudo, que na hipótese de a CGPPP ou a CDPED solicitarem modificações nos estudos selecionados, é franqueada aos seus respectivos autores a apresentação de novos valores de ressarcimento, cujo mérito será objeto de análise pelo Grupo de Trabalho e de deliberação por parte do CGPPP ou do CDPED. O regime atual de aproveitamento de estudos permite que a Administração:

- Aproveite integralmente os estudos, hipótese em que o autorizado terá direito a ressarcimento, observado os termos do chamamento público;
- Aproveite parcialmente os estudos, hipótese em que o valor do ressarcimento será apurado apenas em relação às informações devidamente utilizadas em eventual licitação; ou
- Rejeite totalmente os estudos, hipótese em que, ainda que haja licitação para contratação do empreendimento, não haverá ressarcimento ou qualquer forma de indenização devida ao responsável pelos estudos.

Para se evitar divergências no momento da definição dos percentuais de ressarcimento, é relevante que os critérios de remuneração do particular estejam claramente definidos no Chamamento Público, tanto para a hipótese de utilização de um único modelo proposto quanto na hipótese de aproveitamento de diferentes partes dos estudos apresentados. Constitui exigência do Decreto Estadual nº 61.371/2015 que o edital do Chamamento Público defina os valores nominais máximos que poderão ser pagos ao responsável ou aos responsáveis pelos estudos.

No caso de modelagens finais que aproveitem elementos de diferentes estudos, é aconselhável que se discrimine claramente quais foram os aspectos especificamente aproveitados de cada modelagem, para que o ressarcimento dos responsáveis seja condizente com sua efetiva contribuição para o resultado final do projeto.

O ressarcimento dos estudos aproveitados pela Administração deverá ser acompanhado da assinatura de termo em que o particular aceite os valores estipulados pelo CGPPP ou pelo CDPED e, ainda, renuncie expressamente a qualquer pretensão relativa a valores adicionais.



7.1.5. Procedimentos prévios à aprovação do projeto

7.1.5.1. Nota técnica do Grupo de Trabalho

Recebidos os estudos, o GT terá até 60 (sessenta) dias para emitir nota técnica a seu respeito, incluindo uma sugestão relativa à modelagem final do projeto, na qual serão avaliados os seguintes aspectos:

- Observância de diretrizes e premissas definidas no edital de chamamento público;
- Consistência e coerência das informações que subsidiaram sua realização;
- Adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, e utilização de equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor;
- Compatibilidade com a legislação aplicável ao setor e com as normas técnicas emitidas pelos órgãos e pelas entidades competentes;
- Demonstração comparativa de custo e benefício da proposta do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes ou à atual forma de prestação da utilidade pela Administração Pública, bem como a parâmetros previamente estipulados no edital de chamamento público; e
- Impacto socioeconômico da proposta para a parceria sugerida, se aplicável.

7.1.5.2. Manifestação Formal sobre modelagem final

Previamente à deliberação do CGPPP sobre modelagem final, no caso das PPPs, a UPPP e a CPP devem se pronunciar formalmente sobre modelagem final, apresentando uma Manifestação Formal. Essas manifestações têm como objetivo prover recomendação ao CGPPP ou ao CGPED, por meio de análise técnica.

7.1.6. Deliberação do CGPPP e do CDPED

A análise técnica realizada pelo GT poderá conter solicitações de correções ou complementações aos autores do estudo e deverá ser submetida ao CGPPP ou ao CDPED, que deliberará, dentro do prazo de 30 dias, pela aprovação ou reprovação da modelagem proposta. Caso julgue necessário, o CGPPP ou o CDPED poderá requisitar a realização de alterações ou aprofundamentos dos estudos que embasaram a modelagem. As medidas solicitadas pelo Conselho deverão ser desempenhadas pelo GT, que poderá solicitá-las junto aos autores dos estudos.

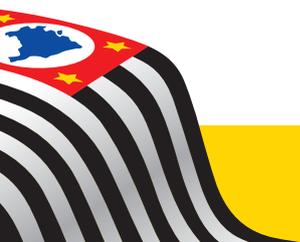
É de se salientar, ainda, que os membros do CGPPP ou do CDPED deverão deliberar sobre o grau de aproveitamento dos estudos apresentados pelos particulares e, conseqüentemente, os valores dos ressarcimentos devidos aos autores dos estudos. Uma vez definido os valores devidos a título de ressarcimento, estes deverão ser aceitos pelos particulares e obrigatoriamente deverão ser ressarcidos caso a contratação venha a se efetuar. Nos termos do Decreto, estes estudos poderão ser:

- Integralmente aproveitados, hipótese em que o autorizado terá direito a ressarcimento, observado os termos do chamamento público;
- Parcialmente aproveitados, hipótese em que o valor do ressarcimento será apurado apenas em relação às informações devidamente utilizadas em eventual licitação; ou
- Totalmente rejeitados, hipótese em que, ainda que haja licitação para contratação do empreendimento, não haverá ressarcimento ou qualquer forma de indenização devida ao responsável pelos estudos.

O CGPPP ou o CDPED poderá, no âmbito das respectivas atribuições, estabelecer a necessidade de alteração, aprofundamento ou detalhamento dos estudos que embasaram a modelagem. Nesse caso, caberá ao GT proceder às atividades especificadas pelo respectivo colegiado, incluída a comunicação com os autores dos estudos.

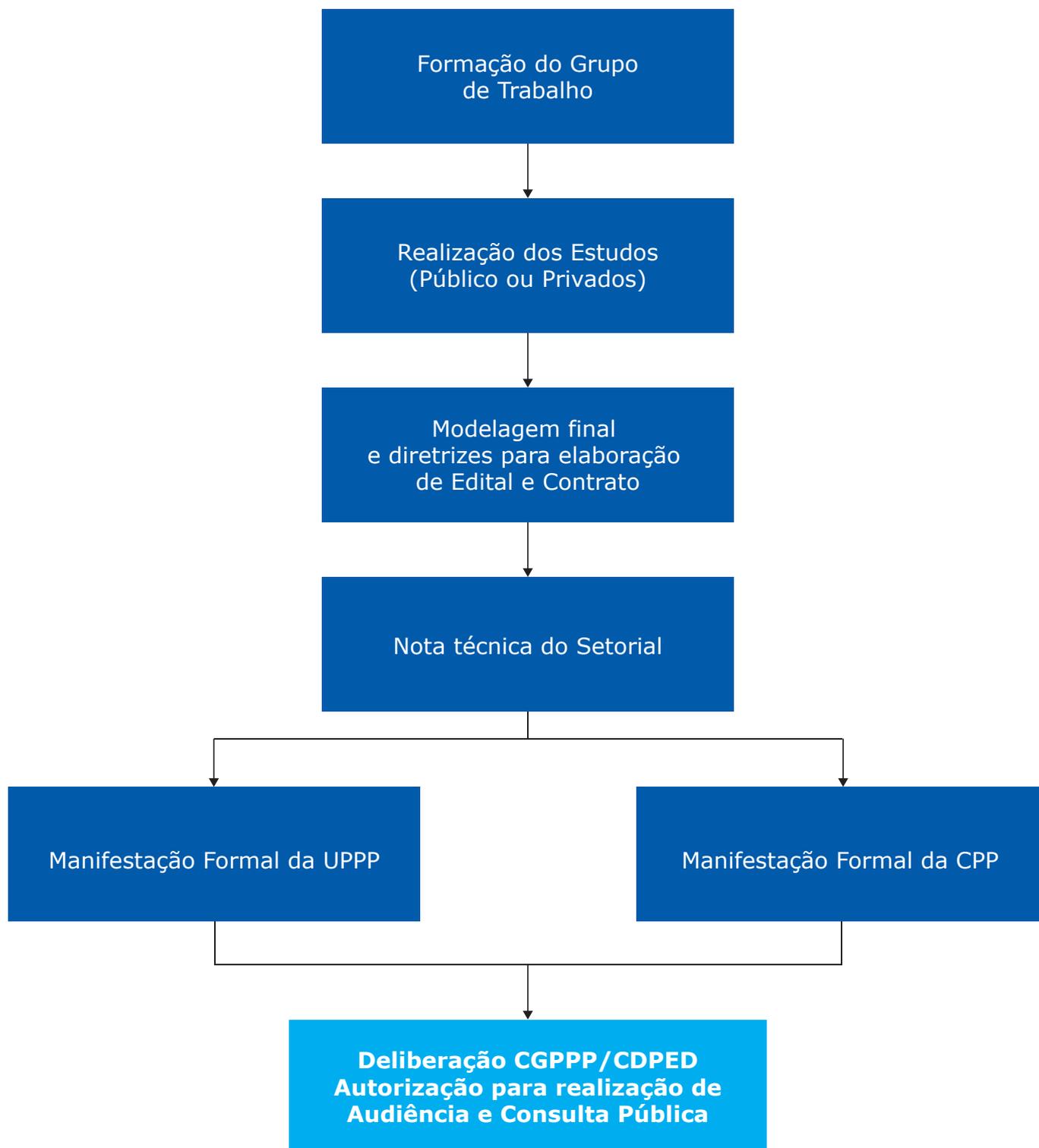
Convém frisar que nenhum estudo selecionado, incluída a modelagem final apresentada ao CGPPP ou ao CDPED, vincula a Administração Pública, cabendo a seus órgãos técnicos e jurídicos pronunciar-se sobre sua legalidade, consistência e suficiência.

Encerrados estes procedimentos e definida a modelagem final do projeto, o CGPPP ou o CDPED notificará a Secretaria de Estado competente, que, com o acompanhamento do GT, realizará audiência ou consulta públicas (quando cabíveis) e, posteriormente, dará início à licitação.



Os procedimentos da fase de Modelagem estão ilustrados na figura a seguir:

Figura 14 – Fluxos dos principais procedimentos da fase de Modelagem



7.2. Conteúdo dos Estudos

A seguir serão abordados os temas cuja contemplação nos estudos de modelagem são de significativa relevância.

7.2.1. Conteúdo mínimo dos Estudos de Modelagem Técnica

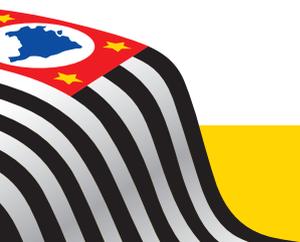
7.2.1.1. Análise da demanda

A análise de demanda deverá contemplar o volume de usuários dos serviços que serão prestados na parceria – concessão comum ou PPP, considerando, se o caso, a infraestrutura implantada. O potencial de uso dos serviços e sua projeção ao longo de toda a concessão deverá ser demonstrado por meio da apresentação de:

- Quadro completo de premissas assumidas para a projeção da demanda inicial;
- Metodologia utilizada para a estimativa da demanda inicial;
- Variáveis utilizadas na projeção de crescimento da demanda dentro do horizonte contratual;
- Metodologia utilizada para a projeção do crescimento de demanda a partir das variáveis.

7.2.1.2. Estudos de Engenharia e Arquitetura

Os estudos de engenharia e arquitetura integram os elementos de projeto necessários à plena caracterização do investimento, das receitas e despesas do empreendimento. Nas concessões comuns e nas PPPs, ao contrário do que ocorre nas contratações sujeitas ao regime da Lei nº 8.666/1993, não se exige a confecção de um projeto básico, com todas as características definidas no art. 6º, inciso IX, da Lei, para a licitação. Para as parcerias objeto deste manual, é necessário, tão somente, a caracterização de elementos do projeto básico, ou seja, a Administração apresenta as características de engenharia e arquitetura básicas para modelar a concessão e suas regras contratuais (como a caracterização do serviço, alocação de riscos, hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro), e pode deixar a cargo da futura Concessionária a elaboração dos projetos básico e executivo para as obras compreendidas no contrato.



Os estudos do Governo deverão ter, no mínimo, nível de detalhamento de anteprojeto. Este anteprojeto de engenharia é composto por documentos técnicos, incluindo desenhos e memorial descritivo, de forma a permitir a futura elaboração do projeto básico, sendo que o nível de aprofundamento dependerá da natureza e complexidade do projeto.

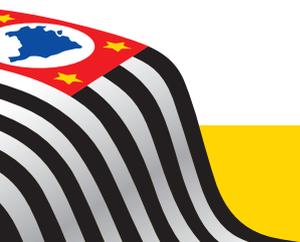
Ao estabelecer o nível de aprofundamento dos estudos de engenharia e arquitetura, a Administração deverá considerar as repercussões desses estudos durante a execução do contrato de concessão, sobretudo com relação à alocação dos riscos de projeto. A exigência de estudos mais aprofundados e vinculantes tenderá a uniformizar as propostas a serem futuramente apresentadas na licitação, além de assegurar os níveis mínimos de qualidade esperados pelo Poder Público. Por outro lado, tenderá a reduzir a liberdade empresarial da Concessionária quando da realização das obras, além de alocar ao Poder Público os riscos decorrentes de eventuais erros do projeto adotado na licitação. Via de regra, aquele que determina as soluções técnicas a serem adotadas para a execução do contrato deverá responder pelos riscos decorrentes de tais escolhas.

Nos casos em que as obras de engenharia e arquitetura forem especificamente relevantes, por sua complexidade ou volume, o aprofundamento dos estudos de modelagem poderá representar um elemento crucial para (i) quantificar os riscos a serem incorridos pela futura Concessionária; (ii) conseqüentemente, permitir maior transparência, seriedade e uniformidade nas propostas a serem apresentadas na licitação e (iii) garantir a alocação de riscos mais eficiente na modelagem da concessão.

Apresenta-se, abaixo, quadro analítico que discrimina, em linhas gerais, o nível de aprofundamento dos estudos de engenharia e arquitetura nos estudos de viabilidade técnica e econômica, no projeto básico e no projeto executivo (a aplicabilidade de cada item deverá ser considerada no caso concreto):

Tabela 13 – Comparativo do nível de aprofundamento dos estudos de engenharia e arquitetura nos estudos de viabilidade técnica e econômica, no projeto básico e no projeto executivo

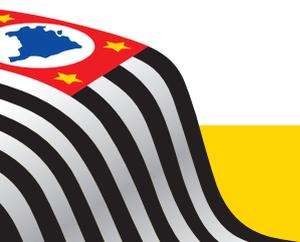
Itens	EVTE	Projeto Básico	Projeto Executivo
Conceito	Demonstra os elementos de projeto e a existência de soluções técnicas que atendem aos requisitos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental. Permite licitar a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra.	Caracteriza de forma completa a obra pública a ser executada e permite avaliação segura de prazos, custo e dificuldades de execução. Permite licitar a execução de obra pública por terceiro contratado.	Detalha todos os elementos necessários para proceder à construção da obra pública, conforme ABNT e normas internacionais aplicáveis. Permite o início da construção.
Topografia	Cartas planialtimétricas e/ou modelo digital do terreno. Escala até 1:5000 ou 1:2000.	Levantamento planialtimétrico cadastral. Escala 1:500 a 1:100.	Detalhamento completo.
Condições geotécnicas e sondagens	Caracterização regional, por compartimentos. Amostragem de baixa densidade, em locais críticos (emboques) e pontos representativos.	Caracterização específica ao longo do traçado. Amostragem de maior densidade, em todos os setores de obra.	Caracterização detalhada em cada local de obra. Furos e investigações em cada fundação, local de escavação, frente de escavação de túnel, etc.
Soluções de engenharia	Aproximação razoável das soluções de engenharia, por trecho ou por tipo de empreendimento.	Definição completa da solução, considerando as condições locais.	Detalhamento completo das soluções.
Métodos construtivos	Indicação preliminar de métodos típicos para situações padrão.	Definição referencial dos métodos mais adequados. Base para quantificar. Sujeito a modificação no projeto executivo.	Métodos a utilizar na obra, ajustados às condições geotécnicas, restrições do local, equipamentos disponíveis, etc.



Itens	EVTE	Projeto Básico	Projeto Executivo
Áreas de apoio à obra: canteiros, jazidas, botaforas	Não se investiga nem se indica sua localização.	Indicação referencial. Base para quantificar. Responsabilidade da Construtora.	Definição completa, ainda sujeita a revisões ao longo da execução da obra.
Grau de detalhamento do projeto	Anteprojeto. Projetos-padrão de estruturas. Uso de parâmetros típicos e seções típicas. Parametrização das dimensões da solução em função de certas variáveis chave.	Desenhos com a definição básica das dimensões e características das estruturas a construir, ajustadas às condições específicas de cada local. Principais etapas de obra.	Detalhamento completo das estruturas a construir, dos insumos, materiais e equipamentos a utilizar, e dos serviços a executar em cada etapa da construção.
Quantitativos de obra	Estimativa para quantidades principais. Quantidades baseadas em projetos-padrão. Estimativa aproximada dos tipos de materiais.	Quantificação desagregada em centenas de itens de serviços e obras, conforme planilhas-padrão e os métodos construtivos considerados. Quantificação confiável dos tipos de materiais.	Detalhamento completo e preciso de todos os serviços e obras. Listas detalhadas de materiais. Informação precisa da qualidade dos materiais em cada local, com base em múltiplos ensaios.
Preços unitários	Preços típicos para itens agregados, Preços estimados com base em orçamentos-padrão para condições típicas.	Base de dados de preços praticados em obras similares. Composições de preços.	Detalhamento completo. Permite considerar todas as condições particulares da obra em cada local.
Orçamento	Estimativa confiável compatível com a precisão das informações utilizadas (variável caso a caso).	Estimativa confiável. Permite considerar as condições particulares em cada setor da obra.	Valor ainda mais confiável. Oferece alto nível de segurança à construtora e ao dono da obra.
Meio ambiente Licenciamento ambiental	Indicadores de impacto favoráveis, que dão forte indicação de viabilidade ambiental. TdR para o EIA emitidos.	EIA-RIMA aprovado. LP emitida. PBA elaborado. LI em análise, ou emitida com condicionantes / exigências prévias.	Programas ambientais detalhados. Exigências ambientais prévias atendidas. Permite início da obra.

Os estudos de engenharia e arquitetura na fase de modelagem podem abranger os tópicos apontados a seguir, devendo ser analisada sua necessidade em cada projeto:

- Levantamento topográfico, contemplando levantamento planialtimétrico;
- Planta de situação, localização do terreno e da obra;
- Sondagens de solo, incluindo descrição das características do solo, locação dos furos, perfil geométrico do solo;
- Concepção arquitetônica, contemplando plantas baixas e de cobertura, cortes e elevações, detalhes de elementos que podem impactar no valor do orçamento;
- Concepções preliminares dos projetos complementares, tais como estrutura; instalações elétrica, hidráulica, sanitária e outras; paisagismo, urbanização. O conteúdo desses projetos envolve desenhos e cálculos, contemplando plantas, layouts, estimativas dos quantitativos e especificações preliminares;
- Memorial descritivo, composto por especificações básicas dos serviços e materiais construtivos;
- Cronograma preliminar da execução, apresentado por meio de planilha, contemplando descrição das etapas e respectivos serviços, bem como a estimativa de seus prazos, sequenciamento das atividades e identificação de interdependência entre elas, e definição do prazo total estimado;
- Subsídios para montagem do plano de licitação e a programação da obra, as normas de auditoria externa e vistoria das etapas concluídas e operacionais;
- Identificação de intervenções necessárias;
- Estudos geométricos e geotécnicos;
- Plano de implantação, contemplando dimensionamento e caracterização dos empreendimentos previstos;
- Orçamento do custo global, fundamentado em elementos de maior relevância sobre o valor do investimento, utilizando-se também, das experiências adquiridas;
- Descrição técnica das soluções de engenharia e tecnologia propostas, suficientemente detalhadas, de forma a não comprometer a capacidade do proponente em inovar e melhorar estas soluções técnicas durante a elaboração do projeto executivo.



7.2.1.3. Estudos Ambientais

Os Estudos Ambientais contemplam os levantamentos e análises relativos aos aspectos ambientais do projeto, relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou infraestrutura.

Nos termos da Lei das PPPs, previamente à licitação a Administração deve elaborar as diretrizes para o licenciamento ambiental ou ainda apresentar a Licença Ambiental Prévia (LP) do empreendimento a ser realizado. Os estudos ambientais serão utilizados como subsídio para a elaboração desses dois documentos e devem estabelecer as condições, medidas de controle, de mitigação e/ou compensação, e eventuais restrições ambientais que deverão ser obedecidas para a implantação do projeto. Devem contemplar minimamente:

- Descrição do projeto:
 - Objetivos e justificativas em relação, e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; e
 - Descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, considerando a hipótese de não realização, especificando a área de influência.

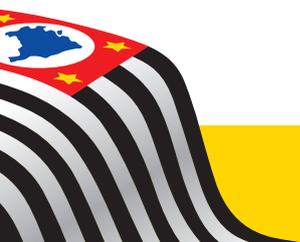
- Diagnóstico e Prognóstico Ambiental:
 - Diagnóstico ambiental;
 - Descrição dos prováveis impactos ambientais e socioeconômicos da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios para sua identificação, quantificação e interpretação; e
 - Caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, considerando a interação dos diferentes fatores ambientais.

- Medidas Mitigadoras e/ou Compensatórias

- Relação das medidas mitigatórias e/ou compensatórias dos impactos ambientais negativos e medidas de potencialização dos impactos ambientais positivos, com a indicação do cronograma físico-financeiro e dos agentes responsáveis pelas respectivas ações;
- Recomendação quanto à alternativa mais favorável;
- Programa de acompanhamento, monitoramento e controle dos impactos.

Cabe ressaltar que a amplitude e o detalhamento do estudo a ser realizado será determinado pela utilização de recursos ambientais, o potencial poluidor e a capacidade do empreendimento de causar degradação ambiental, levando em consideração sua localização, construção, ampliação, modificação e operação. O estudo pode corresponder à confecção de um Relatório Ambiental Simplificado (RAS) para empreendimentos com baixo impacto ambiental e pela obrigatoriedade de elaboração de um EIA/RIMA para projetos de alto impacto ambiental, sendo que para ambos os casos devem ser obedecidas todas as recomendações estabelecidas pelos órgãos ambientais competentes, além do atendimento à legislação vigente.

A escolha do nível de detalhamento dos estudos ambientais, a serem apresentados pelo Poder Público no momento da licitação, obedece a critérios semelhantes aos dos estudos de engenharia e arquitetura. Nos projetos em que a estimativa do impacto ambiental será relevante ou de difícil mensuração, a realização de estudos ambientais mais aprofundados tenderá a reduzir o risco ambiental da futura Concessionária, permitir a todos os licitantes quantificar adequadamente o risco em suas propostas e diminuir os conflitos decorrentes de custos ambientais não previstos.



Apresentam-se abaixo alguns exemplos de estudos ambientais de projetos de PPP adotados no âmbito do Estado de São Paulo:

Exemplo 1 - Estudos ambientais adotados para licitação de PPPs no Estado de São Paulo

Como já observado, os Estudos Ambientais subsidiam a elaboração de documentos relativos diretrizes para o licenciamento ambiental e/ou para a emissão de licença Ambiental Prévia (LP). Com relação à possibilidade da licitação ser realizada apenas com as diretrizes para o licenciamento ambiental ou já com a Licença Ambiental Prévia (LP), os precedentes do Estado de São Paulo assim dispuseram:

- **PPP Alto Tietê:** Anexo X do Contrato – Termo de Referência: Definição das Licenças Ambientais a serem obtidas pelo particular.
- **PPP Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Anexo XXIII do Edital – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental.
- **PPP Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Anexo XII do Contrato – Caderno Técnico referente ao Processo de Licenciamento Ambiental do Empreendimento da LINHA 6.
- **PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Anexo XI do Contrato – Processo de Licenciamento Ambiental do Empreendimento da Linha 18 define a apresentação de Licença Prévia (LP) pelo Poder Concedente
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Anexo IX do Contrato – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental. É única e exclusiva responsabilidade da Concessionária a obtenção, por sua conta e risco, em tempo hábil, das licenças ambientais, observando-se o disposto no ANEXO IX – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental.
- **PPP Nova Tamoios:** Anexo XV do Edital - Licitação ocorreu com a expedição de Projeto Referencial para Obtenção da Licença Prévia.
- **PPP São Lourenço:** Capítulo I - Ponto 1.3 do Edital; Anexo IV do edital – O Edital foi publicado já com a obtenção, pela Sabesp da “Autorização para Implantação de Empreendimento” do SPSL junto ao DAEE, bem como com solicitação junto à CETESB, da Licença Ambiental Prévia (LP).

7.2.1.4. Estudos de Desapropriação

Para viabilizar determinados projetos, poderá ser necessária a desapropriação de imóveis públicos ou privados. Nesses casos, os estudos relacionados às desapropriações podem compreender:

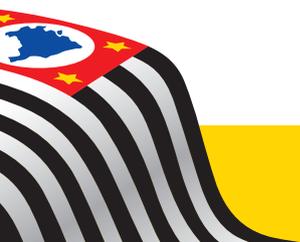
- Identificação dos imóveis ou das regiões indicados ou cogitados para o desenvolvimento do projeto;
- Identificação dos proprietários;
- Levantamento da documentação e registros imobiliários relacionados;
- Averiguação quanto à necessidade de regularização fundiária;
- Realização de estimativa de custos relacionados à (i) indenização dos proprietários e (ii) atos executórios;
- Cronograma para execução dos atos expropriatórios compatível com o cronograma do projeto.

Alguns dos elementos listados acima não precisam necessariamente estar presentes em todos os estudos de modelagem, sendo que o nível de detalhamento dos estudos relacionados à desapropriação dependerá da natureza do projeto.

Assim como já ressaltado para os estudos de engenharia e ambientais, o nível de detalhamento dos estudos de desapropriação deverá levar em conta os impactos desses estudos ao longo da execução contratual.

Estudos mais aprofundados terão a vantagem de permitir maior uniformização das propostas a serem apresentadas na licitação, de garantir níveis mínimos de qualidade de tais propostas e de evitar problemas relacionados a atrasos e aumento de custos quando da execução do contrato. Por outro lado, tenderão a aumentar consideravelmente os custos e prazos da modelagem. Deverão, assim, ser efetuados em profundidade suficiente para o dimensionamento razoável do risco de desapropriação.

Independentemente dos estudos de desapropriação e de sua profundidade, é recomendável que seja conferida atenção especial ao regime contratual de alocação dos riscos relacionados à desapropriação. Deverão ser equacionados os riscos relacionados à variação de seus custos e aos eventuais atrasos e entraves decorrentes da desapropriação, bem como os mecanismos mitigadores desses riscos.



A providência é especialmente importante em projetos que envolvam procedimentos de desapropriação complexos, custosos ou sujeitos a grandes variações. É o caso, por exemplo, de PPPs para a implantação de linhas metroviárias.

O precedente da licitação da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo é relevante. A dificuldade em equacionar os riscos de desapropriação – bastante elevados em função da localização da linha – foi apontada como uma das causas para a ausência de interessados na primeira rodada de licitação do projeto. A previsão de um regime especial e detalhado da alocação de tais riscos fez com que o projeto se tornasse atrativo à iniciativa privada e pudesse, assim, ser objeto de PPP.

7.2.1.5. Estimativa de custos de implantação e reinvestimentos

Os investimentos, também denominados por Capital Expenditure (CAPEX), referem-se ao valor incorrido e imobilizado para a execução das obras civis e aquisição dos equipamentos necessários para viabilizar a concessão. Diferenciam-se, assim, dos custos operacionais que serão posteriormente enfrentados pela Concessionária. Os investimentos podem ser realizados nas fases de pré-implantação, implantação e operação da concessão.

Deve ser feita a identificação, descrição, quantificação, análise e valoração de mão de obra, equipamentos, materiais, custos financeiros, impostos, riscos e margem de lucro estimados para a adequada previsão do preço final de um empreendimento.

Alguns dos custos do CAPEX podem ser atribuídos ao Poder Concedente. Os estudos de modelagem deverão prever a quem incubirá cada custo, indicando e especificando se o Poder Concedente ficará incumbido de parte desses custos ou se estes serão integralmente de responsabilidade da Concessionária.

Os orçamentos deverão estar consubstanciados em planilha eletrônica, com fórmulas, detalhada por itens de custo e vinculada à memória de cálculo de dimensionamento. Com base neste orçamento deverão ser estimados os investimentos, ainda que seja em nível de projeto referencial, e também fundamentado no cronograma de realização dos investimentos.

Os reinvestimentos, a serem realizados ao longo do projeto para reposição dos ativos, em função principalmente de sua vida útil, também deverão ser considerados na conta de investimento para elaboração da modelagem econômico-financeira.

7.2.2. Conteúdo Mínimo dos Estudos de Modelagem Operacional

O modelo operacional exprime economicamente a forma como os serviços contemplados no projeto serão prestados pela iniciativa privada. Neste sentido, o modelo operacional deve ter nível de profundidade suficiente para que seja possível aferir os dados e atestar que os recursos dimensionados serão suficientes para garantir a prestação dos serviços nos níveis, na quantidade e na qualidade planejadas. Os principais resultados a serem contemplados e apresentados no modelo operacional são:

- Detalhamento da configuração de prestação do serviço (diretrizes de operação);
- Detalhamento do quadro de pessoal operacional, de manutenção e administrativo;
- Detalhamento de recursos materiais necessários para a prestação dos serviços em cada uma das áreas;
- Dimensionamento do consumo de água, energia, telecomunicações e outros serviços públicos prestados à Concessionária.

7.2.2.1. Estimativas de custos e despesas

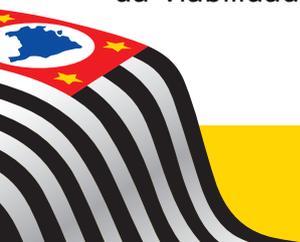
Os custos operacionais, também conhecidos como Operational Expenditure (OPEX), referem-se aos custos e despesas incorridos para operação e manutenção da concessão ao longo de todo o prazo do contrato. Podem ser segregados em custos fixos e variáveis, sendo que o segundo aumenta conforme o nível de operação do empreendimento, ou seja, os custos variáveis oscilam em função da demanda ou da intensidade da prestação do serviço.

No modelo econômico-financeiro devem ser considerados todos os custos e despesas para gestão, operação, conservação e manutenção da concessão pelo parceiro privado, com periodicidade mínima anual. Tais valores deverão ser projetados considerando o nível de serviço definido bem como a demanda estimada.

Ressalta-se que as estimativas de custos e receitas partirão do dimensionamento de recursos materiais decorrente do modelo operacional de prestação de serviços.

7.2.3. Conteúdo Mínimo dos Estudos de Modelagem Econômico-Financeira

O modelo econômico-financeiro é um instrumento fundamental para a estruturação e análise da viabilidade de um projeto. A modelagem financeira, construída a partir de determinadas



premissas, tem o objetivo de simular o comportamento econômico esperado de um projeto, buscando avaliar a sua viabilidade do ponto de vista financeiro. O modelo a ser desenvolvido, além de demonstrar os resultados quantitativos estimados para o projeto, fornecerá elementos que orientarão a definição de diversos de seus aspectos, como por exemplo a previsão e o volume de aportes de recursos, a necessidade e o dimensionamento das garantias a serem oferecidas pelos agentes públicos e privados, ou a alocação contratual de riscos. O modelo econômico-financeiro poderá ainda ser um referencial valioso durante a execução do contrato de concessão, quando da análise da manutenção e eventual revisão de seu equilíbrio econômico-financeiro.

7.2.3.1. Projeção de Fluxo de Caixa

A metodologia do fluxo de caixa descontado permite estimar o retorno esperado de um determinado projeto ou empreendimento, sendo um dos critérios mais utilizados para a avaliação econômico-financeira de projetos de concessão. O conceito de valor de um projeto, pelo fluxo de caixa, está relacionado aos montantes e aos períodos nos quais os fluxos de caixa livre, derivado das operações, estarão disponíveis.

Para calcular o fluxo de caixa futuro de um projeto, inicialmente projeta-se os seus resultados. A estes, devem ser adicionadas as despesas com depreciação e subtraídos os investimentos e a necessidade de capital de giro. Outros itens com efeito sobre o fluxo de caixa do projeto também são considerados quando apropriado. Com isso, o objetivo é estimar a capacidade de geração de caixa proveniente das operações normais do projeto, ou seja, seu potencial de retorno financeiro em decorrência de suas características operacionais.

7.2.3.2. Projeção de receitas: Contraprestação e receitas tarifárias

Em contrapartida pelos investimentos realizados e pelos serviços prestados no âmbito da concessão, a Concessionária fará jus a uma remuneração, apta a ressarcir as suas despesas e proporcionar-lhe o lucro legítimo pelo exercício de sua atividade. A remuneração poderá corresponder às receitas tarifárias (sobretudo no caso das concessões comuns e das concessões patrocinadas) ou a uma contraprestação pecuniária, paga periodicamente pelo Poder Concedente (no caso das concessões patrocinadas ou administrativas). Os valores percebidos pela Concessionária podem ainda incluir receitas acessórias (item 7.2.3.3) e aporte de recursos, figura abordada no item 7.2.3.4.

Na elaboração do modelo econômico-financeiro do projeto, é necessário projetar a receita estimada para todo o período da concessão, com periodicidade mínima anual.

A receita advinda da tarifa será estimada com base na demanda projetada para o projeto, ou seja, na quantidade de usuários que utilizarão os serviços e no preço da tarifa unitária a ser cobrada.

A contraprestação, por sua vez, será o valor necessário para dar viabilidade econômico-financeira ao projeto. A contraprestação pode ser composta por uma parcela fixa e outra variável em função da demanda, ou exclusivamente por uma parcela fixa (ainda que sujeita a avaliações de desempenho).

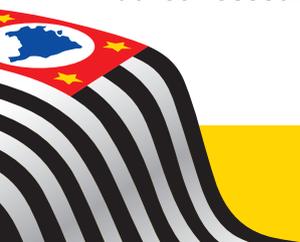
No caso da contraprestação fixa ("flat"), o comportamento da receita não se altera durante os anos de pagamento, podendo haver, por vezes, um ramp-up inicial conforme as obras são concluídas e os serviços disponibilizados. Este modelo não considera variações na demanda, cujos riscos seriam arcados pelo Poder Concedente ou são cobertos pelo pagamento de tarifas.

No modelo de remuneração composto unicamente por uma parcela vinculada à demanda (contraprestação variável), o comportamento da receita se altera ao longo do tempo em função da quantidade de usuários ou de serviços executados pela Concessionária. Esse modelo possui como benefício vincular o pagamento efetuado pelo parceiro público à demanda, alinhando o faturamento da SPE aos seus custos operacionais variáveis. Por outro lado, aumenta o risco do projeto para o parceiro privado.

Há, ainda, o modelo híbrido, composto por uma parcela referente à disponibilidade e outra vinculada à demanda. Assim como exposto acima, a utilização da parcela por demanda é benéfica ao negócio, pois alinha o faturamento da Concessionária aos seus custos operacionais variáveis. A parcela por disponibilidade, por sua vez, garante o pagamento dos financiamentos, o que oferece alguma segurança ao órgão financiador e, conseqüentemente, pode reduzir os custos para o projeto.

7.2.3.3. Receitas acessórias e complementares

Para além da contraprestação e do aporte (ver item 7.2.3.4) de recursos devidos pelo Parceiro Público, os contratos de concessão comum e PPP podem contemplar a possibilidade de a Concessionária explorar receitas provenientes de fontes alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, que não integram o objeto da concessão, embora com ela se relacionem.



Neste tipo de ganho, geralmente há a previsão de compartilhamento entre a Concessionária e o Poder Concedente. Em regra, atribui-se a cada parte determinado percentual da receita, líquida ou bruta, do produto arrecadado a título de receitas extraordinárias, estabelecido individualmente para o projeto.

A obtenção de tais receitas é expressamente facultada na Lei nº 8.987/1995, que se aplica às concessões comuns e, subsidiariamente, às concessões patrocinadas e administrativas. Ainda que não haja previsão legal expressa no caso desta última modalidade de contratação, a aferição de receitas extraordinárias poderá ser utilizada quando refletir uma redução da contraprestação pública ou outra forma de benefício público.

A adequada regulamentação contratual da exploração de receitas acessórias contribui para a redução dos gastos públicos, o que se mostra vantajoso para a Administração Pública e para o interesse público em geral, pois:

- O valor recebido pelo Poder Concedente pelo compartilhamento das receitas acessórias pode ser abatido do valor devido a título de contraprestação pública, reduzindo os montantes que deverão ser desembolsados dos cofres públicos na concessão comum ou PPP;
- A possibilidade de exploração de receitas acessórias pode contribuir para o aumento da competitividade do certame licitatório, ao ensejar a apresentação de propostas financeiras mais competitivas (caso a previsão da exploração de receitas extraordinárias seja computada pelos particulares para o cálculo do valor da contraprestação). Nesta hipótese, a previsão de aferição de receitas extraordinárias mostra-se vantajosa, ainda que não haja o seu compartilhamento com o Poder Público;
- A possibilidade de implantação de projetos associados ao objeto da concessão pode estimular o aproveitamento eficiente da infraestrutura e, inclusive, viabilizar economicamente a sua implantação.

Há ainda outros mecanismos de compartilhamento de receitas que podem ser adotados, a depender do que for mais apropriado para os fins da concessão, considerando o proveito da coletividade ou a própria economicidade e eficiência de determinado contrato. Pode-se, por exemplo, prever a destinação de parcela das receitas acessórias para a realização de reinvestimentos na própria concessão, com a previsão de novas obrigações à Concessionária ou, ainda, a antecipação de obrigações já contempladas no contrato.

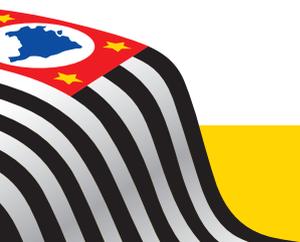
Usualmente, o contrato de concessão prevê que a exploração de atividades acessórias ao contrato poderá ser autorizada caso a caso, mediante a apresentação de projeto a ser apro-

vado pelo Poder Concedente, que determinará, em cada caso concreto, como se dará o compartilhamento de receitas entre os parceiros público e privado.

Conferir aos licitantes maior segurança com relação à possibilidade de exploração das receitas acessórias pode representar um instrumento importante para a projeção dessas receitas durante a licitação. A depender do caso concreto, pode-se autorizar, já no edital e no contrato, a exploração de determinadas atividades acessórias, para que os futuros licitantes possam incluir tal expectativa em suas propostas. A pré-fixação do percentual de compartilhamento dessas receitas e a definição de mecanismos de compartilhamento das receitas auferidas pela Concessionária para com a Administração Pública podem igualmente ser adotados como instrumentos para garantir maior segurança e transparência no compartilhamento das receitas. Apresenta-se abaixo alguns exemplos de previsão de receitas alternativas, acessórias, complementares e de projetos associados à concessão, bem como o regime de seu compartilhamento:

Exemplo 2 – Previsão de receitas acessórias em contratos de PPPs no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** A Cláusula 19.2 dá autorização genérica para explorar receitas alternativas, complementares ou de projetos associados à concessão. O lucro deverá ser repartido com o Poder Concedente na proporção de 50%.
- **PPP Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** A Cláusula 22 permite à Concessionária explorar, sempre indiretamente, mediante contratação com terceiros ou via subsidiária integral, receitas acessórias decorrentes de atividades realizadas dentro ou na área do Complexo Hospitalar. Previsão de compartilhamento em valor equivalente a 25% da totalidade das receitas acessórias, percebidas pela Concessionária ou por sua subsidiária integral.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 10 autoriza genericamente a Concessionária a explorar receitas alternativas, complementares ou de projetos associados à concessão. Não há previsão de compartilhamento de receitas.
- **PPP Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 17 autoriza genericamente a Concessionária a explorar receitas alternativas, complementares ou de projetos associados à concessão. Há previsão de compartilhamento de receitas alternativas: caso o montante das receitas decorrentes da exploração das receitas alternativas supere 8% da remuneração tarifária, o excedente será compartilhado com o Poder Concedente que perceberá o correspondente a 20%.



- **PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 17 autoriza genericamente a Concessionária a explorar receitas alternativas, complementares ou de projetos associados à concessão. Caso o montante das receitas decorrentes da exploração das receitas alternativas supere 5% da remuneração tarifária, o excedente será compartilhado com o Poder Concedente que perceberá o correspondente a 20%.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** A Cláusula 9 autoriza a Concessionária a explorar, sempre indiretamente mediante contratação com terceiros, ou via subsidiária integral, Receitas Acessórias decorrentes de atividades realizadas nos espaços não habitacionais vinculados aos Empreendimentos de Habitação de Interesse Social (EHIS). Previsão de compartilhamento com o Poder Concedente das Receitas Acessórias auferidas na ordem de a 50% (cinquenta por cento) das receitas líquidas apropriadas.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A Cláusula 19.1 define a vedação do exercício de qualquer atividade alternativa, acessória ou de projetos associados. A Concessionária não pode auferir receitas extraordinárias.

7.2.3.4. Aportes de Recursos Públicos

O aporte de recursos consitui um mecanismo que pode ser utilizado em contratos de PPP, nas hipóteses em que há realização de obras e aquisição de bens reversíveis pelo parceiro privado, no âmbito de uma parceria público-privada.

Originalmente, a Lei nº 11.079/2004 previa que os investimentos realizados pela Concessionária para a implantação destas infraestruturas seriam amortizados ao longo de todo o contrato de concessão, exclusivamente por meio do pagamento da contraprestação pública. Contudo, o financiamento dos investimentos realizados no início da parceria pelo longo período da concessão pode elevar o valor do contrato e reduzir sua atratividade tanto para o Poder Público quanto para o parceiro privado.

A Lei nº 12.766/2012 estabeleceu um mecanismo alternativo de pagamento dos investimentos feitos pelo particular para a implantação da infraestrutura necessária ao desempenho do serviço concedido. Há a possibilidade de segregar a remuneração do particular em duas parcelas distintas, a saber: (i) o valor pago ao particular a título de contraprestação pública, e (ii) o montante pago a título de ressarcimento dos investimentos feitos pelo particular na construção ou aquisição de bens que reverterão, ao término do contrato, para o Poder Público, o que foi denominado pela

Lei de aporte de recursos. Trata-se de parcela a ser disponibilizada pelo Poder Concedente em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação (art. 6º, §2º), em complemento à contraprestação pública.

O aporte de recursos públicos destina-se a remunerar uma parte ou a integralidade dos investimentos realizados pelo parceiro privado na concessão para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis. Por essa razão, convém prevê-lo em empreendimentos que demandam investimentos substanciais nos momentos iniciais da execução contratual e nos casos em que a Administração disponha de recursos que possam ser alocados para essa finalidade.

As principais vantagens da previsão de aporte de recursos são:

- A redução do valor da contraprestação devida pelo Poder Público e do custo financeiro da PPP como um todo;
- Redução do impacto no comprometimento dos 5% da Receita Corrente Líquida, em razão da redução do valor da contraprestação;
- As vantagens tributárias atribuídas em lei para o aporte de recursos;
- O aumento da atratividade econômica do projeto, diante da possibilidade de o contratado manter seu fluxo de caixa mesmo nos primeiros anos da execução contratual.

A previsão de aporte poderá representar economia fiscal, tanto para o parceiro privado, quanto para o próprio Poder Concedente – e, nas concessões patrocinadas, também para os usuários. Isso porque instituto recebeu da legislação ordinária um tratamento tributário específico, que permite desoneração dos custos de IR, CSLL, PIS/Pasep e Cofins, reduzindo assim os custos totais do projeto. O valor a ser pago sob a modalidade de aporte de recursos é assimilado a uma indenização de natureza reparatória pelos gastos e dispêndios incorridos pelo contratado na construção de bens reversíveis, recebendo tratamento diferenciado para fins de tributação.

Nesse sentido, na modelagem econômico-financeira, os aportes poderão ser reconhecidos como receita da Concessionária, mas possuir tratamento tributário diferenciado, sendo os tributos incidentes sobre o aporte pagos de forma diferida ao longo da concessão, de acordo com a realização do bem ao qual esse aporte foi destinado, seja por depreciação, venda ou reavaliação²⁵.

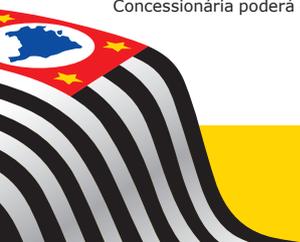
(25) Necessário observar a disciplina da Lei Federal nº12.943/2014, especialmente em relação aos seguintes dispositivos:

Art. 35. "No caso de contrato de concessão de serviços públicos em que a Concessionária reconhece como receita o direito de exploração recebido do poder concedente, o resultado decorrente desse reconhecimento deverá ser computado no lucro real à medida que ocorrer a realização do respectivo ativo intangível, inclusive mediante amortização, alienação ou baixa. (Vigência)

Parágrafo único. Para fins dos pagamentos mensais referidos no art. 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a receita mencionada no caput não integrará a base de cálculo, exceto na hipótese prevista no art. 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995."

Art. 36. "No caso de contrato de concessão de serviços públicos, o lucro decorrente da receita reconhecida pela construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja um ativo financeiro representativo de direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro, poderá ser tributado à medida do efetivo recebimento. (Vigência)

Parágrafo único. Para fins dos pagamentos mensais determinados sobre a base de cálculo estimada de que trata o art. 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a Concessionária poderá considerar como receita o montante efetivamente recebido."



Ou seja, o valor do aporte de recursos concedido poderá ser excluído da determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Nesse caso, a parcela excluída deverá ser computada, na proporção da realização dos bens, na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL, da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

O eventual percentual proposto para os investimentos que serão custeados com aportes públicos deverá ser justificado com base nos seguintes elementos:

- Alocação de riscos do projeto;
- Existência de um mercado de capitais preparado para financiar o projeto nos volumes de recursos alocados à iniciativa privada;
- Capacidade de alocação de recursos do Poder Concedente, especificamente na fase de implantação do projeto.

É importante que a opção pela previsão do aporte de recursos públicos leve em conta os seguintes aspectos:

- A efetiva vantajosidade desta segregação de receitas para o caso concreto;
- O risco de o parceiro privado não ter motivação para iniciar o quanto antes a operação dos serviços (sem a previsão do aporte, o risco de implantação de infraestrutura fica a cargo do parceiro privado e este somente é remunerado pelo poder público após o início da operação da concessão);
- Disponibilidade de recursos públicos para realizar pagamentos vultuosos no início do projeto;
- Avaliação do custo de oportunidade de canalizar os recursos para o aporte em detrimento de sua aplicação em outras políticas públicas.

Apresenta-se a seguir alguns exemplos de previsão de aporte de recursos em projetos de PPP do Estado de São Paulo:

Exemplo 3 - Previsão de aporte de recursos em contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Não utilizou o aporte de recursos.
- **PPP Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 21/Anexo XI – Fluxo de Desembolso de Parcelas do Aporte de Recursos/Anexo XII – Eventos para o Desembolso de Aporte de Recursos. Na cláusula há previsão de aporte de recursos para o custeio dos investimentos efetivamente realizados na construção dos Hospitais e na aquisição de bens reversíveis, após a devida comprovação e atestação de sua realização.

O primeiro evento apto a autorizar o desembolso do aporte de recursos é a apresentação da Licença Prévia, atestando a viabilidade ambiental do empreendimento, e da Revisão do Estudo Preliminar. Com isso, tem-se o repasse de 2% do Aporte de Recursos.

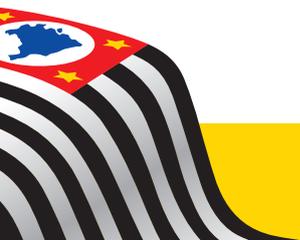
A partir desta primeira parcela, o Aporte de Recursos passará a ser repassado de dois em dois meses à Concessionária, estando atrelado de forma percentual a eventos relacionados à entrega das obras, conforme definido contratualmente.

- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Não utilizou o aporte de recursos.
- **PPP Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 27/Anexo VI –Aporte de Recursos. Na cláusula há previsão de aporte de recursos para o custeio dos investimentos efetivamente realizados em obras e na aquisição de bens reversíveis, após a devida comprovação e atestação de sua realização. O evento que autoriza o início do desembolso do aporte de recursos (Evento nº 01), é a apresentação de todos os projetos de concepção de engenharia, (1,5% do valor total do Aporte).

O Aporte de Recursos passa a ser repassado bimestralmente à Concessionária, estando atrelado percentualmente a determinados eventos definidos contratualmente.

Para receber os valores, a Concessionária terá de emitir documento de cobrança ao Poder Concedente, em que se discriminem os gastos realizados e a sua devida demonstração, a ser verificada por entidade certificadora indicada pelo Poder Concedente.

- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** não há previsão de aporte de recursos.



- **PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 27/ Anexo V, Volume II – Eventos para o Desembolso do Aporte de Recursos. Na cláusula há previsão de aporte de recursos para o custeio dos investimentos efetivamente realizados em obras e na aquisição de bens reversíveis, após a devida comprovação e atestação de sua realização.
O evento que autoriza o desembolso inicial do aporte de recursos (Evento nº 01) é a apresentação de todos os projetos de concepção de engenharia, o que dará ensejo ao repasse de 2% do valor total do Aporte.
A partir desta primeira parcela, o Aporte de Recursos passa a ser repassado bimestralmente à Concessionária, estando atrelado em valores percentual a determinados conforme definidos no contrato.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Não utilizou o aporte de recursos.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Não utilizou o aporte de recursos.
- **PPP Nova Tamoios:** Há previsão de Aporte na Cláusula 25, na qual o pagamento das parcelas está atrelado ao cumprimento, pela Concessionária, dos investimentos previstos para as obras da Ampliação Principal da Rodovia, observada a proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.
O evento gatilho para o pagamento dos aportes é a entrega, pela Concessionária, do Projeto Executivo (3% do valor do Aporte).
Os demais repasses serão efetuados percentualmente, preferencialmente trimestralmente, a partir da entrega de determinados eventos definidos no contrato.
- **PPP São Lourenço:** Não utilizou o aporte de recursos.

7.2.3.5. Depreciação

Para o contabilização da depreciação e amortização dos ativos tangíveis e intangíveis, deve-se verificar, de acordo com o modelo de negócios e atividade econômica, a legislação vigente, se atentando as orientações do IFRS, CPC e regulamentação da Receita Federal.

7.2.3.6. Impostos e Contribuições

Para a elaboração do modelo econômico-financeiro, devem ser contabilizados os impostos e contribuições incidentes direta e indiretamente, sendo contabilizados como parcela a ser deduzida do fluxo de caixa da Concessionária.

Os impostos e contribuições indiretas, tais como PIS, COFINS e ISS, possuem como base de cálculo a receita bruta auferida. Os impostos e contribuições diretas, incluindo Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidem sobre o lucro da Concessionária no período.

Os valores dos referidos impostos e contribuições dependem do regime de tributação no qual a Concessionária se enquadrará: Lucro Real ou Lucro Presumido.

Ressalta-se que alguns setores ou atividades podem possuir algum tipo de isenção tributária, a qual deve ser considerada na modelagem.

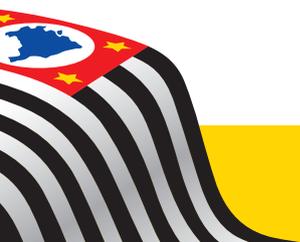
7.2.3.7. Capital de Giro

Capital de Giro é um recurso de rápida renovação que representa a liquidez da operação disponível para a concessão, tal como dinheiro em caixa, aplicações financeiras de curto prazo, créditos e estoques. O volume de capital de giro utilizado dependerá do volume da demanda, da política de crédito e do nível de estoque mantido pela Concessionária.

Destaca-se que nos estudos de modelagem de projetos de PPP, em virtude da dificuldade de estimar, o valor do capital de giro pode ser definido como um percentual das receitas do projeto.

7.2.3.8. Taxa de Desconto

O Custo de Capital é um instrumento utilizado para se trazer os fluxos de caixa projetados a valor presente, constituindo-se em uma das principais medidas de avaliação de investimentos em concessões. A taxa de desconto usualmente é representada pelo Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou Weighted Average Cost of Capital (WACC).



O cálculo do CMPC é comumente elaborado considerando três variáveis principais: o custo do capital próprio, o custo da dívida (ou custo do capital de terceiros) e a estrutura de capital adotada (ou alavancagem), que é a ponderação de cada componente em relação ao total.

A taxa interna de retorno (TIR) estimada para o projeto deve ser comparada ao CMPC e, para indicar viabilidade econômico-financeira do projeto, deverá ser superior a esse último.

$$\text{CMPC} = (P/V) * K_e + (D/V) * K_d * (1-T)$$

$$V = P + D$$

Onde:

K_e = Custo do Capital Próprio;

K_d = Custo da Dívida;

P = Capital Próprio;

D = Dívida;

T = Alíquota Tributária Efetiva

7.2.3.9. Mecanismo de Remuneração e Quadro de Indicadores de Desempenho (QID)

O mecanismo de pagamento deve ser elaborado de forma que mensure a qualidade dos serviços de forma prática e transparente, ao mesmo tempo em que incentive o setor privado a cumprir as especificações exigidas em contrato.

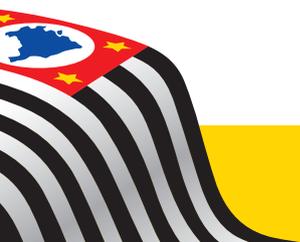
Assim, para fazer jus à contraprestação pecuniária, a Concessionária deverá cumprir alguns critérios mínimos, definidos no Quadro de Indicadores de Desempenho (QID), garantindo, assim, o nível de exigência qualitativa do projeto. A verificação da disponibilidade e da qualidade do serviço prestado pela Concessionária poderá ser realizada por um Verificador Independente (sobre as funções e características do Verificador Independente, v. item 7.2.7 deste Manual).

Durante a etapa de modelagem, e tendo como base os níveis de serviço a serem exigidos da Concessionária, são definidos os indicadores de desempenho, o peso de cada um no cômputo da nota final de desempenho, a metodologia de mensuração e a periodicidade de avaliação. É importante definir indicadores de desempenho objetivos e de simples medição, buscando compor o QID com um número razoável de indicadores, mas que garantam a qualidade dos serviços.

A modelagem deverá igualmente definir de que forma o cumprimento – ou o descumprimento – dos indicadores de desempenho afetarão a remuneração da Concessionária. Nesse sentido, deverá ser previsto o momento em que os indicadores serão avaliados e em que intensidade o resultado da avaliação incidirá sobre a remuneração do parceiro privado. Apresenta-se abaixo alguns exemplos de indicadores de desempenho adotados em PPPs do Estado de São Paulo:

Exemplo 4 – Considerações sobre Indicadores de Desempenho adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 17/Anexo X – Doc. 15 a 18.
- **PPP Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 26/Anexo IX – Indicadores de Desempenho. Os indicadores de desempenho indicados no contrato contemplam diferentes aspectos da gestão hospitalar. São adotados indicadores específicos para cada segmento da atividade hospitalar em avaliação: (i) Qualidade dos Serviços; (ii) Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Terapia; (iii) Engenharia Clínica; (iv) Manutenção Predial; (v) Serviço de Limpeza e Higiene; (vi) Serviços de Rouparia; (vii) Transporte Externo de Pacientes; (viii) Telefonia Interna; (ix) Telefonia Externa; (x) Segurança Patrimonial; (xi) Serviço de Natureza; (xii) Serviço de Recepção; (xiii) Esterilização; (xiv) Tecnologia de Informação; (xv) Serviço de Conservação e Jardinagem; (xvi) Institucional – Pessoal; (xvii) Institucional – Documentação; e (xviii) Institucional – Treinamento. Para cada atividade mencionada são definidos indicadores que resultam no modelo de avaliação dos serviços da Concessionária.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 19/ Anexo VIII – Diretrizes Técnicas para a Concessão da Linha 4. Os indicadores de qualidade da Linha 4- Amarela estão divididos em indicadores técnicos, de reclamação e de satisfação dos usuários. Os elementos utilizados para aferir cada um destes indicadores são os que seguem:
 - Indicadores Técnicos, considerando: (i) Intervalo entre Trens; (ii) Tempo Médio de Percurso; (iii) Cumprimento da Oferta Programada; (iv) Acidentes com Usuários na Linha; (v) Crimes com Usuários na Linha; (vi) Validação do Acesso;
 - Indicador de Reclamação, mensurado pelas reclamações Gerais da Linha; e
 - Indicador de Satisfação, mensurado pelo Índice Geral de Satisfação do Usuário.



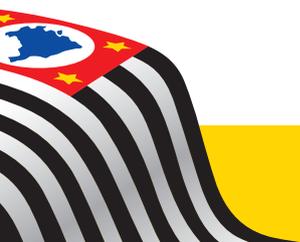
- **PPP Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 19/Anexo II – Diretrizes Gerais de Serviços e Indicadores Gerais de Desempenho. Os indicadores de qualidade indicados no contrato buscam avaliar os serviços. Neste sentido, são adotados os seguintes indicadores: (i) Intervalo entre Trens; (ii) Tempo Médio de Percurso nos Picos; (iii) Cumprimento da Oferta Programada; (iv) Acidentes com Usuários na Linha; (v) Crimes e Contravenções Penais com Usuários na Linha; (vi) Validação do Acesso; (vii) Reclamações Gerais da Linha; e (viii) Indicador Geral de Satisfação do Usuário.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 9/Anexo III – Indicadores de Desempenho. A mensuração da qualidade dos serviços de manutenção prestados pela Concessionária será feita a partir dos seguintes indicadores, apurados por meio da verificação do número de falhas durante a operação dos trens fornecidos e sujeitos à manutenção da Concessionária: (i) Indicador de Confiabilidade; (ii) Indicador de Disponibilidade; e (iii) Indicador de Manutenibilidade.
- **PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 9/ Anexo III – Indicadores de Desempenho. Os indicadores de qualidade indicados no contrato buscam avaliar os serviços concedidos a partir de uma perspectiva que privilegia o usuário. Neste sentido, são adotados os seguintes indicadores: (i) Intervalo entre Trens; (ii) Tempo Médio de Percurso nos Picos; (iii) Cumprimento da Oferta Programada; (iv) Acidentes com Usuários na Linha; (v) Crimes e Contravenções Penais com Usuários na Linha; (vi) Validação do Acesso; (vii) Reclamações Gerais da Linha; (viii) Indicador Geral de Satisfação do Usuário.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Anexo V – Sistema de Avaliação do Desempenho.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 23/Anexo IX – Indicadores de Desempenho. O desempenho operacional será medido por meio do “índice de desempenho operacional”. Este índice tem como objetivo medir a qualidade e eficiência no desempenho do parceiro em relação a diversos aspectos da prestação do serviço de produção de medicamentos, sendo que cada um desses aspectos terá um “sub-índice” com peso ajustado ao seu grau de relevância relativo. Cada “sub-índice”, por sua vez, será formado por um conjunto de “indicadores” com pesos próprios, representando o seu grau de relevância dentro do grupo ao qual pertence. Os indicadores são avaliados nos seguintes quesitos: (i) Qualidade; (ii) Engenharia de Segurança; (iii) Meio Ambiente e (iv) Serviços Secundários. Sendo que para cada elemento foram definidos subitens que integram a avaliação de desempenho da Concessionária.

- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 30/Anexo III – Indicadores de Desempenho. Os indicadores de desempenho adotados foram os seguintes: (i) Operação dos Serviços de Atendimento e Apoio aos Usuários; (ii) Operação do Sistema de Controle de Arrecadação – Postos de Pedágio; (iii) Operação Geral do Sistema; (iv) Gerência de Segurança e Sinalização; (v) Pavimento Flexível e Rígido; (vi) Revestimento Vegetal; e (vii) Meio Ambiente.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 16/Anexo VIII – Critérios de Indicadores de Desempenho. A qualidade dos serviços será avaliada a partir dos seguintes critérios: (i) Qualidade e Organização, (ii) Prazo; (iii) Segurança e Saúde no Trabalho; e (iv) Demais Índices relacionados à natureza do serviço. A cada um desses critérios vinculam-se diversos índices que, nos termos do contrato, permitem averiguar a qualidade dos serviços.

7.2.3.10. Estudo de Value for Money

A opção de utilizar uma PPP para a prestação de um determinado serviço deve envolver uma análise dos custos e benefícios para a sociedade resultantes dessa opção vis-à-vis a opção de outras formas de prestação do serviço. Nessa análise, considera-se também a capacidade do setor público em gerar capital próprio ou contrair novas dívidas para financiar o projeto. A indisponibilidade de recursos públicos muitas vezes leva à postergação ou até mesmo a não-realização de importantes projetos, acarretando em custos e/ou prejuízos à sociedade. Neste sentido, a opção de PPP surge como uma alternativa eficiente para superar essas limitações financeiras, possibilitando a disponibilização de serviços públicos à população no curto prazo.

Conforme o art. 10 da Lei Federal de PPP, os estudos que fundamentam a Parceria Público-Privada devem demonstrar “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada.” Há que se demonstrar, portanto, os benefícios da adoção desse modelo em relação a outras hipóteses de contratação. Vale ressaltar que, independentemente da existência (ou inexistência) de disposição legal que exija a realização dessa análise de conveniência e oportunidade, é também recomendável que ela seja efetuada quando da opção pela concessão comum como modalidade de delegação dos serviços.



Na análise, os custos e benefícios mencionados são avaliados quantitativamente (sempre que possível) ou qualitativamente (quando não se pode quantificar com precisão). A composição dessas análises de custos e benefícios (quantitativas e qualitativas) resulta no Value for Money (VfM).

Quantitativamente, a análise é feita pela comparação entre o custo, para o Estado, em realizar o projeto via PPP com a estimativa de custos para o desenvolvimento do projeto diretamente pelo setor público (Comparador do Setor Público - PSC). A estimativa dos custos para a execução do projeto via PPP equivale ao valor presente dos pagamentos realizados pelo Governo ao setor privado durante a vida do projeto, e deverá ser inferior ao PSC para gerar VfM quantitativo.

Do ponto de vista qualitativo, o VfM compreende a análise dos aspectos de difícil mensuração econômica, objetivando identificar custos ou benefícios adicionais à sociedade quando o serviço público é prestado via PPP ao invés da contratação tradicional. Os aspectos que forem passíveis de mensuração econômica fazem parte da análise quantitativa.

A análise do VfM para a tomada de decisão quanto a recorrer a uma PPP não deve ser confundida com a necessária redução de custos para o Poder Público, em relação aos custos já enfrentados pela Administração com uma determinada atividade, pois isso pode representar a comparação de benefícios desiguais. A PPP poderá representar um aumento absoluto de custos, desde que esses estejam atrelados a maior eficiência, qualidade e universalidade de serviços, que não possam ser obtidos de maneira igualmente eficiente com a provisão direta desses bens e serviços pelo Poder Público.

Assim, a decisão de se utilizar uma PPP ao invés da opção por outra forma de prestação de serviços, deve ser analisada sob o ponto de vista estratégico das eficiências socioeconômicas. Considerando que o objetivo do setor público é a maximização da riqueza da sociedade, suas decisões devem ser tomadas para aumentar a eficiência do uso dos recursos públicos, ao mesmo tempo em que atende às demandas existentes por serviços públicos.

Nas concessões comuns se exige, em princípio, apenas a publicação, previamente ao edital de licitação, de ato que justifique a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. Entretanto, é também recomendável a apresentação do VfM, especialmente à luz do dever de motivação dos atos da Administração.

7.2.4. Conteúdo Mínimo da Modelagem Jurídico-Institucional

Os estudos de viabilidade jurídica devem compreender a análise entre as possíveis modalidades de contratação, a adequação do modelo proposto à legislação vigente e o levantamento do arcabouço regulatório incidente sobre o projeto (análise da legislação material associada ao serviço ou à infraestrutura, enfrentamento das questões tributárias, ambientais, urbanísticas, etc.). Deve, igualmente, exprimir juridicamente as relações que regerão a licitação e o futuro contrato de concessão, contemplando, notadamente, as diretrizes para elaboração de edital e o contrato.

Nesse sentido, não é incomum a necessidade de elaboração, durante a estruturação do projeto, de pareceres, opiniões legais ou memorando que se prestem ao esclarecimento de questões jurídicas. Tais documentos podem (i) constar já da lista de estudos exigidos no Chamamento Público, sendo dada ou não a faculdade ao particular de apresentá-los, ou (ii) ser elaboradas pela equipe jurídica do Grupo de Trabalho, que pode envolver a Procuradoria Geral do Estado e a Consultoria Jurídica das Secretarias envolvidas no projeto.

7.2.4.1. Análise de viabilidade jurídica e relatório de questões legais

Os estudos de modelagem jurídica deverão compreender, inicialmente, a análise da viabilidade jurídica em relação ao modelo da parceria, de maneira a demonstrar que as exigências legais desse formato jurídico permitem que a PPP ou concessão comum seja adotada como modelo para o projeto, concretamente visado. Deverá ser demonstrada a adequação jurídica da modalidade contratual eleita ao projeto, seja no que tange ao seu objeto quanto à sua duração, finalidade e valor.

Essa análise deverá ser acompanhada de um relatório jurídico mais amplo, que identifique os principais marcos legais associados à modalidade contratual eleita e ao objeto da concessão, de maneira a ressaltar os pressupostos legais e regulamentares que deverão ser observados e deverão guiar a elaboração dos documentos jurídicos da concessão. O regime legal da prestação dos serviços ou da infraestrutura pública a ser construída, as implicações tributárias, fundiárias, urbanísticas ou ambientais dos projetos, bem como os contornos da contratação deverão constar desse relatório. Trata-se de documento bastante variável, conforme o objeto e as características de cada projeto. Contudo, em qualquer hipótese, o relatório de questões legais deverá esquadriñar os principais pontos de atenção jurídicos, com a finalidade de conferir segurança à Administração e, futuramente, aos licitantes, quanto à solidez jurídica do projeto e sua aderência à legislação e regulamentação vigentes.



7.2.4.2. Diretrizes para a elaboração da minuta do edital e contrato

Os estudos jurídicos compreendem ainda a formulação de diretrizes para a elaboração da minuta do edital e do contrato de concessão. Essas diretrizes deverão culminar com a confecção do próprio edital de concessão e seu respectivo contrato.

No caso de realização de estudos por agentes privados, pode-se exigir que os interessados contemplem tão somente diretrizes para a elaboração dos documentos, mas também pode-se solicitar que eles apresentem sugestão das respectivas minutas para a apreciação do Poder Público. A escolha dependerá da prática do órgão interessado e do prazo estabelecido para a execução dos estudos.

Qualquer que seja a forma de realização dos estudos, as minutas de edital e contrato deverão observar o conteúdo mínimo e as demais prescrições contidas nas leis federal e estadual de concessões comuns ou PPPs, bem como as demais condicionantes jurídicas aplicáveis ao projeto, conforme levantadas no relatório de questões legais (item 7.2.4.1 deste Manual). Sugere-se, ademais, que sejam considerados os precedentes estaduais sobre cada uma das matérias, quando da elaboração das respectivas diretrizes ou minutas. Sobre o conteúdo mínimo e outras exigências a serem observados na elaboração dos documentos de licitação, v. Itens 8.1 e 8.2 deste Manual, bem como o Anexo 2.

7.2.5. Demais aspectos relevantes para formulação do Contrato

7.2.5.1. Matriz de Riscos

Define-se risco como todo e qualquer evento futuro que, caso se confirme, possa trazer impacto - positivo ou negativo - aos objetivos previamente delineados. Enquanto os impactos negativos resultam da concretização de ameaças de não cumprimento do que foi planejado, os impactos positivos são advindos de oportunidades de melhoria capturadas e executadas. Em termos econômicos, um risco traduz uma incerteza, um elemento de imponderabilidade sobre eventos futuros relativos às relações econômicas e que acaba funcionando tanto como freio quanto como incentivador do mercado produtivo. Do ponto de vista da teoria dos contratos, o risco é uma atribuição de responsabilidade contratual a uma determinada parte, a qual cabe se responsabilizar ou assumir seus efeitos de determinado evento ou ação.

A ocorrência de determinado risco pode afetar a conclusão de um projeto em termos de prazo, custo, escopo ou qualidade, daí a necessidade de prever contratualmente como serão alocados os riscos inerentes a determinado projeto.

A legislação brasileira não impõe expressamente a obrigatoriedade de se elaborar Matriz de Risco propriamente dita. O que a lei impõe é que o contrato, no caso das PPPs, contemple a alocação objetiva de riscos (artigos 4º, incisos VI e VII, e 5º, inciso III da Lei Federal de PPP, bem como o artigo 8º, inciso III, alínea "a" da Lei Estadual de PPP). Essa alocação pode ser estabelecida, dentre outros meios, a partir da elaboração de uma Matriz de Riscos.

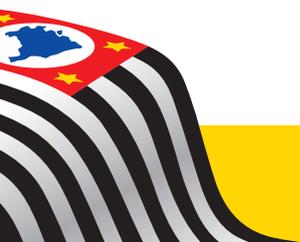
Embora não haja disposição igualmente específica na Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e, tampouco, na Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, recomenda-se que qualquer contrato de concessão comum proceda a uma minuciosa repartição de riscos entre a Concessionária e o Poder Concedente. Evidencia-se, dessa maneira, os contornos da contratação e evita-se discussões futuras sobre eventuais direitos ao reequilíbrio contratual.

A elaboração da Matriz de Riscos, a partir das especificidades do projeto e das experiências consolidadas, destina-se a identificar os riscos sistêmicos do contrato, bem como suas possíveis consequências. Não serve apenas para distribuir as responsabilidades entre as partes envolvidas, mas, também, permite prever o impacto da sua eventual ocorrência e estabelecer mecanismos de mitigação, para neutralizar, reduzir ou impedir os efeitos negativos da materialização do risco.

Cada um desses riscos tende a estar associado a um custo, que estará devidamente precificado nas ofertas que o Poder Público receber durante o processo licitatório. Por isso, na elaboração da Matriz de Riscos de um projeto, deve-se buscar alocar cada risco ao parceiro (público ou privado) que for mais apto a gerenciá-lo, de forma a reduzir o custo para o projeto como um todo. Daí a relevância de uma alocação racional e eficiente dos riscos inerentes ao contrato.

Para tanto, cabe definir: (i) quais são os riscos inerentes à contratação; (ii) a quem serão atribuídos os riscos; e (iii) se haverá mecanismos de limitação dos riscos de uma ou outra parte.

Em relação à atribuição dos riscos, vale mencionar que é possível que os contratos estabeleçam compartilhamento de riscos, inclusive daqueles riscos que tradicionalmente eram atribuídos à Administração Pública, por exemplo, eventos considerados extraordinários, imprevi-



síveis e extracontratuais. Por outro lado, é também possível à Administração Pública assumir parte de riscos sobre os quais nenhuma das partes tem melhor controle. Nesse sentido, o Estado de São Paulo, na PPP da Linha 4 do Metrô (2006, cláusula 11.1.5 e ss) optou por prever o compartilhamento do risco de demanda.

O desenvolvimento da matriz de riscos deve ser uma atividade multidisciplinar, envolvendo especialistas da área técnica (por exemplo, engenharia e ambiental), jurídica, financeira e operacional. Além disso, deverão ser estabelecidos procedimentos para monitorar e controlar os riscos, com intuito de que não haja descontinuidade na execução do projeto. Ressalte-se que, quanto mais bem delimitados forem os riscos, menor a possibilidade de futura controvérsia a respeito das responsabilidades entre as partes.

A matriz de risco é um meio de combinar classificações qualitativas ou semi-quantitativas do nível de risco ou da classificação de risco. Por meio dela, classificam-se os riscos, fontes de risco ou tratamentos de risco com base no nível de risco.

Este instrumento é usualmente utilizado como ferramenta de seleção. Quando muitos riscos forem identificados, por exemplo, a matriz de riscos permite definir quais são aqueles que necessitam de uma análise adicional ou mais detalhada, quais riscos necessitam primeiro de tratamento, ou quais riscos necessitam ser referidos a um nível mais alto de gestão. Por outro lado, esta análise também pode ser utilizada para selecionar quais riscos não precisam de maior consideração no momento da análise. Este tipo de matriz é também amplamente usual para determinar se um dado risco é de forma geral aceitável ou inaceitável, de acordo com a sua posição na matriz.

Além disso, a matriz de risco também opera como um instrumento de transparência, pois reúne uma visão geral dos motivos pelos quais o administrador público elegeu manter ou transferir um dado risco contratual.

Convém, para esse tipo de instrumento, a adoção de uma escala (ou escalas) de consequência que abranja toda a faixa dos diferentes tipos de impactos a serem considerados (por exemplo, perda financeira, segurança, meio ambiente e outros parâmetros inerentes ao processo), bem como se estenda da consequência máxima credível até a consequência de menor grau de preocupação. Ressalte-se que os níveis de risco podem estar associados a regras decisórias, como o nível de atenção da gestão ou a escala do tempo pela qual a resposta é necessária.

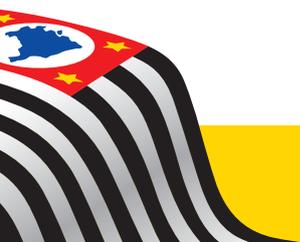
Há, nesse sentido, critérios que auxiliam na maximização da eficiência econômica do contrato por auxiliarem na alocação de cada risco à parte dotada de melhores condições para gerenciá-lo ou mitigá-lo. São os que seguem:

- O risco deve ser alocado à parte que a um custo mais baixo pode diminuir a probabilidade do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer. Para tanto, deve-se considerar a capacidade das partes para adotar medidas preventivas destinadas a impedir a ocorrência de eventos indesejáveis ou estimular a eventos desejáveis.
- Deve-se alocar o risco à parte mais apta à mitigação dos prejuízos decorrentes do evento indesejável. Trata-se de critério que avalia a capacidade de gerenciamento dos efeitos danosos, na hipótese de o evento vir a se concretizar.
- Atribuir a responsabilidade pelo risco à parte que tem menor possibilidade de repassar para terceiros os custos desses eventos. Atentar-se à capacidade das partes de “externalizar” o custo de prevenir ou remediar eventos indesejáveis.

Os principais grupos de riscos a serem considerados na análise são, dentre outros:

Tabela 14 – Principais grupos de riscos a serem considerados na elaboração da Matriz de Riscos

Grupo de Riscos	Descrição Completa
Projeto de Engenharia	Risco do projeto não ser adequado para o provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos bem como de ser alterado por solicitação do Poder Concedente ou iniciativa do agente privado.
Construção/Implantação	Risco de acontecerem eventos ao longo da implantação que obstaculizem o cumprimento dos prazos ou que aumentem os custos de construção, como: (i) risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada; (ii) riscos relacionados à condução de processos de desapropriação, que vão desde a eventual impossibilidade de obter a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas, até os custos com reassentamentos); (iii) riscos geológico/arqueológico; (iv) interferências (identificação de custos) e (v) riscos relacionados à situação dos ativos existentes e à tecnologia empregada na obra.



Grupo de Riscos	Descrição Completa
Ambientais	Riscos relativos à possibilidade de o local do projeto estar contaminado, exigindo atividades significativas para remediá-lo ou, ainda, risco de poluição de terrenos adjacentes ao local do empreendimento; ou, ainda, risco de impossibilidade/atraso na obtenção do licenciamento ambiental.
Políticos e Sociais	Riscos relacionados à encampação, suspensão da cobrança de tarifas por parte do Poder Concedente, manifestações públicas contra a cobrança de tarifa.
Operacionais	Relativos a (i) falhas na operação e manutenção do projeto e correspondentes perdas de receitas, penalidades ou indenizações; (ii) risco da demanda pelos serviços ser inferior ou superior à estimada.
Econômico-Financeiros	Riscos que afetam as receitas do parceiro privado (por ex., falta de retorno econômico dos investimentos realizados) e riscos relacionados ao financiamento do projeto, como o risco de o capital para implantar o projeto não estar disponível no mercado nos montantes e condições programados.
Jurídicos	Relacionados a demoras em processos judiciais, por exemplo, em ações de desapropriações de áreas destinadas à implantação do projeto.
Tecnológico	Risco de a prestação do serviço, em virtude da obsolescência tecnológica, tornar-se ineficaz, implicando em prejuízo aos usuários ou ao Poder Concedente.
Regulatórios	Relativos a alterações na regulação dos serviços concedidos ou na legislação de modo a afetar a prestação dos serviços.
Fortuito e Força Maior	Risco de não cumprimento do contrato por consequência da ocorrência de eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, alheios às partes, e que tenham um impacto direto sobre o desenvolvimento das obras, serviços e atividades envolvidas na concessão.

O resultado dessa matriz consiste no registro dos eventos que possam impactar o projeto e o diagnóstico de suas causas prováveis, possibilitando a realização de planos de respostas a riscos e avaliação de sua eficácia durante todo o ciclo de vida do processo.

A elaboração da matriz de riscos deverá levar em conta as especificidades do projeto e os principais pontos de atenção do relacionamento entre o Poder Concedente, a Concessionária e eventuais terceiros, de maneira a antever os riscos que tenderão a ocorrer e a ter efeitos substanciais sobre as circunstâncias econômicas do contrato. As situações que já tenham um histórico de conflitos em experiências anteriores, bem como aquelas que envolvam a coordenação de ações, cronogramas ou possíveis áreas cinzas de responsabilidade deverão ter especial atenção.

A seguir são apresentados alguns exemplos, não exaustivos, em relação aos próprios contratos mencionados, de cláusulas de alocação de riscos contratuais:

Exemplo 5 – Cláusulas de alocações de riscos adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo

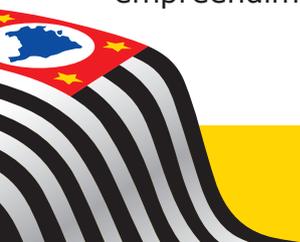
- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 29^a
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 23^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 11^a.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 20^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 15^a e 16^a.
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 20^a.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 21^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 20.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 26^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 23^a.

7.2.5.2. Proposição de garantias

Por se tratar de uma contratação de longo prazo e de grande fôlego, as concessões em geral exigem a prestação de garantias do parceiro privado e, no caso das PPPs, também do parceiro público. Em ambos os casos, a exigência de garantias destina-se a reforçar a certeza de cumprimento das obrigações de cada uma das partes, de maneira a aumentar as chances de sucesso do projeto conforme originalmente desenhado.

Garantias prestadas pelo Poder Concedente:

Como os contratos de PPP envolvem investimentos de altos montantes pela Concessionária e longos prazos de pagamento, a existência e a solidez da garantia para as obrigações públicas constitui elemento importante para a atratividade do contrato e consequente viabilização do empreendimento.



Não é usual em concessões comuns a prestação de garantias pelo Poder Concedente, porque nessa modalidade contratual o Estado, em regra, não assume obrigações pecuniárias.

Quando existirem, as garantias prestadas pelo Poder Concedente podem buscar assegurar o aporte de recursos, as contraprestações para implantação da infraestrutura ou pela prestação dos serviços, bem como outras obrigações pecuniárias do Poder Concedente, tais como eventuais multas ou indenizações. A garantia deverá ser suficiente no seu montante e eficiente em seu mecanismo, de maneira a oferecer efetiva segurança ao particular que realizará investimentos operacionais e de capital.

As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de Parceria Público-Privada poderão ser garantidas mediante²⁶:

- Vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- Instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- Contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- Outros mecanismos admitidos em lei.

No Estado de São Paulo, adicionalmente aos mecanismos de garantia listados acima, a legislação previu que a Companhia Paulista de Parcerias, dentre seus objetivos, poderia atuar como garantidora em projetos de PPP, podendo ainda assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos. Para a consecução de tais objetivos, a CPP pode constituir Fundo Fiduciário, cujo agente terá poderes para administrar recursos financeiros, por meio de conta vinculada ou, para promover a alienação de bens gravados, segundo condições previamente acordadas, aplicando tais recursos no pagamento de obrigações contratadas ou garantidas prestadas, diretamente ao beneficiário da garantia ou, ainda, a favor do agente financiador do projeto.

(26) Nos termos do art. 8º da Lei nº 11.079/04.

Apresentam-se abaixo alguns dos mecanismos de garantia adotados em PPPs no âmbito do Estado de São Paulo:

Exemplo 6 - mecanismos de garantias adotados em PPPs contratadas no Estado de São Paulo

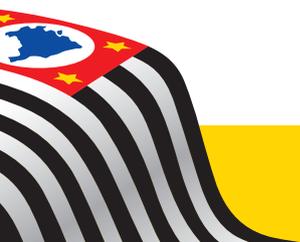
De maneira geral, os contratos preveem garantia: (i) prestada por empresa estatal (Companhia Paulista de Parcerias), mediante penhor sobre cotas do Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado "BB CPP PROJETOS", da qual a CPP é cotista exclusiva; ou (ii) por meio de cessão de direitos creditórios à SPE – por exemplo, disponibilidade de créditos tarifários da SABESP.

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 31 – disponibilidade de direitos creditórios da SABESP (recebíveis).
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 29.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusulas 6.1.1 e 11.14.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 52.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 11.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 52.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 25.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 26.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 20 - disponibilidade de direitos creditórios da SABESP (recebíveis).
- **PPP Nova Tamoios:** Além da garantia da CPP referida acima, a cláusula 32 prevê outorga de garantias reais por órgãos da Administração Direta (DER) e entidades da Administração Indireta (ARTESP) à Concessionária.

Garantias prestadas pelo parceria privado:

A legislação prevê a possibilidade de que a Administração Pública exija da Concessionária a apresentação e manutenção de garantia do fiel cumprimento de obrigação contratual²⁷.

(27) Artigo 5º, inciso VIII da Lei nº 11.079/04 que prevê a possibilidade de a Administração Pública exigir do parceiro privado a apresentação e manutenção de garantia de fiel cumprimento de obrigação contratual. As concessões comuns devem igualmente prever garantias para a adequada execução do contrato (Lei Estadual de Concessões, art. 8º, inciso IX), sendo esta obrigatória nos casos de concessão de serviços públicos precedida de obra pública (arts. 18, inciso XV, e art. 23, parágrafo único, inciso II da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos).



Tal garantia deverá ser compatível com o ônus assumido pelo parceiro privado e com os riscos relacionados ao objeto do contrato, além de dever observar os limites impostos pela Lei nº 8.666/1993, quais sejam, 5% do valor total do contrato, para a generalidade dos contratos, e 10% do valor total do contrato para os contratos que envolvam obras, serviços e fornecimentos vultosos com complexidade técnica e riscos de execução²⁸.

O particular poderá optar por qualquer modalidade de garantia prevista no §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993.

Garantias aos financiadores:

A Lei Federal de PPP contempla expressamente novas formas admitidas para a constituição de garantias em favor dos financiadores de projetos contratados por meio de PPP, que podem ser adotadas concomitantemente²⁹:

- Possibilidade de assunção do controle da SPE pelos financiadores (step-in rights);
- Emissão de empenho, diretamente em nome dos financiadores, das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração;
- Legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidoras das parceiras público-privadas.

A previsão destas modalidades de garantias em favor dos financiadores é de extremo relevo, haja vista que a maior parcela de recursos aplicados nos projetos de Parcerias Público-Privadas ou de concessões comuns costuma advir de financiamentos. A estipulação de garantias aos agentes financiadores, além de tornar o custeio do projeto por terceiros mais atrativo, também permite a redução do custo de sua contratação, na medida em que mitiga os riscos envolvidos em sua execução.

A Lei Federal de Concessões de Serviços Públicos também dispõe sobre o assunto, autorizando, em seus artigos 28 e 28-A, que a Concessionária constitua modalidades específicas de garantia em face de seus financiadores:

- Cessão de direitos emergentes da concessão;
- Cessão, em caráter fiduciário, de parcela de seus resultados operacionais futuros.

(28) Artigo 56, §§ 2º e 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

(29) Artigo 5º, § 2º, da Lei Federal nº 11.079/04.

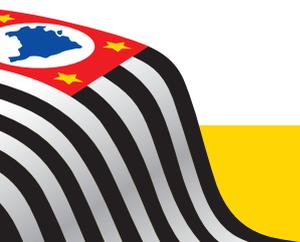
O art. 27-A da Lei de Concessões acrescenta às duas modalidades aludidas acima, a possibilidade de assunção do controle da Concessionária pelos financiadores do projeto (step-in-rights), desde que precedida de autorização prévia do Poder Concedente e seja exercida com a finalidade de assegurar a continuidade da execução da concessão.

Estas disposições são também compatíveis com a disciplina instituída pelo Estado de São Paulo sobre as concessões comuns, conforme o previsto nos artigos 29 a 31 da Lei Estadual de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, que autoriza, ainda, a constituição de garantias mediante fundo financeiro ou seguro-garantia. Merece destaque a previsão da Lei Estadual (art. 30) que permite a Concessionária constituir, em favor de seus financiadores, outras modalidades de garantias, mesmo que não previstas expressamente em Lei, exigindo-se para tanto apenas a prévia anuência do Poder Concedente.

Apresentam-se, abaixo, alguns mecanismos de garantias aos financiadores adotados em projetos de PPP no Estado de São Paulo:

Exemplo 7 - Mecanismos de garantias aos financiadores adotados PPPs contratadas no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Conforme a Cláusula 32 as ações correspondentes ao controle da SPE poderão ser dadas em garantia de financiamento, ou como contra garantia de operações, vinculadas ao cumprimento de obrigações decorrentes do contrato.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** A Cláusula 31 contempla step in rights, a possibilidade de cessão em garantia dos direitos creditórios relativos à Contraprestação Mensal, de cessão em garantia do direito a exigir ou executar as garantias prestadas pelo Poder Concedente, dos direitos relativos ao Aporte de Recursos, às Receitas Acessórias e às indenizações devidas ao Parceiro Privado, bem como cessão, usufruto ou penhor de ações, títulos, valores mobiliários e seus rendimentos, relacionados à SPE.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 16.2, a Concessionária poderá oferecer direitos emergentes do contrato como garantia de financiamentos obtidos para os investimentos, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação de serviço. As ações ou direitos correspondentes ao controle da companhia ser dadas em garantia de financiamentos sem prévia anuência do Poder Concedente.



- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 16.2, a Concessionária poderá oferecer direitos emergentes do contrato como garantia de financiamentos obtidos para os investimentos, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação de serviço. As ações ou direitos correspondentes ao controle da companhia ser dadas em garantia de financiamentos sem prévia anuência do Poder Concedente.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Conforme as Cláusulas 18.7 e 18.8, a Concessionária poderá dar aos financiadores do projeto, em garantia dos financiamentos contratados, os direitos emergentes da Concessão. Também poderá empenhar, ceder ou de qualquer outra forma transferir diretamente ao financiador, conforme os limites e os requisitos legais, os direitos à percepção (i) da contraprestação pecuniária; (ii) das indenizações devidas à Concessionária em virtude do contrato.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** As Cláusulas 31 e 35 contemplam step in rights e cessão em garantia dos direitos creditórios relativos à remuneração detidos pelo parceiro privado, bem como cessão, usufruto ou penhor de ações, títulos, valores mobiliários e seus rendimentos, relacionados à SPE.
- **PPP Nova Tamoios:** A Cláusula 32 contempla step in rights e cessão em garantia dos direitos creditórios detidos pelo parceiro privado em relação ao Poder Concedente, bem como cessão, usufruto ou penhor de ações, títulos, valores mobiliários e seus rendimentos, relacionados à SPE.

7.2.5.3. Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro

A disciplina do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem especial relevância em contratos complexos e de longo prazo como as PPPs e as concessões comuns, pois garante que suas premissas econômicas e financeiras sejam respeitadas durante a execução do contrato. Os mecanismos de reequilíbrio econômico financeiro destinam-se a restabelecer o balanceamento entre os ônus e os benefícios originalmente pactuados no contrato, diante da ocorrência de determinados eventos que tenham ensejado o seu desequilíbrio ao longo da concessão, podendo ser pleiteado por ambas as partes.

A aferição do desequilíbrio envolve quatro momentos:

- A constatação da ocorrência de um evento que afetou o equilíbrio inicial, conforme a disciplina contratual;
- A verificação da responsabilidade pelo risco associado ao evento ocorrido, à luz das disposições contratuais;
- A avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e
- A escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.

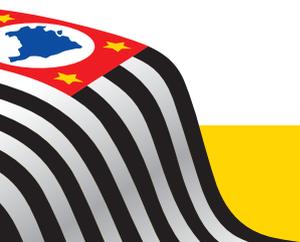
O desequilíbrio em uma concessão está atrelado a impactos econômico-financeiros relacionados com a receita, investimentos ou com os custos associados à exploração do objeto do contrato.

Sob a perspectiva da receita, os campos de desequilíbrio podem estar associados, entre outros, aos seguintes eventos:

- Alteração do valor da remuneração (o valor nominal não pode ser alterado, para mais ou menos, sem que haja impacto direto no equilíbrio);
- Variação dos índices e reajustamento para recompor a equivalência monetária da tarifa ou contraprestação;
- Variações de demanda pelos serviços, pois a alteração nas unidades fruídas afeta a receita da Concessionária mesmo se mantida a tarifa. Embora, em rigor, o risco de demanda caiba ao particular, há casos em que a variação da demanda pode ensejar uma recomposição, como naqueles em que a variação de demanda decorre de ação ou omissão do Poder Concedente; e
- Alterações de ordem legislativa ou regulatória que modifiquem a forma de cobrança.

Em relação aos investimentos, os fatores responsáveis pelo desequilíbrio poderão estar associados, entre outros, aos seguintes itens:

- Alteração de escopo, havendo a necessidade de reavaliar os valores de investimentos previstos;
- Fatores externos, de responsabilidade do Poder Concedente, que atrasem ou permitam acelerar as obras, acarretando variação do custo dos investimentos; e
- Alteração das exigências dos padrões de serviços prestados.



Já em relação aos custos, o desequilíbrio pode ser ocasionado por uma variedade de fatores, dentre os quais:

- Variações decorrentes de erros da projeção original (subestimação ou superestimação dos custos projetados, má avaliação de custos de mercado);
- Eventos supervenientes que modificam as premissas econômicas de custos (mudanças na ordem tributária, variação extraordinária no custo de um insumo, mudanças nas relações de trabalho); e
- Alterações nas cláusulas de serviços para incrementar ou desonerar investimentos ou, ainda, para modificar a forma de prestação, alterando os custos operacionais. Além de eventuais imposições de ordem ambiental, regulatória ou legal, gerais ou específicas, que impactam os custos da prestação do serviço concedido.

O advento desses fatores não é, no entanto, em si suficiente para ensejar a recomposição. É necessário que se verifique, além da ocorrência do desequilíbrio, como se deu a alocação dos riscos contratuais. De fato, o reequilíbrio nas concessões não decorre de simples constatação da ocorrência de um evento que tenha causado impacto econômico positivo ou negativo na projeção inicialmente realizada. Ele pressupõe que o contrato tenha indicado que aquele evento seria causa para a recomposição da equação econômico-financeira pactuada no início do contrato.

Importante notar que o equilíbrio contratual de uma concessão decorre de uma equação econômico-financeira complexa, que considera os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Trata-se de uma garantia de mão dupla, motivo pelo qual é possível que o contrato seja reequilibrado tanto em favor da Concessionária como do Poder Concedente.

Dessa forma, se os eventos de desequilíbrio desoneram a Concessionária, o contrato deve ser revisto em benefício do Poder Concedente ou dos usuários. Não se trata de uma sanção ou gravame, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria caso o desequilíbrio onerasse a Concessionária. O que se visa, em ambos os casos, é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes.

O reequilíbrio em favor do Poder Concedente pode ocorrer, por exemplo, em situações de desoneração fiscal. Nos casos em que determinada política tributária diminui ou isenta determinado imposto que incide sobre a atividade da Concessionária. Nessa hipótese, a TIR poderá aumentar por fatores que independem da eficiência do contratado, ensejando revisão extraordinária em favor do Poder Concedente. Do mesmo modo, caso a variação do índice de

reajuste previsto no contrato seja significativamente superior à inflação e aos custos setoriais, haverá um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato favorável à Concessionária, dando causa à sua recomposição.

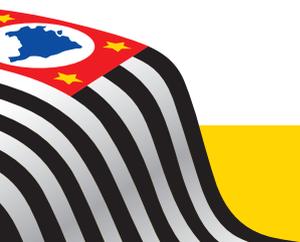
Assim, o direito à recomposição do equilíbrio econômico financeiro inicial da concessão será constatado a partir do cotejamento do evento ensejador do desequilíbrio e da disciplina contratual relativa à distribuição de riscos.

Segue daí que o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição é sensível às concessões e deve ser sempre tratado no âmbito da negociação contratual e regulatória do setor em que o contrato esteja sendo firmado, para que estes incorporem as especificidades pertinentes à atividade concedida.

No que concerne a esses parâmetros, de especial relevância é a previsão de critérios para aferição do ponto de equilíbrio. Atualmente, tem se adotado como critérios a compensação pelos parâmetros da proposta (taxa interna de retorno) ou fluxo de caixa marginal, que serão abordados a seguir (no item 7.2.5.5).

As PPPs apresentam um caráter de repartição de riscos bem apurado - busca-se alocar ao parceiro privado os riscos que ele melhor pode administrar, aplicando-se a mesma lógica na alocação de riscos ao Poder Concedente. A Lei nº 11.079/2004 prevê que o contrato deverá arbitrar a repartição de riscos, inclusive aqueles classicamente alocados para o Poder Público, porquanto contidos dentro da teoria da imprevisão. Tem-se, assim, uma distribuição de riscos baseada em critérios de racionalidade alocativa. Essa alocação de riscos, obrigatória nos contratos de PPP e recomendável nas concessões comuns, impacta eventual reequilíbrio contratual.

Ainda a respeito do equilíbrio contratual, destaque-se que o reajuste dos valores contratuais — tarifa e contraprestação pecuniária, quando o caso — é um mecanismo de proteção do equilíbrio definido e procedimentalizado, que não se confunde com a revisão dos contratos. A Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos prevê como cláusula essencial do contrato de concessão comum a relativa aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas (art. 23, caput, inciso IV). Por seu turno, a Lei Federal de PPP (art. 5º, § 1º) estabelece a necessidade de o contrato prever cláusula de reajuste, sendo que (i) o reajuste deve ser baseado em índices e fórmulas matemáticas e, mais importante, que (ii) a atualização dos valores deve ser automática e aplicada sem necessidade de homologação pelo Poder Concedente.



A previsão expressa de uma matriz de riscos e de um sistema de reequilíbrio contratual é de extremo relevo na medida em que confere maior segurança à execução contratual. A conjugação destas previsões assegura uma clara discriminação de responsabilidades entre o Poder Concedente e a Concessionária, bem como resguarda de maneira eficaz a garantia do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

7.2.5.4. Reequilíbrio econômico-financeiro das concessões: revisão ordinária e extraordinária

O reequilíbrio econômico do contrato pode ser feito por meio de revisão ordinária e extraordinária, ambas destinadas a restabelecer a relação original entre encargos e vantagens. Verificando-se que ocorreu uma alteração que não se configure como inerente aos riscos ordinários do empreendimento, deverá ser adotada uma solução destinada a restabelecer a relação originária.

Por meio da revisão ordinária, busca-se a correção de todos os desequilíbrios que não possam ser compostos por simples reajustamento de preços dos insumos contratuais. Sua realização deverá ocorrer periodicamente, em prazos pré-estipulados em contrato. De outro lado, as revisões extraordinárias poderão ocorrer a qualquer tempo, em razão do acontecimento de um fato extraordinário. Sua realização serve às situações mais graves, em que se verifiquem fatos imprevisíveis capazes de comprometer a continuidade dos serviços e que demandem solução imediata, inviabilizando o aguardo por sua realização no momento da revisão ordinária. Nos procedimentos de revisão, as partes - Concessionária ou Poder Concedente - devem demonstrar a ocorrência de fatos extraordinários e, ainda, provar os efeitos desses fatos sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

7.2.5.5. Critérios para o Dimensionamento do Reequilíbrio

Constatada a necessidade de se recompor o equilíbrio econômico financeiro, é imprescindível que se defina a exata dimensão do desequilíbrio percebido, de modo a assegurar que a recomposição realizada seja adequada. Para este dimensionamento, tem-se adotado os seguintes critérios:

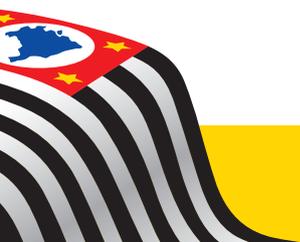
- (i) Compensação pela Taxa Interna de Retorno (“TIR”) da proposta:** é a taxa que o investidor obtém em média em cada ano sobre os capitais que se mantêm investidos no projeto (“rendimentos”), enquanto o investimento inicial é recuperado progressivamente. Basicamente, trata-se da aplicação de uma taxa de desconto que iguala o valor atual líquido (ou valor presente líquido)³⁰ dos fluxos de caixa de um projeto a zero. Com a aplicação da TIR ao valor presente a fim de obter o resultado zero, poderá ser aferida a rentabilidade do projeto. Caso a TIR inicial da proposta seja distinta da TIR aferida após o evento ensejador do reequilíbrio, estará autorizado o reequilíbrio contratual em função e na medida da diferença constatada.
- (ii) Fluxo de Caixa Marginal (“FCM”):** neste método, o Poder Concedente pré-fixa a taxa de retorno específica que se poderá obter em relação aos reequilíbrios eventualmente reclamados no futuro, em igual ou menor monta que o retorno obtido em relação a todos os demais investimentos realizados na concessão. Assim é que, partindo da repartição de riscos estipulada pelo contrato, sempre que o evento de desequilíbrio decorrer de risco passível de recomposição, a parte prejudicada poderá dar início ao procedimento de reequilíbrio.

A opção por um desses parâmetros, a combinação entre eles ou ainda a eleição de outra metodologia apropriada deve constar expressa no edital da contratação e no contrato celebrado. A experiência do Estado de São Paulo na realização de Parcerias Público Privadas indica que se tem privilegiado a opção pelo modelo de Fluxo de Caixa Marginal.³¹

A seguir são apresentados exemplos de critérios para dimensionamento do reequilíbrio econômico-financeiro adotados nos contratos de PPP no Estado de São Paulo.

(30) Valor Presente Líquido consiste na fórmula de matemática financeira que considera o valor do dinheiro no tempo: o valor presente de pagamentos futuros descontados a uma taxa apropriada, menos o custo do investimento inicial. Por meio desse cálculo chega-se à expressão, em valores presentes, da soma dos benefícios e custos projetados ao longo do prazo do investimento.

(31) Este parâmetro foi o adotado nos seguintes projetos de Parceria Público Privada do Estado de São Paulo: PPP Tamoios (Cláusula do Contrato 28.3.1); PPP da Linha 6 do Metrô (Cláusula do Contrato 22.3.1); PPP da Linha 18 do Metrô (Cláusula do Contrato 22.3.1); PPP dos Complexos Hospitalares (Cláusula do Contrato 24.7.1). Ademais, em outros projetos ainda não implementados a tendência é a de se adotar o método do Fluxo de Caixa Marginal, como se vê das Minutas de Contrato dos seguintes projetos: PPP Habitação Popular (Cláusula 22.15.1 da Minuta de Contrato); PPP Estacionamentos (Cláusula 13.5.10 da Minuta de Contrato); PPP Pátio Veicular Integral (Cláusula 23.3.1 da Minuta de Contrato).



Exemplo 8 – Exemplos de critérios para o dimensionamento do reequilíbrio contratual adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Conforme as Cláusulas 21.1 e 21.3 a recomposição é feita com base nas projeções financeiras incluídas na proposta financeira.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** A Cláusula 24.7.1 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 13.6 a recomposição é feita tomando-se por base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, nos itens respectivos do Plano de Negócios.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 22.3.1 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** As Cláusulas 14.1 e 14.8 preveem a recomposição por meio da neutralização do impacto das ocorrências nas projeções do plano de negócios apresentado pela Concessionária em sua proposta comercial.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 22.3.1 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** A Cláusula 22.11.2 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A Cláusula 21.4.1 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP Nova Tamoios:** A Cláusula 28.3.1 adota o critério do Fluxo de Caixa Marginal.
- **PPP São Lourenço:** Conforme as Cláusulas 25.1, 25.2 e 25.4, a recomposição será feita tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa sobre os itens respectivos das projeções financeiras incluídas na Proposta Econômica.

Algumas PPPs (como, por exemplo, a PPP de Fabricação de Equipamentos – FURP) já estabelecem a taxa de desconto a ser adotada, no caso, o WACC, a ser calculado por entidade especializada e independente.

7.2.5.6. Mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro

Uma vez identificada a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e o seu dimensionamento, a recomposição poderá ser realizada mediante a aplicação de diferentes mecanismos. Muito embora não exista um rol exaustivo sobre o tema, as principais alternativas a ser utilizadas são as seguintes:

- (i) **Alteração do prazo contratual:** Nesta modalidade, alonga-se ou encurta-se o prazo de recebimento de contraprestação ou de tarifa pela Concessionária, sem que para tanto ela tenha que realizar novos investimentos. O aumento do prazo de recebimento da remuneração ou da contraprestação sem a obrigatoriedade de novos investimentos equilibra as perdas sofridas pelos eventos ensejadores do reequilíbrio. Em sentido contrário, a redução do prazo de exploração da concessão tenderá a reduzir os ganhos da Concessionária, caso o evento desequilibrador tenha ensejado um aumento injustificado deles.
- (ii) **Revisão da tarifa ou da contraprestação:** O aumento do valor da tarifa ou da contraprestação (quando o caso) majora o retorno econômico auferido pela Concessionária, equilibrando o abalo sofrido na economia da concessão em razão do fato ensejador do reequilíbrio. De outro lado, a redução destas tarifas ou da contraprestação poderá transferir ao usuário ou ao Poder Concedente os ganhos de eficiência da Concessionária.
- (iii) **Aumento ou redução dos encargos da Concessionária:** Trata-se de mecanismo que reestabelece o equilíbrio econômico da avença a partir da alteração das obrigações, sejam elas pecuniárias ou de outro gênero, atribuídas inicialmente à Concessionária. É preciso ressaltar, no entanto, que o aumento ou a redução dos encargos do particular não poderá implicar a descaracterização do objeto contratual inicialmente avençado.
- (iv) **Alteração ou compensação de obrigações pecuniárias assumidas pela Concessionária:** Os encargos impostos ao particular em função dos fatos ensejadores do desequilíbrio contratual poderão ainda ser compensados, nos termos do artigo 368 do Código Civil, com eventuais obrigações pecuniárias do particular no âmbito do contrato (multas, ônus de outorga ou outras).
- (v) **Indenização:** O pagamento de valor pecuniário ao particular ou ao Poder Concedente a título de indenização constitui igualmente um mecanismo suficiente para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença.



(vi) Alteração de parâmetros de qualidade dos serviços ou dos equipamentos previstos no contrato, desde que não se afete a adequação dos serviços: A variação dos parâmetros de qualidade dos serviços e dos equipamentos a serem aplicados na concessão pode reduzir ou aumentar os custos do particular, permitindo, assim, a normalização do equilíbrio da avença. A fixação de parâmetros mais exigentes ou de equipamentos mais modernos poderá igualmente normalizar o equilíbrio contratual, em favor do Poder Concedente.

(vii) Autorização para exploração de receitas alternativas pelo particular: O acréscimo de receitas da Concessionária ocasionado pela autorização da exploração de receitas alternativas pode igualmente ser utilizado para recompor o equilíbrio econômico financeiro inicialmente contratado.

Convém que essas opções estejam previstas no contrato, especialmente quando não decorrerem de disposição legal, e sejam eleitas conforme aquilo que se mostrar mais adequado para cada equilíbrio em espécie. Tradicionalmente, o Poder Concedente tem a discricionariedade de eleger a forma de recomposição do equilíbrio, dentre os mecanismos previstos no contrato, objetivando a melhor satisfação do interesse público.

Na sequência são apresentados exemplos de mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo.

Exemplo 9 – Mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro adotados em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 21.2.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 24.14.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 13.7.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 22.10.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 22.10.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 22.20.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 21.15.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 28.13.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 25

De maneira geral, os contratos preveem que o Poder Concedente terá a discricionariedade de eleger a forma de recomposição do equilíbrio econômico financeiro, devendo escolher entre os seguintes mecanismos (sem prejuízo de outros):

- Prorrogação ou redução do prazo da Concessão;
- Revisão do valor da contraprestação
- Revisão do valor das tarifas (naqueles contratos em que há previsão de cobrança de tarifa)
- Combinação das modalidades anteriores ou outras admitidas pela legislação.
- Indenização/ pagamento pecuniário.

Alguns contratos preveem outras condições específicas:

- Alteração no plano de investimentos devida (PPP Nova Tamoios);
- Aumento ou redução do Percentual de Desconto (PPP da Fabricação de Medicamentos - FURP);
- Majoração ou desconto sobre a Contraprestação Básica e/ou sobre a Contraprestação Adicional (PPP da Fabricação de Medicamentos - FURP).

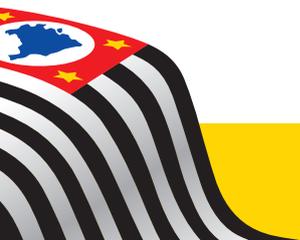
7.3. Especificidades por Setor

Ao apresentar os estudos de cada um dos projetos, deverão ser consideradas as suas especificidades de acordo com o respectivo setor, conforme citado a seguir de forma não exaustiva.

7.3.1. Mobilidade Urbana

A realização de estudos de projetos de mobilidade urbana exige especial atenção ao impacto que a implementação do projeto trará sobre a rede de transporte. Recomenda-se que esses impactos sejam indicados quantitativa e qualitativamente. Neste quesito, poderão ser apontados dados como: (i) a demanda capturada do sistema de transporte público existente na área de influência direta do empreendimento; (ii) a transferência modal de passageiros do transporte individual para o transporte público; (iii) a expectativa de crescimento futuro da demanda e outros dados correlacionados ao uso dos serviços futuros.

Do lado da oferta deverão ser tecidas considerações, se possível amparadas por dados quantitativos, sobre a escolha da tecnologia de transporte eleita pelos estudos, nos casos em que não houver uma pre-determinação pelo Poder Público. Espera-se, se possível, a apresenta-



ção de descritivo sobre a comparação das tecnologias alternativas e indicação do grau de flexibilidade para o ajuste da tecnologia proposta nas etapas subsequentes do processo de análise e licitação do empreendimento.

É importante avaliar a possibilidade de aporte de recursos à Concessionária, já no momento da modelagem do projeto. Isso porque a sua combinação com outras fontes de remuneração (notadamente a receita tarifária e a contraprestação) poderá representar um ganho econômico-financeiro para o projeto.

A matriz de riscos do contrato, por sua vez, poderá conferir especial tratamento aos riscos mais sensíveis aos projetos desenvolvidos neste setor. Pode-se estabelecer, por exemplo, faixas de responsabilização para cada uma das partes, conforme o evento considerado. Medida do gênero é recomendável pelo fato de a grandeza dos riscos em projetos desse porte muitas vezes não poder ser absorvida integralmente por apenas uma das partes. Nesses casos, pode-se estabelecer diferentes escalas de compartilhamento do risco entre as partes.

Um exemplo refere-se aos riscos de demanda. Tradicionalmente alocado para a Concessionária, é frequente a obrigação do Poder Concedente de remodelar ou racionalizar as opções de transporte já existentes, para minimizar a concorrência entre modais e viabilizar a complementariedade dos sistemas já existentes com a estrutura nova.

A arrecadação e distribuição das receitas geradas com as vendas dos bilhetes é outro ponto que merece atenção nesse tipo de projeto, tendo em vista a integração da bilhetagem com outros modais de transporte. A forma de introdução da Concessionária no sistema de rateio e a garantia do regular funcionamento das "clearing houses" durante a concessão são preocupações que deverão estar equacionadas no contrato, sob pena de insegurança no recebimento das receitas do particular e, conseqüentemente, da execução do contrato.

A integração deve ainda ser objeto de regulamentação no contrato no que tange aos seus aspectos operacionais e de repartição de responsabilidades, para garantir segurança jurídica a todos os operadores, sejam eles públicos ou privados.

Em projetos de natureza metro-ferroviária, os estudos devem fundamentar a escolha das estações, indicando preliminarmente as razões para sua localização e o nível de flexibilidade para alterações futuras³².

(32) Informações disponíveis em: <http://www.stm.sp.gov.br/index.php/pitu>.

É relevante que seja conferida especial atenção aos riscos mais críticos da modelagem, notadamente riscos geológicos, riscos relacionados aos custos e ônus de desapropriação, riscos de interferências e riscos relacionados às linhas alimentadoras.

As interferências do projeto nas demais infraestruturas urbanas e o custo financeiro dos pesados investimentos iniciais também são exemplos de entraves e desafios relevantes nos projetos de mobilidade.

Finalmente, os estudos que se destinam a áreas de regiões metropolitanas deverão observar o Plano Integrado de Transportes Urbanos (PITU), referência no planejamento dos transportes em Regiões Metropolitanas que apresenta recomendações que fazem parte das prioridades do Governo do Estado.

7.3.2. Projetos logísticos

Os estudos dessa natureza deverão indicar o perfil de usuário final do empreendimento proposto, subdivididos no mínimo entre famílias e empresas. Nos projetos dedicados à logística de carga, deverá ser apontado o perfil da carga planejada, a origem e o destino final desta carga e o papel que o projeto logístico deverá cumprir tendo em vista o processo como um todo. Deverão ser apontados os modos atuais de transporte e como a matriz logística do Estado deverá ser beneficiada com a implantação do empreendimento, indicando o incremento da competitividade da estrutura logística do Estado de São Paulo e dos setores produtivos beneficiados pelo empreendimento.

A opção tecnológica deverá ser comparada em um breve descritivo com tecnologias alternativas. O descritivo deverá indicar o grau de flexibilidade para o ajuste da tecnologia proposta nas etapas subsequentes do processo de análise e licitação do empreendimento.

7.3.3. Implantação e Gestão de Edificações dedicadas à Prestação de Serviços Públicos

Nos projetos de Parceria Público-Privada e de concessões comuns dedicados à implantação e gestão de edificações próprias do setor público deverá ser observado o padrão corrente de prestação de serviços e comparado ao modelo de contratação integrada subjacente a todos os projetos de PPP e de concessão. Deverão ainda, ser considerados os limites de responsabilidade propostos para a iniciativa privada e identificados os serviços que permanecerão a cargo do setor público.



Outras definições relevantes para o projeto dizem respeito ao pacote de serviços que será compreendido na contratação e sua forma de remuneração, que poderá ser fixa ou variável, integral ou calculada para cada tipo de serviço prestado. As diferentes fontes de remuneração do particular também deverão ser consideradas, com vistas a viabilizar economicamente o empreendimento. A depender do projeto, poderão ser contempladas receitas acessórias para reduzir a contraprestação pública a ser paga no âmbito de PPPs, como por exemplo a exploração, pelo privado, da infraestrutura a ser construída (caso seja possível, em coexistência com o uso público da infraestrutura), a exploração de espaços comerciais ou ainda a exploração imobiliária do entorno.

Outro ponto de atenção diz respeito aos riscos fundiários eventualmente atrelados ao imóvel público disponibilizado para a parceria. É importante que os instrumentos contratuais estabeleçam mecanismos que garantam a estabilidade dos direitos reais ou obrigacionais sobre o imóvel, de maneira a possibilitar que o particular realize investimentos de longo prazo sobre ele.

7.3.4. Projetos habitacionais

Diante da grande carência de moradias, as PPPs e concessões de projetos habitacionais revestem-se de significativo relevo, apresentando-se como uma possível solução inovadora ao problema. Nesses projetos, o proponente deverá tomar em consideração o perfil de adquirente proposto, definindo o balanço entre o número de habitações de interesse social, o número de habitações dedicadas ao mercado popular e o número de habitações dedicadas à população enquadrada em um perfil de renda mais elevado.

Também deverão ser dispostos os dados sobre os serviços propostos de natureza social que complementam o projeto habitacional, assim como os princípios que serão adotados para o modelo de gestão do empreendimento quando sua implantação estiver concluída.

O contrato deverá definir o papel da Concessionária no acompanhamento do empreendimento e na cultura de integração e quais serviços serão prestados pelo particular. Com relação à interação com o Poder Público nas atividades de triagem de adquirentes, cadastro e obtenção de financiamento, é conveniente fixar responsabilidades claras e estabelecer consequências para o cumprimento / descumprimento das respectivas obrigações do Poder Público e da Concessionária.

As finalidades do projeto deverão ser consideradas, bem como o seu público-alvo: pode-se tratar de projeto que envolva somente a disponibilização de moradia social, ou que atenda a várias faixas de renda e finalidades distintas. Poderá, ainda, envolver a reestruturação urbanística da região afetada, com obrigações que vão além da mera disponibilização de unidades habitacionais. Qualquer que seja o seu escopo, deve-se atentar para a relevância dos serviços a serem prestados pela Concessionária, que deverá ser suficiente para justificar a adoção do modelo da PPP (caso os serviços sejam irrelevantes ou reduzidos, o modelo a ser adotado será o de obra pública) ou de concessão de serviço público.

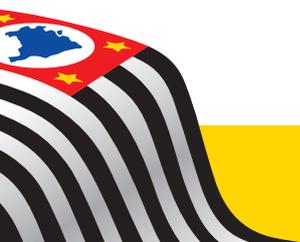
A prestação de serviços de gestão condominial, de implantação de uma cultura de convivência e de manutenção das infraestruturas poderá ser uma medida relevante para assegurar a funcionalidade das unidades habitacionais em médio e longo prazo.

O regime de bens, a sua reversibilidade e a propriedade dos terrenos também oferecem diferentes alternativas que deverão ser consideradas no momento da modelagem do projeto. Deve-se deliberar, por exemplo, se haverá previsão de reversibilidade das Habitações de Interesse Social (HIS) e se haverá previsão de serviços de manutenção desses bens.

Por se tratar de PPP ou de concessão que envolve aspectos imobiliários e fundiários, pode-se cogitar da exploração de relevantes receitas acessórias, por meio do uso alternativo dos imóveis pela Concessionária. Além disso, o valor dos imóveis pode financiar parcela do empreendimento, caso se preveja a sua exploração ou mesmo alienação, como contrapartida, para o particular.

7.3.5. Rodovias

Os projetos no setor de rodovias deverão considerar a infraestrutura existente e as condições de sua transferência para a Concessionária. Deverão considerar a demanda projetada para a rodovia, em função da expectativa do aumento da população e de outros fatores econômicos, notadamente nos casos que envolverem o estabelecimento de praças de pedágio ainda não existentes. Além da pesquisa origem-destino, convém que os estudos contenham a determinação do cenário econômico, a avaliação do passivo ambiental eventualmente existente, a estimativa de investimentos para a rodovia, a fixação referencial das tarifas e a determinação do número e da localização das praças de pedágio.



A possibilidade de aporte de recursos deverá ser considerada na modelagem do projeto. A sua combinação com outras fontes de remuneração (notadamente a receita tarifária e a contraprestação) poderá representar um ganho econômico-financeiro para o projeto.

Dentre os riscos a serem considerados, poderão ser estabelecidos mecanismos de compartilhamento da demanda, caso se trate de fator crítico para o projeto. Nesse mesmo sentido, poderão ser estabelecidos mecanismos eficientes para coibir rotas de fuga ou mitigar seus ônus para a Concessionária, notadamente nos casos em que as rotas possam ser toleradas ou introduzidas por outros entes da federação (por exemplo, municípios abrangidos pelo traçado). A prática de evasão ilícita das praças de pedágio pelos usuários (por exemplo, mediante burla das chancelas) também merece disciplina contratual, com o intuito de definir o procedimento sancionatório dos usuários e a forma de recomposição dos prejuízos sofridos pela Concessionária.

O impacto ambiental da implantação ou ampliação da rodovia e a desapropriação tendem igualmente a ser elementos relevantes da modelagem, notadamente em projetos "green field" – aqueles em que se parte da estaca zero, demandando criação e implantação integrais.

7.3.6. Projetos de apoio à Segurança Pública

Nos projetos de apoio à segurança pública deverão ser considerados os limites jurídicos para a assunção de responsabilidades nesse setor pela iniciativa privada, em função da indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício de poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado (art. 4º, III, da Lei Federal nº 11.079/2004).

Deverão, assim, ser identificados os serviços que permanecerão a cargo do setor público e estabelecidas claras responsabilidades e mecanismos de interação entre as funções públicas e aquelas que serão desempenhadas pela Concessionária. Também deverão ser dispostos os dados propostos sobre os serviços de natureza social que complementam as atividades de cunho privado, juntamente com os demais elementos de ressocialização.

Por se tratar de serviço não econômico, os estímulos econômicos estabelecidos na concessão não deverão desnaturar os serviços ou menosprezar outros valores públicos envolvidos na prestação dos serviços, tais como a dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias individuais, a segurança de pessoas e patrimônio, a ressocialização etc. O interesse econômico da Concessionária deverá efetivamente convergir com todos os interesses e valores públicos envolvidos na prestação do serviço.

7.3.7. Hospitais

A modelagem de projetos nesse setor deverá considerar, inicialmente, os serviços a serem delegados ao particular, notadamente a definição sobre a inclusão ou não da prestação de serviços clínicos (“bata branca”) ou de suporte (“bata cinza”) na concessão. Uma vez feita essa determinação, deverão igualmente ser estabelecidos mecanismos de articulação, governança e repartição de responsabilidades entre os entes públicos e privados envolvidos na prestação dos serviços de saúde. As regras de governança serão especialmente relevantes nos casos em que a Concessionária atuar em infraestruturas públicas que têm suas próprias práticas e já se encontram em funcionamento. A introdução de outra forma de prestação de parcela dos serviços tenderá a gerar questões de funcionamento (por exemplo, para a realização de obras ou para a prestação dos serviços) e de coexistência entre público e privado. Os mecanismos de governança deverão servir para facilitar essa coexistência e estabelecer com precisão as fronteiras de responsabilidades e ônus de cada uma das partes.

Os mecanismos de regulação da rede e de demanda deverão igualmente ser considerados, de maneira a não impactar – ou a prever as consequências – de eventual sobrecarga na demanda da infraestrutura hospitalar. No que tange à demanda, não necessariamente poderá ser vantajoso prever, no modelo econômico, a ocupação de 100% das infraestruturas hospitalares, porque há risco de que a ocupação total venha a comprometer a qualidade dos serviços ou mesmo a sua continuidade. Na fixação dos estímulos econômicos da concessão, convém ponderar a ocupação ótima para a preservação da qualidade e continuidade dos serviços.

A concessão deverá ainda considerar eventuais receitas acessórias a serem obtidas pela Concessionária, como, por exemplo, a exploração de estacionamento ou de praças de alimentação, devendo-se observar as posturas estaduais para a sua eventual adoção.

7.3.8. Saneamento básico:

A primeira definição em projetos desse setor diz respeito à determinação de quais serviços serão concedidos, considerando que o saneamento básico envolve: (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (iv) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.



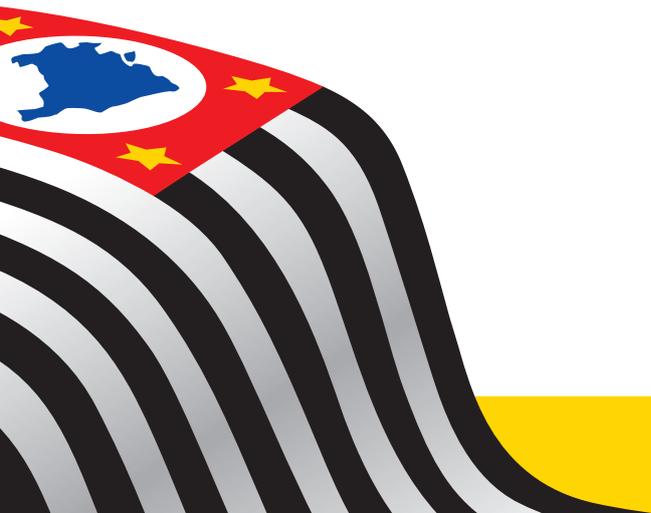
A eventual necessidade de articulação com outros entes da Federação, notadamente com Municípios, por meio de consórcios públicos ou outros mecanismos, deverá ser considerada, a depender da natureza e escopo do projeto. Nesse último caso, deverão ser observadas as normas da Lei Federal nº 11.107/2007 e do Decreto Federal nº 6.017/2007.

O projeto deverá assegurar o atendimento das demais condições de validade para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, estabelecidas pelo art. 11 da Lei Federal nº 11.445/2007, a saber: (i) existência de plano de saneamento básico; (ii) existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; (iii) a designação da entidade de regulação e de fiscalização, bem como a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei Federal nº 11.445/2007; e (iv) a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital e o contrato de concessão.

7.4. Especificidades por modalidade

Como anteriormente se viu, a modalidade de concessão comum está associada à possibilidade fática, jurídica, política e social de se cobrar uma tarifa dos usuários finais pela prestação dos serviços propostos, ou então, de financiar o projeto sem que se faça necessário o pagamento de contraprestação pública do Poder Concedente em favor da Concessionária. Quando não for considerada viável a cobrança de tarifa, deverá ser indicada a modalidade de PPP administrativa como opção de partida. Nos casos em que a tarifa for viável, mas insuficiente para a viabilidade do projeto, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada e, nos casos em que não seja necessária contraprestação pública, estar-se-á diante de uma concessão comum.

Quando o serviço público prestado for, por tradição, tarifado, a opção indicada deverá ser feita em favor da concessão patrocinada, ou, para além das modalidades de PPPs, da concessão comum. Neste caso, os estudos deverão apresentar sua opção por manter a estrutura tarifária existente ou propor alterações sobre a estrutura tarifária, sempre de forma justificada. Quando o projeto versar sobre um novo serviço público, ou sobre um serviço público existente que será completamente reconfigurado pelo projeto de concessão, o proponente deverá expor a lógica adotada para a escolha de cobrança de uma tarifa ou não dos usuários.



8. FASE DE LICITAÇÃO

Uma vez incluído o projeto no Programa Estadual de Desestatização ou no Programa Estadual de PPP, serão iniciados os procedimentos para a licitação.

Em relação às concessões comuns, há exigência de que previamente à publicação do edital, o Poder Concedente publique ato justificando a conveniência da outorga de concessão caracterizando seu objeto, área e prazo. Embora não previstos expressamente na Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, é recomendável a observância, no que cabível, dos critérios financeiros adotados pela disciplina das PPPs, a seguir exposta.

A Lei Federal de PPP determina que a abertura do processo licitatório está condicionada a:

- Autorização do órgão setorial, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
 - Conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de Parceria Público-Privada;
 - 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 101/2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
 - Quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 da 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;
- Elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
- 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;
- 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;

- Seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
- 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 termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;
- Licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir³³.

Tanto os estudos técnicos que demonstrem a conveniência e a oportunidade da contratação, quanto a estimativa do impacto orçamentário-financeiro, a demonstração da origem dos recursos para seu custeio e a comprovação de compatibilidade com a LOA, a LDO e o PPA já terão sido consolidados e validados pelo Conselho Gestor, já que as mesmas exigências previstas no art. 10 da Lei de PPP também são previstas na legislação estadual para a inclusão dos projetos no Programa de PPP. Assim, para a abertura do Processo Licitatório, restará, então, a necessidade de realização da Consulta Pública.

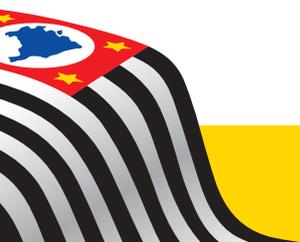
Após a Consulta Pública, poderão ser realizados ajustes na modelagem do projeto, no edital e no contrato, em decorrência de contribuições recebidas nesta etapa. Uma vez incorporadas as contribuições, deverá ser elaborada a versão final do edital e da minuta de contrato, que serão analisados pela PGE e deverão ser aprovados pelo CGPPP/ CDPED previamente à publicação do aviso de edital. Ainda, quando o valor estimado para a licitação for superior a R\$150.000.000 (cento e cinquenta milhões de reais), o processo licitatório deve ser iniciado com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual todos os interessados terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar³⁴.

Importante salientar que é necessária autorização legislativa específica para realizar concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública³⁵.

(33) No que diz respeito ao licenciamento ambiental, a Lei Estadual de PPP, determina que os órgãos e entidades do Estado envolvidos no processo de licenciamento ambiental deverão priorizar a tramitação da documentação pertinente a projetos incluídos no Programa de PPP - Lei nº 11.688/04, Artigo 22.

(34) Nos termos do art. 39, caput, da Lei nº 8.666/1993.

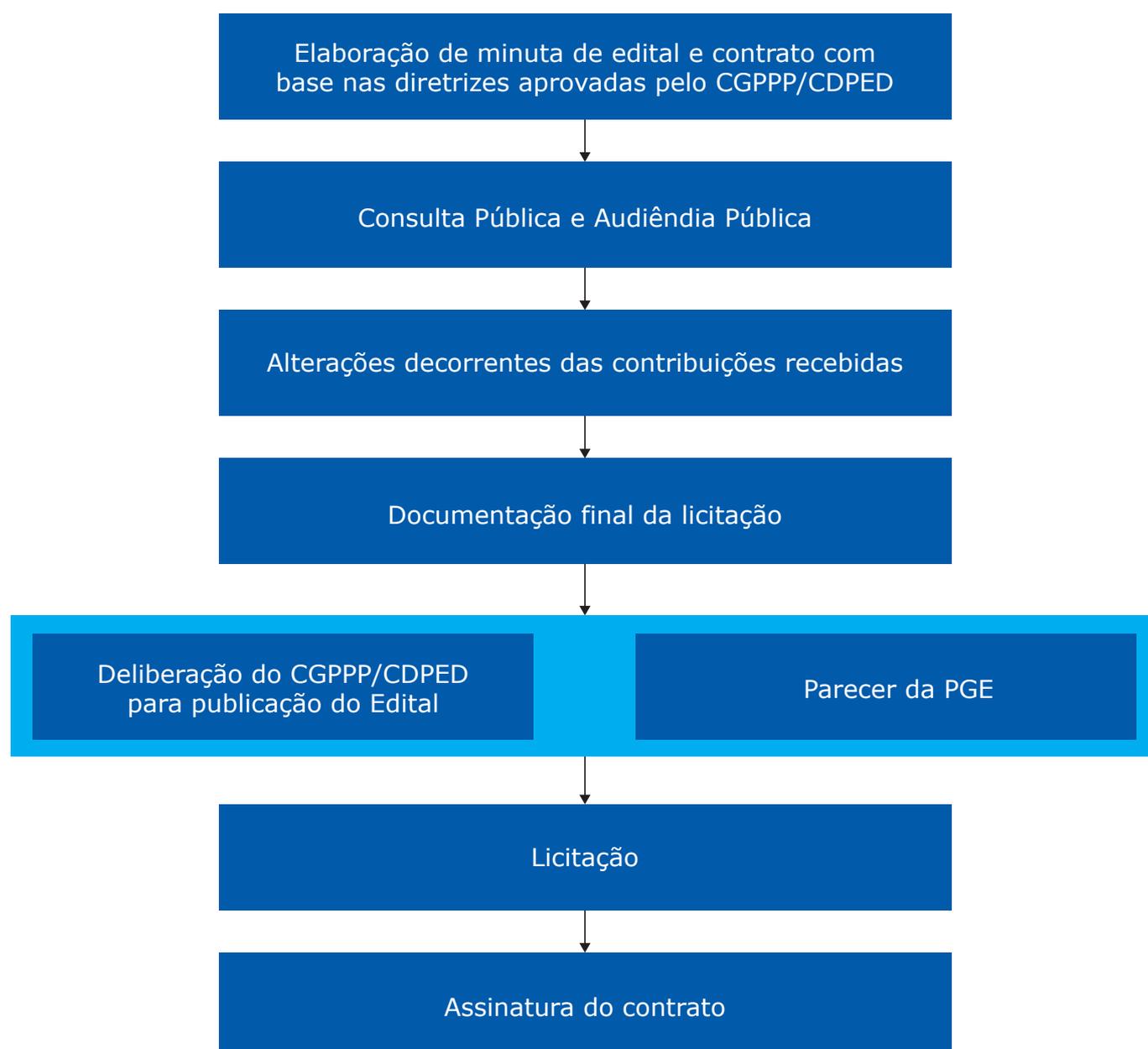
(35) Lei nº 11.079/04, art. 10, § 3º "As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica. "



Adicionalmente, vale lembrar que no Estado de São Paulo, a eventual impossibilidade de processamento da licitação por meio da inversão de fases deverá ser justificada pela autoridade responsável pela licitação no ato em que determinar a abertura do respectivo processo administrativo, nos termos da Lei Estadual nº 6.544/1989 (o estatuto jurídico das contratações da administração pública centralizada e autárquica do Estado), alterada pela Lei Estadual nº13.121/2008, e do Decreto nº 54.010/2009.

A figura a seguir apresenta o fluxo das principais atividades na etapa de licitação.

Figura 15 – Fluxo dos principais procedimentos da Fase de Licitação



8.1. Orientações para elaboração do Edital

O ato oficial que divulga a abertura do procedimento licitatório e estabelece as condições do certame é o edital, sendo suas principais funções:

- Dar publicidade à licitação;
- Identificar o objeto licitado e delimitar o universo da proposta;
- Delimitar o universo de possíveis participantes;
- Estabelecer critérios para a análise e validação dos proponentes e propostas;
- Regular atos e termos processuais do procedimento;
- Estabelecer as regras da futura contratação.

O edital é o instrumento que estabelece todas as regras que regem as condições de participação do certame, o processo de seleção do futuro parceiro privado e a execução do respectivo contrato de parceria, sendo de suma importância a adequada elaboração deste instrumento.

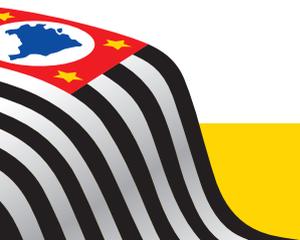
Um dos principais atributos de um edital deve ser a clareza e objetividade de suas disposições, em especial das exigências, as quais devem ser, por um lado, suficientes para se evitar lacunas e, por outro, se restringir àquelas realmente necessárias, evitando-se formalismos excessivos, que não tragam benefícios concretos para o processo.

Recomenda-se que sejam adotadas disposições curtas e diretas. Também é recomendável que as cláusulas do edital sejam organizadas e agrupadas conforme as matérias e fases do processo, facilitando assim a leitura e a compreensão pelos interessados, e mesmo sua aplicação durante todo o procedimento licitatório.

O edital deverá conter as etapas da licitação e as principais escolhas efetuadas pela Administração para a seleção da proposta mais vantajosa. Notadamente, deverá identificar:

- Os critérios para a habilitação dos proponentes, incluindo a apresentação de garantia de proposta;
- Os critérios adotados para o julgamento das propostas;
- As fases da licitação, com previsão ou não de inversão de fases e de lances em viva voz, bem como a indicação dos momentos de recursos;
- Os poderes da comissão de licitação;
- Outros aspectos relevantes para a seleção da futura Concessionária³⁶.

(36) Os principais elementos que devem compor o edital estão detalhados no Anexo 2 do Manual.



Uma vez elaborado o edital, é fundamental que este seja amplamente divulgado³⁷, com um prazo de antecedência compatível com a complexidade dos estudos necessários à elaboração das propostas pelos interessados, respeitados os limites mínimos estabelecidos na Lei Federal de Licitações.

8.1.1. Anexos que integram o edital

Para que o edital cumpra sua função de reger todo o processo de seleção do futuro parceiro privado, bem como todas as características da relação contratual de longo prazo que irá se formar, é preciso que trate de forma clara, objetiva e detalhada de todas as regras e parâmetros que deverão ser observados tanto pelo Poder Público quanto pelo futuro parceiro privado.

Neste contexto, o detalhamento dos diversos aspectos do certame por meio da utilização de anexos ao corpo do edital contribui de forma positiva para a clareza e organização dos conceitos e regras que serão aplicados nas diversas etapas do processo.

Alguns anexos decorrem de exigências legais, como é o caso da minuta de contrato, prevista no art. 40 da Lei Federal de Licitações, e que, portanto, possui caráter vinculativo. Outros, embora não sejam expressamente previstos em lei, visam a estabelecer regras e diretrizes cogentes, como os termos de referência ou anexos com especificações sobre a apresentação das propostas, que possuem, igualmente, caráter vinculante.

Já outros anexos são utilizados para a apresentação de informações complementares ou referenciais aos licitantes, como, por exemplo, a apresentação de um Plano de Negócios Referencial ou de uma pesquisa de mercado realizada para a elaboração da modelagem. Nesses casos, os referidos anexos possuem, em regra, caráter não vinculante, ou seja, seu intuito é apenas conferir maior legitimidade aos estudos que deram origem ao edital e facilitar a elaboração das propostas pelos futuros licitantes.

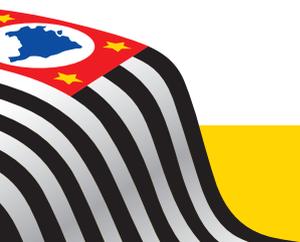
Seja qual for o fundamento do anexo ou sua finalidade (vinculativa, meramente orientativa ou referencial) é importante que o edital os organize de forma sistemática e especifique de forma expressa e clara a relação de anexos existentes, seu fundamento, seu eventual caráter vinculativo e sua finalidade.

(37) Na forma do art. 21 da Lei Federal nº 8.666/93.

Para tanto, recomenda-se, em regra, inclusive para fins didáticos e funcionais, que haja no corpo do edital a relação dos anexos que o compõe, o que poderia ser realizado por meio de uma cláusula que contenha sua enumeração ordenada. Abaixo são apresentados alguns exemplos de anexos que podem, e em alguns casos, devem compor os anexos de um edital de concessão comum ou de PPP.

Tabela 15 – Exemplos de anexos que podem compor o Edital

Anexo	Conteúdo
Requisitos de apresentação das propostas	Possui especificações quanto aos requisitos e formalidades de apresentação das propostas técnica e/ou econômica.
Requisitos de habilitação	Possui especificações quanto aos requisitos e formalidades de apresentação dos documentos de habilitação.
Minuta de contrato	Minuta do contrato de PPP a ser celebrado pelo Estado e o vencedor da licitação.
Caderno de Encargos	Possui obrigações específicas de ambas as partes do contrato, bem como as condições e requisitos relacionados à gestão do empreendimento.
Requisitos da SPE	Requisitos e regras para constituição e funcionamento da Sociedade de Propósito Específico.
Indicadores de Desempenho	Relação de indicadores técnicos, econômico-financeiros e outros que serão mensurados para a avaliação do desempenho da Concessionária.
Mecanismo de mensuração do desempenho	Regras e instrumentos a serem utilizados para a verificação do cumprimento dos indicadores de desempenho pela Concessionária.
Estudos de mercado	Possui o resultado das pesquisas realizadas para identificação da demanda para determinado serviço ou atividade. Pode possuir caráter apenas orientativo.
Projeção de demanda	Estudo com a projeção da demanda para determinado serviço. Pode possuir caráter apenas orientativo.
Plano de Negócios Referencial	Apresentação do modelo de negócios utilizado como referência para a elaboração do projeto, incluindo a projeção de custos, receitas e principais características do empreendimento. Em regra possui caráter apenas orientativo.



Anexo	Conteúdo
Cronograma de obras	Cronograma contendo as fases de obra e os prazos de cumprimento.
Diretrizes ambientais	Possui o conjunto de informações e estudos referentes aos aspectos ambientais do projeto, podendo incluir tanto os estudos já realizados e diretrizes já fixadas, quanto a relação de processos, licenças, autorizações e demais requisitos que deverão ser obtidos pela Concessionária.
Modelo de garantia da proposta	Indicação dos modelos a serem apresentados para as diferentes modalidades de garantia de proposta que deverão ser apresentados pelos licitantes durante a licitação.
Modelo da garantia da contraprestação pública que será prestado pelo Poder Concedente	Descrição e detalhamento da garantia à execução do contrato de PPP a ser fornecida pelo Poder Concedente, podendo incluir, ainda, minutas de contrato com o agente garantidor e documentos relacionados aos ativos oferecidos.
Projetos de engenharia e/ou arquitetura	De acordo com o nível de detalhamento dos projetos a serem fornecidos pelo Poder Concedente, pode conter: o projeto básico, o projeto executivo, ou, em caso de maior liberdade a ser concedida à futura Concessionária, apenas elementos de projeto.
Mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	Apresenta a divisão de riscos do projeto adotada pelo modelo, bem como as hipóteses, os procedimentos, as condições e as demais regras de reequilíbrio econômico financeiro do contrato de PPP.

O Anexo 2 apresenta orientações complementares em relação aos principais elementos de um edital, assim como a respeito da minuta de contrato e caderno de encargos.

8.2. Orientações para elaboração do Contrato

O contrato é o principal instrumento que estabelece o vínculo entre a Concessionária e o Poder Concedente. Ele deverá conter as informações para a execução da concessão comum ou da PPP. Por isso, o contrato deverá ser minucioso na previsão das metas, níveis de serviço, penalidades e demais regras, de forma a tornar o acompanhamento da execução uma simples conferência do cumprimento desses preceitos, reduzindo incertezas para ambas as partes contratantes.

Assim como no caso do edital, as diferentes matérias tratadas no contrato deverão estar agrupadas em diferentes subdivisões que facilitem a leitura e organizem as disposições contratuais, de maneira a evitar regramentos contraditórios ou incompletos ao longo do contrato. Convém, igualmente, que os assuntos que tenham ligação entre si sejam sistematizados e com referências cruzadas, de maneira a facilitar a compreensão não apenas para a futura Concessionária, mas também para o gestor do contrato. Os principais elementos que podem compor um contrato de PPP ou de concessão comum, listados abaixo, estão detalhados no Anexo 2 do Manual³⁸.

- Duração do contrato;
- Valor do contrato;
- Características subjetivas da Concessionária (SPE) (menos frequente em concessões comuns, mas também possível);
- Transferência do controle da Concessionária e alterações estatutárias;

(38) Nos termos da Lei Federal nº 11.079/2004 art. 5o, caput, o contrato de PPP deve prever:

“I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI – o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2o do art. 6o desta Lei.

A lei Federal nº 11.079/2004 prevê ainda que se aplica, no que couber, o art. 23 da Lei Federal nº 8.987/1995, dispositivo que estabelece como cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da Concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a Concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à Concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da Concessionária ao poder concedente;

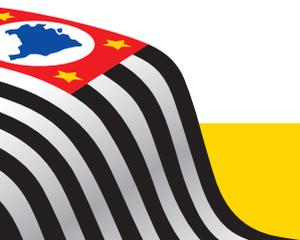
XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da Concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela Concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.”



- Contratações com terceiros;
- Obrigações das partes, subdivididas conforme os núcleos principais do objeto da PPP;
- Certificador da Implantação;
- Fiscalização;
- Verificador Independente;
- Forma de remuneração da Concessionária;
- Mecanismo de pagamento;
- Reajustes;
- Alocação de riscos;
- Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro;
- Seguros;
- Garantia da execução do contrato pela Concessionária;
- Regime de bens da concessão;
- Desapropriação;
- Bens vinculados à concessão e bens reversíveis;
- Reversão dos bens da concessão;
- Sanções e penalidades aplicáveis;
- Mecanismos de solução de conflitos;
- Intervenção;
- Transferência da concessão;
- Caso fortuito e Força maior;
- Extinção da concessão;
- Término do Prazo Contratual;
- Encampação;
- Caducidade;
- Rescisão contratual.

8.3. Orientações para elaboração do Caderno de Encargos

A concessão comum ou PPP poderá contar com um caderno de encargos, destinado a definir de forma detalhada as obrigações do Poder Concedente e da Concessionária em todas as fases de execução do contrato.

Como anexo ao edital, e conseqüentemente do futuro contrato, o caderno de encargos pode desempenhar um papel fundamental na dinâmica da gestão contratual, uma vez que permite às partes uma visualização rápida e sistematizada de seus encargos, especialmente daqueles de caráter mais técnico. Ainda, outros elementos da licitação que possuem impactos direto

nas obrigações das partes também podem ser tratados no caderno de encargos, a exemplo das questões relacionadas aos direitos e deveres dos usuários, à atualização tecnológica, a eventuais alterações e expansões dos serviços, à operação e manutenção do empreendimento, à transparência da informação e às responsabilidades sociais.

Caso seja adotado, é importante que o caderno de encargos seja elaborado de forma clara, objetiva e sistematizada, devendo ser fundamentado nos estudos de modelagem desenvolvidos. Geralmente, um caderno de encargos aborda as seguintes questões relacionadas ao projeto:

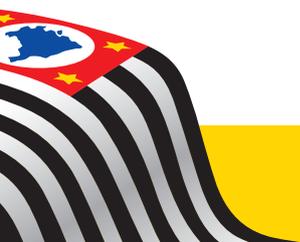
- Obrigações do Poder Concedente;
- Obrigações gerais da Concessionária;
- Obrigações específicas da Concessionária;
- Obrigações comuns às partes;
- Obrigações dos controladores;
- Direitos e deveres dos usuários do serviço concedido;
- Direitos do Poder Concedente e da Concessionária.

8.4. Consulta Pública e Audiência Pública

Os projetos de PPP devem ser objeto de consulta pública³⁹, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias. O aviso de consulta pública deve ser objeto de publicação de aviso na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico. A consulta pública deve informar as justificativas para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e seu valor estimado, bem como fixar prazo para fornecimento de sugestões. O prazo final para as contribuições deverá encerrar-se com pelo menos com 7 (sete) dias de antecedência da data prevista para a publicação do edital.

Durante o prazo de consulta pública, a Administração deverá estar apta a receber, sistematizar e responder as questões e contribuições que lhe forem formuladas pelos interessados. Em geral, a consulta pública se dá pela publicação eletrônica dos principais documentos que formarão o edital de licitação, permitindo-se que as manifestações e contribuições sejam igualmente enviadas, por escrito, no próprio site que disponibiliza as informações do projeto.

(39) Nos termos do inciso VI, art. 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 e do art. 21 da Lei Estadual nº 11688/2004



Não existe previsão de realização de consulta pública para as concessões comuns, mas trata-se de prática usual em projetos de grande impacto social ou econômico, por agregar transparência e aderência dos projetos à realidade dos respectivos setores.

Igualmente, é necessário realizar audiência pública quando o valor estimado para a contratação for superior a R\$150.000.000 (cento e cinquenta milhões de reais)⁴⁰, tanto para PPPs como para concessões comuns. A audiência pública é realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital. A sua realização, incluindo a data e local da audiência, deve ser divulgada com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, pelos mesmos meios previstos para dar publicidade da licitação (publicação no Diário Oficial e em jornais de grande circulação). Na audiência, os interessados poderão apresentar oralmente suas críticas, questionamentos e contribuições para a modelagem da licitação. Poderá ser admitido o envio de questões escritas, a serem lidas pelo Administrador responsável pela condução do procedimento. Esse Administrador deverá responder as questões que forem formuladas durante a audiência, sendo admitida a sua resposta em momento posterior, caso seja necessário maior estudo ou reflexão ou ainda caso não haja tempo para responder a todas as questões formuladas durante a audiência. Ao final do procedimento de audiência pública, será elaborada a respectiva ata, posteriormente disponibilizada aos interessados.

As consultas e audiências públicas destinam-se a atender as seguintes finalidades:

- Instituição de um mecanismo de controle social das parcerias a serem implementadas pela Administração Pública, conferindo maior transparência e publicidade a este processo;
- Abertura do procedimento de elaboração destes projetos à crítica e à formulação de sugestões advindas da própria sociedade civil, agregando-se elementos de consensualidade em sua elaboração e, ainda, dando origem a verdadeira colaboração entre administrados e Administração Pública na conformação final do projeto e/ou dos serviços a serem implementados;
- Fomento do debate público em torno do projeto/ serviço concedido, para a melhoria das premissas e elementos inicialmente planejados para a sua implantação;
- Submissão da estrutura inicial do projeto ao mercado, com o intuito de constatar a aceitação de seus termos e verificar o potencial interesse da iniciativa privada em participar do futuro certame licitatório.

(40) Nos termos do art. 39, caput, da Lei Federal nº 8.666/1993, cuja aplicação é subsidiária.

Em razão destas finalidades, as audiências e consultas públicas devem ser orientadas à promoção de uma participação efetiva dos cidadãos e da iniciativa privada. Poderão ser adotadas algumas medidas para se evitar que sua realização seja exclusivamente formal, dentre as quais:

- A adequação dos prazos de divulgação e disponibilização dos documentos em função da complexidade do projeto ou do período de consulta ou audiência. Muito embora a Lei de PPPs defina prazos mínimos para a realização das consultas, o administrador poderá instituir períodos mais longos;
- Reservar um período maior entre o encerramento do período de contribuições e a data planejada para a publicação do edital, a depender da complexidade do objeto da parceria. Apesar de a Lei Federal de PPPs prever um prazo mínimo de 7 dias entre um momento e outro, este pode não ser suficiente para a adequada análise, resposta e incorporação das críticas pertinentes ao projeto recebidas durante a consulta ou audiência públicas;
- Escolha, por parte da Administração Pública, da quantidade e do nível de detalhamento dos documentos disponibilizados durante os procedimentos de consulta ou audiência. Nem sempre será recomendável a publicação integral de todos os documentos, caso sejam muito detalhados e extensos. De modo geral, é interesse da Administração e dos licitantes o acesso à maior quantidade de informações possível nessa fase, de maneira a obter maior retorno sobre o seu conteúdo e a dar maior concretude ao projeto. A Administração deverá se orientar pela efetividade dos procedimentos de consulta ou audiência pública, divulgando aqueles documentos que efetivamente incitem o debate e permitam a colheita do maior número de contribuições possíveis;
- Postura responsiva da Administração Pública em relação às contribuições recebidas ao longo do procedimento de consulta ou audiência pública, por meio de publicação de documento, ao final do procedimento, com as recomendações e críticas que foram incorporadas ao projeto e aquelas que foram rejeitadas, em ambos os casos, com a publicação das devidas justificações. Ressalte-se que a resposta a estes questionamentos, apesar de recomendável, não consiste em uma obrigação legal. Entretanto, é importante demonstração de compromisso da Administração Pública com os instrumentos de participação da sociedade civil, contribuindo diretamente para a efetividade destes últimos;
- Caso considere adequado, e a depender de cada caso, a Administração poderá ainda realizar diferentes rodadas de consultas ou audiências públicas, eventualmente segregando-as a determinada matéria que tenha se mostrado especialmente polêmica ou que admita diferentes soluções, com vistas a garantir o efetivo debate com potenciais interessados e com a sociedade civil, de maneira a obter o melhor aproveitamento das sugestões e contribuições ao projeto.



Qualquer que seja o mecanismo utilizado, deverá ser garantida a ampla participação dos interessados, bem como a igualdade de oportunidades e a isonomia no tratamento dos participantes.

Para assegurar a legalidade destes procedimentos e da futura contratação, sugere-se a adoção das seguintes medidas:

- Publicação de informações existentes sobre o projeto, sobretudo, os estudos técnicos e documentos;
- Atribuição de ampla publicidade à realização de eventuais reuniões, com a finalidade de permitir que todos os interessados possam realizá-las;
- Publicação de atas das reuniões, contendo uma síntese dos pontos discutidos, das críticas, dúvidas e recomendações apresentadas pelos particulares, resguardadas eventuais informações comerciais estratégicas dos futuros licitantes.

8.5. Licitação

Previamente à publicação do edital de licitação, o projeto deverá ser submetido para a deliberação do Conselho Gestor e parecer formal da PGE. Ainda, a Lei Estadual nº 6.544/1989, que regulou as licitações e contratos no âmbito da Administração Estadual, e o Decreto nº 54.010/2009, prevêm a obrigatoriedade de inversão de fases nas licitações realizadas no âmbito da administração direta e indireta do estado de São Paulo. Tal obrigação se estende inclusive às concessões comuns e PPPs⁴¹. Assim, a eventual impossibilidade de processamento da licitação por meio da inversão de fases deverá ser justificada pela autoridade responsável pela licitação no ato em que determinar a abertura do respectivo processo administrativo.

Nas hipóteses em que os projetos contem com o financiamento de organismos internacionais, a estruturação da PPP deverá observar não apenas as regras nacionais sobre o tema, mas também as regras que cada uma das entidades internacionais de financiamento estipula para a concessão de crédito, nos termos do art. 42, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/1993.

Merece destaque a atuação de agentes financiadores internacionais, tais como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Japan Bank for International Cooperation (JBIC), sem prejuízo de outros, que recorrentemente têm figurado como financiadores de projetos nacionais, em especial no Estado de São Paulo.

(41) Nos termos do previsto no parágrafo único do artigo 1º do referido Decreto:

“Artigo 1º, parágrafo único. As licitações realizadas para a concessão de serviços públicos e para a contratação de Parcerias Público-Privadas deverão atender à inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nos termos previstos, respectivamente, no artigo 18-A da Lei Federal nº 8.987/95, e no artigo 13 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.”

Exemplo desta experiência no financiamento internacional de projetos é a PPP da Linha 4 do Metrô do Estado de São Paulo, que contou com apoio financeiro tanto do Banco Mundial, via aportes do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), quanto do JBIC. A tendência é a expansão destas experiências, sobretudo em virtude dos acordos firmados entre o Governo do Estado de São Paulo e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2015, para que este órgão multilateral possa fornecer garantias a projetos de PPPs do Estado, mediante atuação como agente garantidor de créditos junto à Companhia Paulista de Parcerias (CPP).

8.6. Condicionantes para assinatura do contrato

Concluída a licitação, uma série de requisitos, estabelecidos no edital, devem ser cumpridos para a assinatura do contrato, incluindo o ressarcimento dos estudos, nos casos em que houver. A Unidade de PPP poderá atuar apoiando e orientando o Órgão Setorial nesta etapa de forma que o contrato possa ser firmado pelos agentes público e privado.

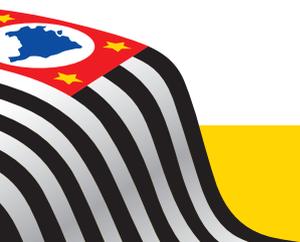
8.6.1. Ressarcimento dos estudos

No caso de estudos realizados por particular, caberá ao vencedor do certame ressarcir os custos dos estudos utilizados pelo poder público na modelagem final aprovada,⁴² conforme previsto no edital de licitação alusivo à parceria. Note-se que o ressarcimento pode ser proporcional ao aproveitamento dos estudos apresentados pelo privado e efetivamente utilizados pelo poder público, nos termos dos critérios apresentados do Chamamento Público (v., sobre o tema, o item 5.1.2 deste Manual).

Por isso, é de suma importância que os critérios de ressarcimento constem expressamente do edital de chamamento público e sejam fundamentados em prévia justificativa técnica, que poderá basear-se na complexidade dos estudos ou na elaboração de trabalhos similares, bem como em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade⁴³.

(42) Nos termos do art. 28 do Decreto Estadual nº 61.371/2015.

(43) Nos termos do art. 28 do Decreto Estadual nº 61.371/2015.



O Decreto Estadual nº 61.371/2015 prevê que na fixação dos critérios de ressarcimento devem ser considerados um ou mais dos seguintes parâmetros:

- O valor nominal máximo e forma de seu reajuste, que serão definidos no edital de chamamento público;
- O percentual a ser calculado com base no valor total estimado previamente pela Administração Pública para os investimentos necessários à implementação do empreendimento, ou para os gastos necessários à operação e à manutenção da parceria durante o período de vigência do contrato, prevalecendo o valor maior;
- A remuneração variável relativa aos ganhos de eficiência e economicidades a serem obtidos pela Administração Pública, de acordo com a modelagem que embasar a respectiva licitação, tais como receitas acessórias, técnicas ou tecnologias alternativas e diferenciação nos projetos, mantido inalterado o objeto da parceria. A remuneração variável deve ser proporcional à economia para a Administração Pública advinda dos estudos apresentados.

Na ocasião em que diferentes autorizados a realizar os estudos propuserem ganhos de eficiência e economicidades semelhantes sob as perspectivas técnica e econômica, o ressarcimento será repartido de maneira proporcional à contribuição de cada um.

Cabe destacar que o valor de ressarcimento – fixado pelo CDPED ou pelo CGPPP - deve ser compatível com os custos dos correspondentes estudos, demonstrados mediante planilha orçamentária, não podendo ser superior ao valor que seria gasto pela Administração Pública na contratação de consultoria especializada para o mesmo fim.

8.6.2. Constituição da SPE e formalização do contrato de PPP

Diversamente das concessões comuns, uma das características da PPP é a obrigatoriedade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo vencedor da licitação, seja este vencedor uma entidade ou um consórcio, nos termos do art. 9º da Lei Federal de Parcerias Público-Privadas. Assim, uma vez homologado o processo licitatório e adjudicado o objeto ao vencedor, é dever do licitante vencedor constituir a SPE e cumprir outras eventuais obrigações constantes do edital para que seja assinado o contrato de PPP com o Poder Concedente. Embora a legislação aplicável às concessões comuns não contenha esta obrigatoriedade, ela contempla a possibilidade de exigir que o licitante vencedor constitua empresa anteriormente à celebração do contrato.

A seguir são apresentados exemplos das diretrizes para constituição da SPE adotadas nos Editais de PPPs contratadas no Estado de São Paulo.

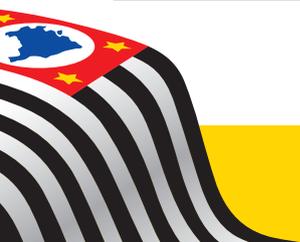
Exemplo 10 – Diretrizes para Constituição de SPE adotadas em PPPs no Estado de São Paulo

Em geral, os editais preveem que o vencedor do certame deverá constituir uma SPE, sob a forma de sociedade anônima, autorizada a emitir valores mobiliários em mercados regulamentados. Há previsão de patrimônio líquido mínimo e de capital social mínimo, a ser apresentado pela SPE. Não se admite o exercício de atividade distinta do contrato de concessão.

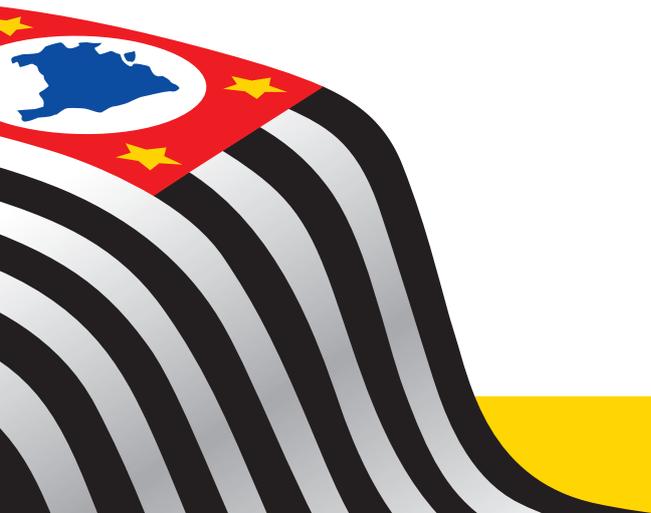
Deverá obedecer aos padrões de governança corporativa e adotar contabilidade de demonstrações financeiras padronizadas, conforme a legislação societária. O Estatuto Social da SPE deverá vedar a alteração de seu objeto social e deverá submeter à prévia aprovação do Poder Concedente algumas deliberações que possam afetar a prestação dos serviços concedidos. Na PPP Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo, foi prevista a criação de uma SPE para cada lote da licitação. Para o Lote 02, previu-se de- ver de a SPE constituir filial para gerir cada um dos Complexos Hospitalares.

Nas PPPs da Linha 4 e da Linha 6 do Metrô há a particularidade de que a Concessionária deve assumir a forma de sociedade anônima de capital aberto, autorizada a emitir valores mobiliários em mercados regulamentados. A seguir são apresentados os itens do Edital que discorrem sobre a Constituição da SPE em cada PPP contratada no Estado de São Paulo.

- **PPP Alto Tietê:** Alínea G, item 1 – Condições a serem observadas pela licitante vencedora com anterioridade a formalização do contrato de concessão – Item 1 – Da constituição da SPE.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 18
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Itens 7.3.7, 10.1 e 10.2.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Itens 13 e 14
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 15
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Itens 13 e 14
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 19
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 16
- **PPP Nova Tamoios:** Item 20



Uma vez assinado o contrato de parceria – concessão comum ou PPP, seu extrato deve ser publicado no Diário Oficial. Em regra, os contratos são publicados também no sítio eletrônico do Poder Concedente, garantindo assim a publicidade dos termos da contratação realizada pelo Estado, requisito fundamental para a validade dos atos perante terceiros e para garantir a realização da fiscalização e controle da concessão pelos agentes responsáveis. A assinatura do contrato marca a conclusão da Fase de Licitação e conseqüente início da Fase de Gestão do Contrato.



9. FASE DE GESTÃO DO CONTRATO

9.1. Acompanhamento, fiscalização e controle do contrato de parceria pelo Poder Concedente

A execução dos contratos de concessão comum e PPP deve ser acompanhada pelo Governo, com o objetivo de avaliar o cumprimento do que foi acordado e a eficiência na prestação do serviço, por meio de critérios objetivos previamente definidos. A gestão do contrato é realizada diretamente pelo Órgão Setorial que firmou o contrato de concessão, podendo este articular-se com a Subsecretaria de Parcerias e Inovação para isso.

Entre as principais atribuições do acompanhamento do contrato, encontra-se a gestão do desempenho da Concessionária. Como apresentado, um dos diferenciais da PPP é a possibilidade de atrelar a remuneração do parceiro privado à qualidade do serviço prestado, por meio de indicadores de desempenho. Para que esse recurso seja efetivo e os resultados projetados sejam alcançados, é importante que o desempenho da Concessionária seja rigidamente fiscalizado pelo Poder Concedente de cada contrato. É recomendado, ainda, que a avaliação de desempenho seja realizada por um Verificador Independente, devendo, neste caso, estar previsto no contrato. Os mecanismos de gestão de desempenho e de contratação de Verificador Independente podem igualmente estar presentes em um contrato de concessão comum.

O cumprimento das principais obrigações contratuais, e especialmente aquelas que estejam relacionadas a algum marco ou pagamento específico (como, por exemplo, o início do pagamento da contraprestação ou os aportes de recursos públicos a serem realizados durante a etapa de implantação) também deverão ser objeto da fiscalização atenta do Poder Concedente, com a finalidade de garantir a fiel execução do contrato, evitar atrasos ou desequilíbrios contratuais.

9.2. Agentes envolvidos na etapa de Gestão do Contrato

Embora o acompanhamento e gestão do contrato seja de responsabilidade do Órgão Setorial, outros órgãos estão envolvidos no acompanhamento do contrato, inclusive para assessorar o Órgão Setorial de forma célere em questões específicas que possam surgir ao longo do contrato.

9.2.1. Atribuições da Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CAC PPP)

As unidades, comissões e demais instâncias de acompanhamento e fiscalização dos contratos de Parcerias devem remeter relatório mensal sobre atividades desempenhadas no período à CAC PPP, e cabe a esta deliberar sobre tais relatórios. Ainda devem ser submetidos à avaliação e consentimento da CAC, com o apoio da Subsecretaria de Parcerias e Inovação:

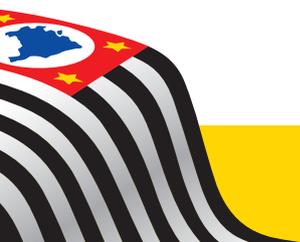
- O início de qualquer análise ou implementação de pedido de recomposição do equilíbrio contratual;
- O início do procedimento de arbitragem para solução de controvérsias;
- A aceitação do cronograma físico-financeiro dos investimentos das Concessionárias, compatível com o cronograma de pagamentos e demais obrigações do Poder Concedente;
- A aceitação de qualquer alteração no controle acionário das Concessionárias;
- A formalização de Termos de Recebimento pelos entes contratantes, caso a conclusão dos contratos tenha ou possa acarretar impacto financeiro ou orçamentário;
- A execução das garantias contratuais das Concessionárias; e
- Decisões de intervenção, encampação, rescisão, anulação ou caducidade dos contratos de PPP.

A CAC PPP também delibera sobre documentos a ela submetidos, manifestando-se conclusivamente sobre os procedimentos que melhor atendam aos interesses do Estado.

9.2.2. Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Gestor de PPP

No âmbito do Programa de PPP do Estado de São Paulo, o Conselho Gestor possui entre suas atribuições a de fiscalizar a execução das Parcerias Público-Privadas contratadas no Estado de São Paulo, devendo para tanto, opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de PPP⁴⁴. Ainda, no Relatório Semestral remetido pelo Conselho Gestor à Assembleia Legislativa, devem ser contempladas informações a respeito da execução destes contratos.

(44) Lei Estadual nº 11.688/2004 Art. 3º, §5º - das atribuições do conselho gestor



9.2.3. Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Diretor do Programa Estadual de Concessões

O CDPED possui relevante papel no acompanhamento dos Contratos de Concessão Comum do Estado de São Paulo. Enquanto entidade do Programa Estadual de Desestatização – PED, é sua atribuição a gestão superior do Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de Obras de Infra-Estrutura, nos termos do Decreto Estadual nº. 41.150/1996.

9.2.4. Acompanhamento do contrato por Agências Reguladoras

O acompanhamento do contrato de concessão por parte das Agências Reguladoras, ou do ente que seja responsável pela regulação pública do contrato, terá duas vertentes principais. A primeira trata dos aspectos econômico-financeiros, envolvendo a apuração de resultados do projeto de concessão. O acompanhamento econômico-financeiro terá como objetivo acompanhar a execução de condições financeiras contratuais, como a aplicação de reajustes de tarifa, contraprestação e aporte de recursos. Terá também como objetivo verificar eventuais desequilíbrios contratuais, apurar a eventual responsabilidade de um dos entes pelo desequilíbrio e propor medidas compensatórias, nos termos da legislação geral e dos aspectos específicos do Contrato.

A segunda vertente, por sua vez, abordará os temas técnicos, incluindo:

- A recepção de críticas trazidas pelos usuários e demais agentes envolvidos no processo de implementação e prestação de serviços envolvidos no contrato;
- O acompanhamento dos indicadores de desempenho dos serviços prestados pela Concessionária;
- O acompanhamento da gestão de riscos públicos envolvidos no projeto de concessão.

9.2.5. Acompanhamento do contrato pela Assembleia Legislativa do Estado

Pode-se afirmar que um acompanhamento dos contratos de PPP é igualmente efetuado pela Assembleia Legislativa do Estado, a partir do relatório semestral a ela remetido pelo Conselho Gestor, em atendimento ao disposto no artigo 3º, § 9º, da Lei nº 11.688/2004. Trata-se de relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e de desempenho dos contratos de Parceria Público-Privadas.

Adicionalmente, o Presidente do Conselho Gestor e o Secretário de Economia e Planejamento devem comparecer, semestralmente, à Assembleia Legislativa, para prestar esclarecimentos sobre as atividades do órgão e apresentar os resultados auferidos no semestre.

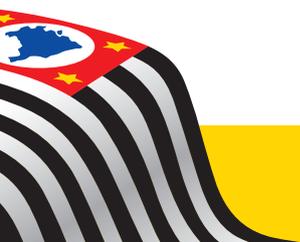
9.2.6. Acompanhamento do Contrato pelo TCE-SP

Conforme a Instrução nº 01/2008 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, devem ser enviadas, até o dia 15 de cada mês, cópia dos contratos de PPP e concessão comum celebrados no mês anterior. O contrato deve ser enviado pelo respectivo Poder Concedente, e ser acompanhado dos documentos elencados na referida Instrução, incluindo, no caso de PPPs, aqueles que foram necessários para inclusão definitiva do projeto no Programa de PPP.

Para fins de fiscalização e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelo parceiro contratado, o Poder Concedente encaminhará ao TCE no prazo de 30 (trinta) dias após a data de aniversário de cada vigência contratual, cópia de documentos referentes à execução contratual no período, incluindo de forma não exaustiva⁴⁵:

- Certidão com o nome dos integrantes dos órgãos responsáveis pela fiscalização da concessão/permissão, nos termos dos artigos 3º e 30, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.987/1995, com os respectivos períodos de gestão, afastamentos e substituições;
- Relatório contendo as obrigações da Concessionária para cumprimento do cronograma físico-financeiro de execução das obras e serviços vinculados ao contrato de concessão ou ao contrato de PPP;
- Relatório contendo a manifestação expressa da autoridade competente quanto à regularidade dos atos, da satisfação e da atualidade dos serviços prestados, tanto dos contratos

(45) Lei Estadual nº 11.688/2004 Art. 3º, §5º - das atribuições do conselho gestor



de concessão quanto dos de PPP⁴⁶. Para os contratos de PPP, importa também manifestação quanto à observância das diretrizes definidas no artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 e das providências adotadas nos casos de constatação de alguma irregularidade ou acionamento de garantias por descumprimento das normas estabelecidas no contrato de PPP;

- Demonstrativo das eventuais receitas arrecadadas pelo Poder Concedente decorrentes do contrato de concessão ou do contrato de PPP;
- Homologação de reajustes e revisão de tarifas, decorrentes do contrato de concessão ou contrato de PPP;
- Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou do contrato de PPP, em função de quaisquer alterações ocorridas;
- Relação das eventuais alterações ocorridas na composição acionária da contratada;
- Publicação do balanço patrimonial da contratada, acompanhado dos respectivos demonstrativos e notas explicativas;
- Na hipótese de extinção da concessão, distrato acompanhado de sua publicação e da documentação relativa ao retorno à contratante dos bens reversíveis, dos direitos e privilégios transferidos à Concessionária nos contratos de concessão e PPP. Particularmente para os contratos de PPP, a documentação relativa às transferências para indenizações aos legítimos financiadores do projeto bem como ressarcimentos a créditos de fundos e empresas estatais garantidores da PPP.

A documentação a ser apresentada para os contratos de PPP envolve ainda:

- Demonstrativo financeiro das contraprestações públicas;
- Declaração de utilidade pública para efeito de desapropriação do(s) bem(ns) que, por sua(s) característica(s), seja(m) apropriado(s) ao desenvolvimento do objeto do contrato de PPP.

9.2.7. Acompanhamento do contrato pela Secretaria do Tesouro Nacional

A Lei Federal de PPP, em seu art. 28, determina que a União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados se:

- A soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício; ou

(46) "Cópia dos relatórios exarados pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da concessão e/ou permissão mencionadas no inciso anterior; relatório contendo a manifestação expressa do Secretário da Pasta quanto à regularidade dos atos e às providências adotadas no caso de constatação de alguma irregularidade ou descumprimento das normas estabelecidas nos contratos de concessão e/ou permissão;"

- Se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios⁴⁷.

Neste sentido, o Estado deve encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação de Parcerias Público-Privadas, as informações necessárias para cumprimento da determinação, sendo que tais limitações devem ser acompanhadas durante toda a vigência contratual.

Adicionalmente, importante ressaltar que a Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) estabelece normas a serem observadas para o registro contábil dos contratos de PPP.

Não há previsão do gênero incidente sobre as concessões comuns.

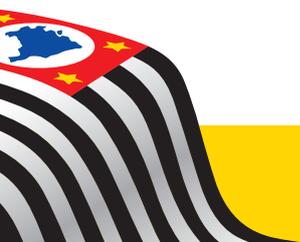
9.2.8. Certificador de Implantação

O Certificador de Implantação (CI) é responsável por aferir se as diretrizes, projetos de engenharia e as obras concebidas e desenvolvidas no âmbito do projeto estão em plena conformidade com os objetivos do contrato firmado entre a Concessionária e o Poder Concedente. Esta contratação é uma ferramenta útil tanto em projetos em que há aportes de recursos públicos, assim como em outros que apresentem uma necessidade de acompanhamento mais efetivo na fase de implantação do projeto.

O CI analisa a adequação da concepção e a conformidade das obras realizadas, oferecendo assistência técnica sólida, externa e independente, podendo se estender a novas atividades que por ventura necessitem de avaliação, validação ou acompanhamento de uma entidade imparcial.

As atividades do CI podem ser realizadas tanto por verificação amostral, quanto por definição de marcos dentro do período do contrato para acompanhamento e controle de sua evolução. No decorrer das ações executadas, são emitidas Certificações dos eventos contratuais na etapa de implantação, acompanhados de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as diretrizes inclusas no edital e seus anexos, normas nacionais ou internacionais e demais técnicas e métodos aplicáveis.

(47) Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012.



Tais atividades diferem do escopo do gerenciamento e fiscalização do projeto, o qual pode ser realizado diretamente pela Concessionária ou ainda por um terceiro por ela contratado (empresa denominada "Gerenciadora" da obra).

Ao CI pode ser atribuído o desenvolvimento do plano de trabalho, do qual constará a descrição das atividades de verificação e validação, a serem realizadas com base nas entregas da Concessionária e de eventual Gerenciadora. Para tanto, o contrato de deverá prever de maneira objetiva as obrigações e responsabilidades de cada uma das partes, de maneira a garantir o controle e a otimização de cada uma das etapas dos projetos.

Os serviços prestados pelo Certificador de Implantação podem ser descritos através das seguintes obrigações:

- Validação dos procedimentos e resultados, com base em normas incidentes e melhores práticas;
- Verificação do cumprimento de diretrizes mandatórias;
- Aferição dos bens;
- Avaliação dos bens reversíveis;
- Realização de reuniões periódicas de acompanhamento; e
- Manifestações sobre pedido de modificação de diretriz mandatória.

A atuação do CI é conexa às especificações constantes no Edital, podendo compreender as seguintes atividades:

- Engenharia, contemplando atividades como:
 - Avaliação do processo de elaboração do projeto de concepção do empreendimento;
 - Avaliação da conformidade do projeto executivo e dos outros produtos de engenharia, especialmente com as normas e regulamentos e com os requisitos estabelecidos nos diferentes procedimentos operacionais específicos;
 - Verificação do cumprimento de análises técnicas para o desenvolvimento do projeto;
 - Verificação do Plano Diretor de Qualidade da Concessionária e seus contratantes principais;
 - Avaliação e monitoramento do Plano de qualidade ambiental;
 - Avaliação e monitoramento do Plano de gestão de riscos;
 - Avaliação da relevância e adequação de programas de controle, testes e ensaios;

- Avaliação do Plano de manutenção;
 - Avaliação dos desenhos “as built”;
 - Monitoramento de programas de controle, testes e ensaios; e
 - Participação na inspeção final da obra.
- Gerencial, contemplando atividades como:
 - Monitoramento do planejamento (conformidade dos cronogramas com o contrato, analisando principalmente as tarefas críticas e aos principais eventos);
 - Controle de tratamento de não conformidades detectadas;
 - Verificação do cumprimento dos marcos para liberação dos aportes públicos;
 - Controle e análise dos documentos apresentados pela Concessionária ao Poder Concedente;
 - Avaliação da conformidade da implantação das obras conforme o projeto executivo e as diretrizes ambientais e de segurança.

Exemplo 11 – Previsão de contratação de Certificador da Implantação em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** A Cláusula 21.3 determina que a certificação das obras para fins de desembolso do aporte é atribuição do Poder Concedente, entretanto, o Contrato faculta a Contratação de CI para realizar esta função.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 9/ Anexo XIII – Da Certificadora da Implantação. O contrato da Linha 6 contém previsão de que a remuneração da CI, a ser paga pela Concessionária, não será condicionada ao aceite pelo Poder Concedente dos serviços medidos. De outro lado, não há previsão de que o Poder Concedente deverá figurar como Interviente no contrato firmado entre a Concessionária e a CI.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 9/ Anexo XII – Da Certificadora da Implantação. A CI será encarregada de emitir certificações por meio de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as etapas e suas especificações técnicas constantes do contrato e seus anexos, bem como das normas nacionais e internacionais, técnicas e métodos aplicáveis.



- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 11.2, há previsão de contratação de certificadora de implantação durante a fase de implantação do empreendimento para acompanhar as atividades desempenhadas pela Concessionária. A CI será contratada pelo Poder Concedente e encarregada de emitir certificações por meio de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as etapas e suas especificações técnicas constantes do Contrato e seus anexos, bem como das normas nacionais e internacionais, técnicas e métodos aplicáveis.
- **PPP Nova Tamoios:** A Cláusula 25.3 determina que a ARTESP será responsável pela fiscalização e verificação do efetivo cumprimento, pelo Parceiro Privado, dos Eventos para o Desembolso de Aporte do Recurso (Anexo XV) e do Cronograma Executivo do Trecho Serra – SP 099 apresentado pelo Parceiro Privado, podendo, a seu critério, contratar fiscalizadora ou entidade certificadora para auxiliá-la nestas atribuições.

De maneira geral, os contratos que preveem a figura da CI atribuem a esta a função de averiguar se as obras realizadas atendem aos requisitos de engenharia exigidos para a contratação (planos, projetos, soluções), se os aspectos gerenciais da contratação estão sendo cumpridos (gestão do contrato, planejamento, supervisão e controle das obras, atendimento a padrões de segurança e de preservação ambiental). Também incumbe à CI a expedição das liberações para operação, que depende do atendimento, pela Concessionária, de requisitos técnicos contratualmente previstos.

9.2.9. Verificador Independente

As atividades de fiscalização do contrato pelo Poder Concedente poderão contar com o apoio de um terceiro especializado, denominado Verificador Independente (VI). Esta é uma prática comumente usada em projetos como forma de garantir a neutralidade, conhecimento técnico e imparcialidade do ente responsável pela aferição ou quantificação do cumprimento das obrigações previstas no contrato.

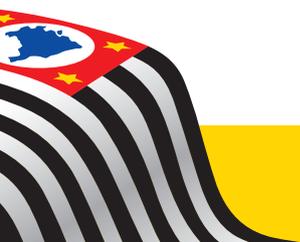
O Verificador Independente é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração e desempenho (indicadores de qualidade) e no mecanismo de pagamento, constantes no edital.

As características do Verificador Independente, bem como a forma de seleção, contratação e pagamento dos seus serviços, deverão estar previstas no contrato. Embora a contratação e o pagamento do Verificador Independente possam ser feitos tanto pelo Poder Concedente quanto pelo parceiro privado, dependendo da previsão contratual, a contratação do VI será sempre submetida à aprovação do Poder Concedente. Quando da contratação do VI pelo Poder Concedente, reduz-se o risco de captura ou opacidade nos critérios de seleção. Por outro lado, a contratação realizada pela Concessionária tende a trazer maior flexibilidade na definição do escopo do VI e maior celeridade no processo de contratação. Independentemente de qual das partes seja responsável pela contratação ou pagamento do Verificador, é necessário que haja a garantia de sua idoneidade e imparcialidade para ambas as partes.

Instituído para mitigar riscos e agregar valor aos contratos, o VI é responsável por auxiliar tecnicamente o Poder Concedente e a Concessionária a atingirem os objetivos da concessão. Nesse sentido, ele poderá otimizar a eficiência do sistema de monitoramento e controle de desempenho, mantendo-o alinhado com os objetivos estratégicos da contratação. O VI poderá ser encarregado da revisão dos próprios indicadores, eventualmente recomendando indicadores mais adequados e seus respectivos níveis de serviços, de forma a assegurar o melhor uso dos recursos do projeto.

Ainda no que diz respeito ao monitoramento de desempenho, o Verificador Independente será o responsável por realizar as medições de qualidade dos serviços prestados, que por sua vez, serão utilizadas para determinar o valor da remuneração da Concessionária. A remuneração variável conforme o atendimento ou não dos parâmetros de qualidade estipulados no contrato é uma das inovações do regime legal das PPPs, e consiste em um dos instrumentos indutores de eficiência sobre a prestação de serviços e voltados à garantia do cumprimento dos objetivos da contratação.

A medição do atendimento destes parâmetros de qualidade por um Verificador Independente é recomendável para assegurar maior imparcialidade na mensuração, evitando arbitrariedades ou conflitos de interesses que poderiam afetar a remuneração do particular. Como destacado acima, o VI atuará de maneira neutra em relação às partes contratuais, orientando-se por normas técnicas e pelos critérios indicados no sistema de mensuração dos serviços e desempenho (indicadores de qualidade) previstos no contrato e no edital. Isto confere maior previsibilidade e segurança para o parceiro privado, o que reduz os riscos envolvidos na contratação e, conseqüentemente, os seus custos.



É também possível atribuir ao Verificador Independente o papel de promover o constante alinhamento entre as partes, assegurando a integração e o fluxo racional de comunicação, atuando de forma transparente e consistente na aferição do desempenho e realizando a gestão de pleitos, em casos de divergência, por meio do fornecimento de informações técnicas necessárias para a sua adequada apreciação (suporte técnico).

Outra importante competência que poderá ser atribuída ao Verificador Independente é o monitoramento dos bens reversíveis envolvidos na concessão comum ou PPP. É frequente nestas modalidades contratuais que determinados bens imprescindíveis para a continuidade da prestação dos serviços delegados sejam transferidos ao Poder Concedente ao fim da execução contratual. Para efetuar esta transferência, demanda-se uma análise técnica apta para verificar que os bens a serem revertidos estejam em adequadas condições de operação ao final do período do contrato.

No nível operacional, o VI pode monitorar e garantir a visibilidade do desempenho do empreendimento, permitindo o aprimoramento da execução e a correção ágil de eventuais falhas. Além disso, o VI poderá efetuar análises de confiabilidade dos dados produzidos pela Concessionária a respeito do desempenho da operação, garantindo a transparência do projeto. O VI pode vir a suportar tecnicamente eventuais ajustes nos pagamentos da Concessionária, sempre assegurando a remuneração justa, de acordo com o estabelecido em contrato mediante a análise do desempenho dos serviços prestados.

Em termos práticos, o Verificador Independente é responsável por preparar e aplicar os fluxos de processos necessários para aferição de desempenho da Concessionária, bem como dispor de infraestrutura lógica de Tecnologia de Informação para verificação dos indicadores e conseqüente cálculo do pagamento a ser feito pelo Poder Concedente. Ele poderá assumir as atividades a seguir relacionadas:

- Cálculo da variação da contraprestação pública;
- Desenho dos Processos para Monitoramento e Controle do Desempenho;
- Diagnóstico e Recomendação para Atualização Tecnológica;
- Proposição e Operação do Sistema para Monitoramento e Controle;
- Criação de Painel de Controle para Gestão de Indicadores;
- Monitoramento de desempenho;
- Gerenciamento de riscos;
- Gestão de conhecimento;

- Desenho do padrão de governança de dados;
- Estabelecimento de padrões de rastreabilidade e monitoramento de dados;
- Adequação do sistema de mensuração de desempenho;
- Gestão dos contratos;
- Estudo de viabilidade técnica e econômica;
- Avaliação técnica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- Cálculo dos reajustes de valores previstos no contrato; e
- Realização de pesquisa de satisfação dos usuários.

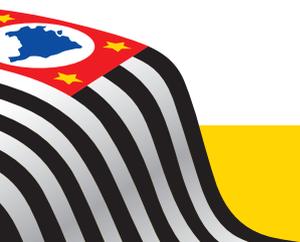
Ressalta-se que a competência de aplicar multas não pode ser atribuída ao VI, assim como a Administração não pode se omitir de sua obrigação de acompanhar o fiel cumprimento do contrato. A atuação do VI é voltada à realização de atividades auxiliares e de suporte.

Sistemas informatizados de monitoramento dos serviços – como, por exemplo, aqueles que franqueiam ao Poder Público o acesso pleno, ininterrupto e em tempo real (on-line) às informações essenciais do desempenho da Concessionária - podem, muitas vezes, ser suficientes para garantir a segurança e a imparcialidade de aferição dos índices definidos em contrato.

Em sentido contrário, a contratação de um VI será oportuna, em especial, em projetos de PPP em que a aferição do atendimento aos padrões de qualidade dos serviços, a análise de processos, o cálculo da variação da contraprestação pública e as demais atividades que podem ser atribuídas ao VI apresentem grande complexidade, dependam da aplicação de metodologias específicas e demandem conhecimentos específicos por parte dos responsáveis por sua avaliação. Nestas circunstâncias, a transferência destas atividades a um Verificador Independente é recomendável pelas seguintes vantagens:

- Capacidade de reunir, com maior facilidade, um corpo de profissionais qualificado nos diversos setores necessários para a adequada avaliação dos serviços desempenhados;
- Maior garantia de imparcialidade em relação às partes do contrato;
- Consequente desempenho das suas atividades com maior neutralidade;
- Aumento da transparência da execução dos serviços na PPP, pois as informações dadas pelo Verificador Independente, em regra, devem ser colocadas à disposição da Administração Pública e dos usuários interessados.

Por fim, vale ressaltar que a contratação do Verificador Independente torna-se vantajosa frente ao custo benefício que ela proporciona ao contrato.



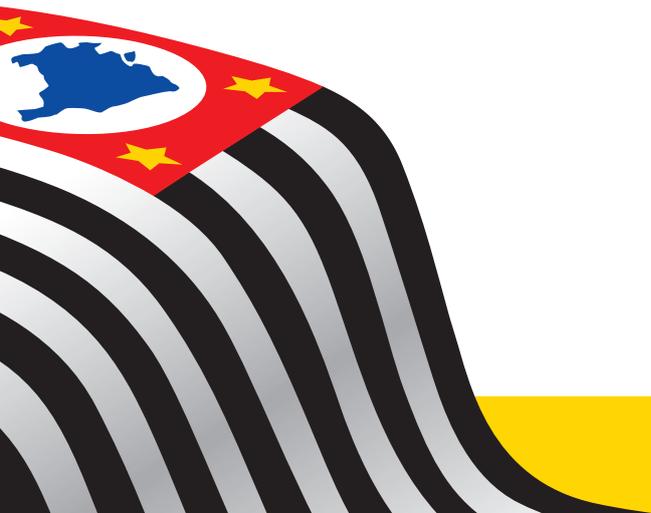
A seguir são apresentados alguns contratos que previram a contratação de Verificador Independente.

Exemplo 12 – Previsão de contratação de Verificador Independente em contratos de PPP no Estado de São Paulo

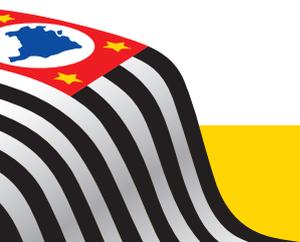
- **PPP Alto Tietê:** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 26.2.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP da Linha 6 - Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP da Linha 18 - Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 12.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A contratação de Verificador Independente não foi prevista no contrato.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 31.5.1

De maneira geral, os contratos que contemplam a contratação de Verificador Independente preveem que o VI seja uma empresa independente especializada que desempenhará funções de apoio no acompanhamento da prestação dos serviços objeto do Contrato, em especial para aferição do desempenho da Concessionária.

Especificamente, na PPP São Lourenço, previu-se a contratação de empresa especializada independente (VI) indicada de comum acordo entre as partes, para a elaboração de parecer econômico-financeiro para a obtenção do valor a ser recebido pela Concessionária a título de indenização correspondente à parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizada ou depreciada em caso de extinção antecipada da concessão. O valor da contratação deverá ser dividido igualmente entre as partes.



ANEXOS



ANEXO 1 - GLOSSÁRIO

Adjudicatário: pessoa jurídica isolada ou consórcio de pessoas jurídicas declarado vencedor de processo licitatório.

Arbitragem: Procedimento não judicial para solução de conflitos, previsto na Lei nº 9.307/1996.

Autorização: ato administrativo discricionário outorgado, com ou sem exclusividade, a fim de que o destinatário possa elaborar estudos para subsidiar a Administração Pública na elaboração de parcerias;

Bens Reversíveis: bens integrantes ou não do patrimônio da Concessionária, necessários à prestação adequada e contínua dos serviços que são objeto de uma concessão, e que ao término do contrato são transferidos ao patrimônio do Poder Concedente, sob determinadas condições, definidas em contrato.

Caso Fortuito ou Força Maior: evento inevitável e imprevisível, que afeta a execução contratual.

Certificador da Implantação: Entidade independente, contratada para, dentre outras atividades possíveis, auxiliar o Poder Concedente no acompanhamento e aferição das diretrizes, projetos de engenharia e as obras concebidas e desenvolvidas no âmbito do projeto estão em plena conformidade com os objetivos do contrato firmado entre a Concessionária e o Poder Concedente definidos no contrato de PPP ou de concessão comum.

Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP ou CACPPP: Comissão multidisciplinar de Caráter permanente, vinculada à Secretaria de Governo, para mais informações v. item 2.2.6 deste manual.

Comissão de Licitação: comissão designada pelo Poder Concedente para conduzir os trabalhos necessários à realização da licitação para contratação de projeto de PPP.

Chamamento Público: ato pelo qual o Órgão Setorial, em conjunto com o Conselho Gestor, torna público documento que divulga e fixa as condições para apresentação de estudos por eventuais interessados.

Concessão Administrativa: modalidade de Parceria Público-Privada para a prestação de serviços e implantação de infraestrutura de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, em que não há cobrança de tarifa dos usuários finais e, em consequência, os investimentos realizados pelo parceiro privado são pagos integralmente por contraprestação do Poder Público.

Concessão Comum: modalidade de concessão de serviços públicos ou de obras públicas que não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, disciplinada pela Lei Federal nº 8.987/1995 e pela Lei Estadual nº 7.835/1995.

Concessão Patrocinada: modalidade de Parceria Público-Privada definida pela Lei Federal 11.079/2004, cujo objeto é idêntico ao da concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que dispõe a Lei n. 8.987/1995, mas que pressupõe, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, o pagamento de contraprestação por parte do Poder Público.

Conselho Diretor do PED ou CDPED: entidade superior do Programa Estadual de Concessão, criada pela Lei Estadual nº 9.361/1996, diretamente subordinada ao Governador do Estado.

Conselho Gestor de PPP ou Conselho Gestor ou CGPPP: entidade superior de decisão do Programa Estadual de PPP, criado pela Lei Estadual no 11.688/2004 e vinculado diretamente ao Gabinete do Governador.

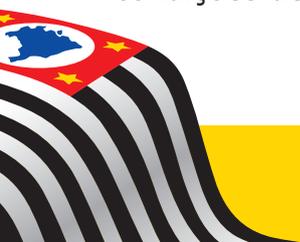
Contraprestação pecuniária ou contraprestação pública: remuneração à qual a Concessionária faz jus em contrapartida à prestação dos serviços objeto do contrato de PPP, a ser paga diretamente pelo Poder Concedente.

CPP: Companhia Paulista de Parcerias.

Diário Oficial do Estado ou DOE: Veículo de comunicação oficial do Estado de São Paulo

Edital: Documento licitatório contendo o conjunto de instruções, regras e condições que orientam o procedimento administrativo de seleção de agente privado para explorar a concessão do projeto na modalidade de PPP ou na modalidade de concessão comum.

Fato do Príncipe: ato governamental de caráter geral, não relacionado às obrigações contratuais, que surte efeitos sobre o contrato administrativo, alterando substancialmente as condições de sua execução.



Fluxo de Caixa Descontado: fluxo de caixa resultante da operação, convertido a valor presente a uma determinada taxa de desconto.

Garantia pública ou Garantia de Pagamento da Contraprestação: mecanismo a ser constituído pelo Poder Concedente, destinado a assegurar as obrigações pecuniárias por ele assumidas no âmbito do contrato de concessão, notadamente a continuidade do fluxo de pagamento das contraprestações devidas pelo Governo à Concessionária no âmbito do contrato de PPP.

Garantia de Proposta: garantia fornecida pelos licitantes, para participar de procedimento licitatório promovido pelo Poder Concedente, com o objetivo de garantir a sua participação na licitação e responder pelos seus atos durante o processo licitatório.

Garantia de Execução Contratual: garantia a ser constituída pela Concessionária em favor do Poder Concedente, com o objetivo de garantir o cumprimento de todas as suas obrigações definidas no contrato de PPP.

Grupo de Trabalho ou GT: Grupo multidisciplinar formado caso a caso para o desenvolvimento de projetos de PPP ou Concessão. Para mais informações v. item 7.1.3.

Lei Estadual de PPP: Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004.

Lei Federal de PPP: Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabelece normas gerais para a licitação e contratação de PPPs.

Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos: Lei Federal nº 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Licença de Instalação ou LI: Licença requerida após a verificação do cumprimento dos requisitos constantes da licença prévia.

Licença de Operação ou LO: Licença que autoriza a operação do empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das exigências das licenças prévia e de instalação, bem como das medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

Licença Prévia ou LP: Licença requerida na fase preliminar de planejamento do empreendimento ou atividade. Nessa primeira fase do licenciamento, o órgão ambiental avalia a localização e a concepção do empreendimento, atestando a sua viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos a serem atendidos nas próximas fases.

Matriz de Riscos: tabela contendo os riscos identificados no projeto, notadamente a sua definição, a alocação, o impacto, a probabilidade de sua ocorrência e como se dará sua mitigação no contrato de PPP.

MIP ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada: propostas, estudos ou levantamentos, apresentados por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada com o intuito de auxiliar ou apresentar a modelagem de projetos junto ao Poder Público.

Manifestação Formal: no contexto de projetos de PPP, são os documentos redigidos pela UPPP e CPP sobre a Proposta Preliminar e a Modelagem final com o objetivo de subsidiar a decisão do CGPPP. Essas manifestações tem caráter orientativo e busca informar ao Conselho os principais aspectos do projeto, pontos de atenção e recomendações.

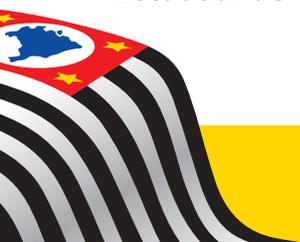
Modelagem: estruturação jurídica, econômico-financeira e técnica da parceria, nos termos do Decreto nº 61.371/2015.

Nota técnica: Nomenclatura utilizada na Administração Pública ao se referir a um relatório. Em geral é aplicado aos relatórios redigidos pelo Órgão Setorial da Proposta Preliminar e da Modelagem.

Órgão Setorial: Secretarias de Estado, órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, Fundos Especiais, Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, cuja competência relaciona-se ao objeto do projeto e que será, por isso, responsável pela sua condução, em conjunto com os demais órgãos envolvidos na elaboração e licitação da PPP

PGE: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Parceria: Nos termos do Decreto Estadual nº 61.371/2015, parceria é definido como concessão ou permissão de serviços públicos, regidas pela Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/1995) e pela Lei Estadual nº 9.361/1996, e Parcerias Público-Privadas, regidas pela Lei Federal de PPP (Lei Federal nº 11.079/2004) e pela Lei Estadual de PPP (Lei Estadual nº 11.688/2004).



Poder Concedente: A União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, competentes para a contratação da concessão. No caso deste Manual, a referência ao Poder Concedente em geral está associada ao Estado de São Paulo.

Pré-Enquadramento: fase que contempla as atividades iniciais, de concepção do projeto até sua inclusão inicial do projeto no Programa de PPP, ou seja, a autorização para que sejam realizados os estudos. Possui a finalidade de definir aspectos macro do projeto, em especial seus objetivos, justificativas, indicação de custos e benefícios da alternativa proposta.

Project Finance: é um modelo de financiamento, no qual a principal garantia é constituída pelos recebíveis do fluxo de caixa do projeto.

Programa de PPP: Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo, criado pela Lei Estadual nº 11.688/2004, destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar as atividades de agentes do setor privado que, na condição de colaboradores, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

Proposta Preliminar: a “Proposta”, nos termos do definido pelo Decreto nº 61.371/2015 como documento apresentado pelo proponente contendo proposta de desenvolvimento de estudos.

Quadro de Indicadores de Desempenho ou QID: Conjunto de indicadores operacionais e financeiros a serem cumpridos pela Concessionária na execução do contrato de PPP, cujo não atendimento impactará na redução da contraprestação pública, conforme índices definidos no contrato.

Secretário Executivo: servidor público responsável por secretariar os trabalhos do CGPPP ou do CDPED.

Sociedade de Propósito Específico ou SPE: refere-se à pessoa jurídica a ser constituída pela pessoa jurídica ou consórcio de pessoas jurídicas vencedor da licitação, na forma de sociedade anônima, constituída de acordo e sob as leis brasileiras, com o fim exclusivo de execução do objeto do contrato da PPP ou de concessão comum.

Taxa Interno de Retorno ou TIR: taxa de desconto que, quando aplicada ao fluxo de caixa de um projeto, leva a zero o seu valor presente líquido. A avaliação da TIR é uma das formas para se comparar a atratividade de diferentes alternativas de investimento.

TCE: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Tranche: Nome dado a diferentes linhas de financiamento dentro de um mesmo project finance, com diferentes financiadores, margens e prazos.

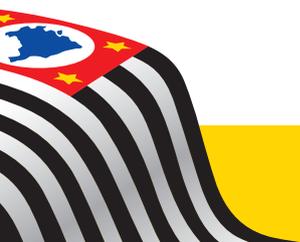
Trustee: Empresa independente que administra as obrigações do devedor, negociadas no contrato de financiamento.

Value for Money: Análise de custos e benefícios dos projetos de PPP em relação à contratação tradicional, de forma a identificar as vantagens que o parceiro público e a sociedade terão com a implementação do projeto na modalidade de PPP.

Verificador Independente: Entidade independente, contratada para, dentre outras atividades possíveis, auxiliar o Poder Concedente no acompanhamento e aferição do desempenho da Concessionária, de acordo com o Quadro de Indicadores de Desempenho definido no contrato de PPP ou de concessão comum.

UPPP: Unidade de Parcerias Público-Privadas, vinculada à Secretaria de Governo.

Valor Presente Líquido ou VPL: Soma dos fluxos do projeto atualizados segundo uma taxa de desconto.



ANEXO 2 – DESCRIÇÃO DOS PRINCIPAIS ELEMENTOS DOS DOCUMENTOS LICITATÓRIOS

Neste anexo são apresentados os principais elementos que podem vir a compor edital, contrato de concessão e caderno de encargos. Os exemplos apresentados dizem respeito a contratos de PPP do Estado de São Paulo, mas são igualmente aplicáveis às concessões comuns.

1. PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O EDITAL

1. 1. Condições de participação	141
1. 2. Esclarecimentos à licitação, diligências e impugnações	142
1. 3. Participação de consórcios	143
1. 4. Inversão de fases	144
1. 5. Habilitação	146
1. 6. Garantia da Proposta	151
1. 7. Proposta comercial	152
1. 8. Proposta Técnica	154
1. 9. Lances	155
1. 10. Saneamento de falhas nas fases de abertura e avaliação das propostas e dos documentos de habilitação	156
1. 11. Recursos administrativos	157
1. 12. Homologação e adjudicação	158
1. 13. Das sanções administrativas	159
1. 14. Procedimento para assinatura do contrato	161
1. 15. Das disposições finais	162

1.1. Condições de participação

As condições para a participação da licitação correspondem aos requisitos mínimos exigidos dos interessados, para que participem da seleção do processo licitatório, bem como às vedações de participação.

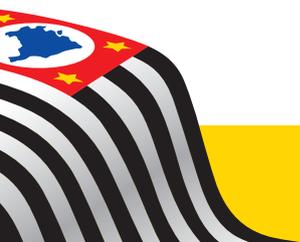
Não obstante seja premissa básica dos processos licitatórios a ampla participação dos interessados, com vistas a estimular a competitividade, já no termo de referência devem ser estabelecidos requisitos mínimos para garantir a idoneidade e a capacidade do futuro parceiro privado.

Para tanto, devem ser analisados em cada caso os requisitos que irão definir a competência, com base na natureza, no vulto, na complexidade e nas demais especificidades técnicas do certame.

Existem também requisitos que decorrem de previsões legais, vinculando a participação do ente privado ao seu cumprimento.

No Estado de São Paulo, a criação do CADMADEIRA, pelo Decreto estadual nº 53.047/08, deu origem a um requisito desta natureza, na medida em que tornou obrigatório ao licitante apresentar declaração de que serão utilizados, na execução dos serviços licitados, apenas produtos e subprodutos de madeira de origem exótica, ou produtos e subprodutos listados no artigo 1º do Decreto estadual nº 53.047/08, adquiridos de pessoa jurídica devidamente cadastrada no CADMADEIRA.

Na mesma linha, exige-se ainda que o licitante apresente declaração de ciência de que registros no CADIN estadual, o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades estaduais, instituído pela Lei Estadual nº 12.799/08, impedem a contratação com o Poder Concedente.



Exemplo 13 – Condições de Participação adotados em Editais de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 9.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 2.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 4.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 6.
- **PPP Habitação Social:** Item 7.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 9.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 9.
- **PPP São Lourenço:** Item 8.

De maneira geral, os contratos trazem previsão de possibilidade de participação de pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, isoladamente ou reunidas em consórcio. Os editais trazem igualmente regras específicas para a participação de empresas estrangeiras ou em consórcio, bem como para entidades de previdência complementar, instituições financeiras ou fundos de investimento. A participação geralmente encontra-se condicionada a:

- Não ser pessoa física;
- Não ser pessoa jurídica em regime de recuperação extrajudicial (Linha 4), judicial ou falência.

1.2. Esclarecimentos à licitação, diligências e impugnações

As disposições do edital que tratam dos esclarecimentos geralmente têm como finalidade fornecer esclarecimentos gerais sobre a licitação e reger a forma de solicitação de esclarecimentos por parte dos interessados. Para tanto, o edital deverá especificar, conforme o caso, o prazo de apresentação dos pedidos de esclarecimento, bem como a forma de envio à comissão de licitação. Ademais, deve ser especificada a forma como os esclarecimentos serão fornecidos aos interessados e os respectivos prazos, podendo ser utilizado, por exemplo, o sítio eletrônico da repartição responsável pela licitação, de modo a garantir o acesso dos interessados, de forma isonômica⁴⁸.

(48) Pela Lei Federal de Licitações, as impugnações do edital podem ser feitas por qualquer pessoa em até 5 (cinco) dias úteis antes da data da sessão pública de recebimento e abertura dos envelopes, e até o segundo dia útil antes da referida sessão por aqueles que irão participar da concorrência.

Além dos pedidos de esclarecimento, o edital preverá a possibilidade de impugnação ao edital pelos interessados. Por meio da impugnação é possível que qualquer cidadão se oponha ao instrumento convocatório em decorrência de falhas, lacunas ou irregularidades⁴⁹. Seu objetivo, portanto, é denunciar determinada ilegalidade, buscando uma solução por parte da administração, que poderá ser, caso procedente, a correção da irregularidade com a republicação do edital ou até mesmo a anulação do processo licitatório.

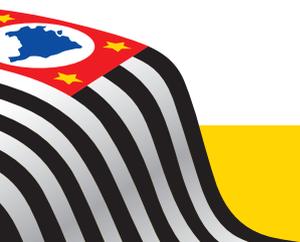
Além das disposições sobre esclarecimentos e impugnações, o edital deve tratar da possibilidade da realização de diligências pela Comissão de Licitação ou pela autoridade superior destinadas a promover esclarecimentos ou a promover complementações da instrução do processo licitatório.

É importante esclarecer que tanto os esclarecimentos quanto as diligências sempre devem ser realizados com o intuito de esclarecer dúvidas ou suprir pequenas lacunas que possam comprometer a objetividade, a clareza e a acuidade técnica do processo de seleção e do futuro contrato.

A resposta da Administração aos pedidos de esclarecimento tem caráter vinculante para o certame. Isto é, uma vez que a regra esclarecida tenha sido comunicada a todos os interessados, ela será incorporada ao edital e ao contrato e passará a valer como regra.

Tais medidas não devem, por outro lado, implicar na apresentação de novas regras ou condições para o certame, ou mesmo na alteração do objeto ou das demais regras já estabelecidas, sob pena de ilegalidade, considerando o princípio da vinculação ao edital. Caso assim ocorra, a solução reside em invalidar o certame ou promover as correções, com posterior republicação do edital e reabertura do prazo para a apresentação de propostas, possibilitando a todos os interessados adequar seus estudos e futuras propostas.

(49) Nos termos do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93.



Exemplo 14 – Mecanismos de Esclarecimentos adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

De maneira geral, os editais preveem que as solicitações de esclarecimentos devem ser feitas por (i) correspondência formal impressa, (ii) por correspondência eletrônica, (iii) ou ambas as formas. São previstas formalidades para a solicitação dos esclarecimentos. Os editais também estabelecem prazo preferencial para os pedidos de esclarecimento, bem como prazo máximo para o seu recebimento (em geral, até 5º dia útil antes da data para apresentação das propostas). Contemplam, ainda, prazo e forma de resposta aos esclarecimentos e seu mecanismo de divulgação.

- **PPP Alto Tietê:** Alínea G.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 6.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 12.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 15.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 19.2 e 19.3.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 15.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 5.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 4.
- **PPP São Lourenço:** Alínea D.

1.3. Participação de consórcios

Para que seja possível a participação no certame de um grupo de entidades de forma conjunta (em consórcio), é necessário que o edital contemple essa possibilidade, observadas as determinações legais, em especial as constantes do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/1993 e do art. 19 da Lei Federal 8.987/1995.

A depender do objeto da licitação e da organização do mercado, o edital poderá, por exemplo, estabelecer um número máximo de empresas para cada consórcio, ou mesmo de limitar a participação de certos entes. Ressalta-se que qualquer limitação à participação deve ser feita com cautela para se evitar a redução injustificada da competitividade.

Exemplo 15 – Critérios para possibilidade de participação de Consórcio adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Alínea F, item 3 e subitens.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 9.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 3.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 4.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 6.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 4.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 7.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 9.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 9.

Os editais geralmente preveem a possibilidade de participação de sociedades brasileiras ou estrangeiras em consórcio. No caso de consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, a empresa líder será obrigatoriamente uma empresa brasileira. Em sua maior parte, os editais não estabelecem limite de número de participantes para constituição do Consórcio, nem estabelecem requisitos específicos para a empresa líder.

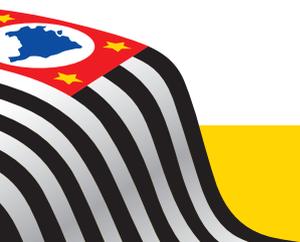
- **PPP São Lourenço:** Alínea C. Especificidade: limitação do consórcio a 03 (três) empresas. A líder do consórcio, obrigatoriamente, deverá ser uma empresa de engenharia consultiva com experiência em gerenciamento de execução de obras ou de contratos de gerenciamento de concessão de serviços em saneamento básico.

1.4. Inversão de fases

No regime geral de licitações estabelecido pela Lei Federal nº 8.666/93, os procedimentos de licitação realizados na modalidade concorrência observam a seguinte ordem de atos⁵⁰:

- Publicação do edital;
- Entrega das propostas, com o credenciamento dos representantes de cada um dos licitantes e o recebimento dos envelopes contendo os documentos de habilitação e as propostas comerciais (e técnicas, quando for o caso);

(50) Observado o disposto no art. 43 da Lei federal nº 8.666/93.



- Abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação, apreciação e habilitação daqueles que cumprirem com todos os requisitos legais e do edital, lembrando que aqueles que forem inabilitados não podem prosseguir nas demais etapas da licitação;
- Abertura dos envelopes contendo as propostas técnicas, se aplicável. Aquelas que não cumprirem com os requisitos do edital devem ser desclassificadas e as demais classificadas em ordem, conforme os critérios estabelecidos no edital;
- Abertura da proposta de preço e, caso previsto no edital, a realização de lances;
- Ponderação das notas atribuídas pela proposta final de técnica e de preço, nos casos cabíveis;
- Homologação do processo, adjudicação do objeto ao vencedor e demais procedimentos necessários à celebração do contrato.

A Lei Federal de PPP, em seu art. 13 e a Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, em seu art. 18-A, permitiram a inversão das fases de habilitação e julgamento, de modo que apenas depois de encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, seria aberto o envelope com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado.

Assim, apenas o licitante com a melhor proposta tem seus documentos de habilitação analisados, o que pode reduzir significativamente os riscos de recursos e impugnações, já que, tradicionalmente, os documentos de habilitação são os que dão maior margem para questionamentos por parte dos demais licitantes. Ademais, a inversão geralmente torna o procedimento mais rápido e dinâmico, considerando que em regra o volume dos documentos de habilitação e mesmo o nível de detalhes que sua análise demanda são significativos.

No âmbito do Estado de São Paulo, a inversão de fases deixou de ser a exceção e passou a ser a regra. A partir de 2008, a nova redação da Lei Estadual nº 6.544/1989,⁵¹ que é o estatuto jurídico das contratações da Administração Pública centralizada e autárquica do Estado, passou a prever como a regra a inversão das fases. Assim, para que a fase de habilitação ocorra antes do julgamento das propostas, é necessário que haja uma justificativa da Administração Pública no âmbito do processo de licitação.

(51) Conforme alteração determinada pela Lei estadual nº 13.121/2008.

Em geral, a opção pela ordem tradicional é feita em licitações de grande vulto, nas quais a complexidade da obra, ou mesmo dos procedimentos adotados, pressupõe grande experiência técnica das licitantes. Isso porque, muitas vezes, a inversão de fases pode tornar a habilitação influenciada pelo julgamento econômico, levando a uma contaminação entre qualificação e preço.

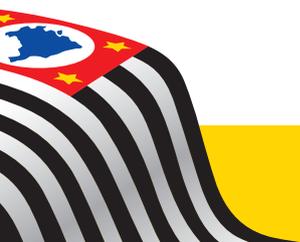
Ademais, a inversão de fases pode permitir que um licitante despreparado, que não possua qualificação suficiente para execução do projeto, interfira no certame com sua proposta de preços. A verificação posterior da ausência dos qualificantes mínimos coloca ainda para a Administração o impasse de invalidar a fase precedente, desperdiçando eventuais ofertas economicamente atraentes.

Há que se ressaltar que a experiência brasileira mais recente tem demonstrado que a inversão de fases, em licitações de grande vulto, pode levar também ao aumento da litigiosidade e, quando não, à frustração da contratação.

Assim, entende-se que em casos mais complexos, como o da PPP Tamoios,⁵² a ordem tradicional se mostra mais atraente, na medida em que permite uma progressiva qualificação dos proponentes, culminando com a abertura de preços tão somente dos concorrentes efetivamente qualificados.

Uma alternativa que tem sido utilizada para mitigar eventuais riscos da inversão de fases, impedindo a participação de quem não detenha condições de executar o contrato ou que pretenda apenas turbar o certame, é a abertura antecipada da garantia de proposta. Ou seja, antecipa-se a abertura e análise da garantia de proposta para o momento inicial do certame, antes, inclusive, da abertura das propostas. Com isso, assegura-se, desde o princípio, a certeza quanto à regular apresentação das garantias, permanecendo a Administração resguardada no decorrer do procedimento licitatório.

(52) No caso da PPP Tamoios, licitada após a alteração legislativa que tornou regra a inversão de fases, foi adotada a ordem tradicional do procedimento licitatório, procedendo-se a habilitação antes da abertura das propostas de preço. Ressalta-se, apenas, que antes mesmo da qualificação das licitantes, verificou-se a adequação das garantias de proposta.



Exemplo 16 – Editais de PPP no Estado de São Paulo nos quais houveram inversão de fases

- PPP Alto Tietê: Capítulo II - Das Propostas de Habilitação, previu inversão de fases.
- PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo: Não previu inversão de fases.
- PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo: Item 8. Previu inversão de fases.
- PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo: Item 5. Previu inversão de fases.
- PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM: Item 8. Previu inversão de fases.
- PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo: Item 5. Previu inversão de fases.
- PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo: Preâmbulo. Previu inversão de fases.
- PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP): Item 13. Previu inversão de fases.
- PPP Nova Tamoios: Item 16. Não previu inversão de fases.
- PPP São Lourenço: Não previu inversão de fases.

1.5. Habilitação

A fase de habilitação destina-se a verificar a aptidão mínima dos candidatos para futura contratação. Volta-se, portanto, à análise subjetiva dos próprios licitantes, e não à análise da proposta em si (que ocorrerá na fase de julgamento). Na fase de habilitação é verificada a regularidade jurídica, fiscal e trabalhista dos licitantes, bem como a sua qualificação técnica e econômico-financeira.

Para que a competição seja a mais ampla no momento do julgamento e possibilite a seleção da proposta mais vantajosa pela Administração, a fase de habilitação deverá oferecer o mínimo de exigências necessárias para garantir a solidez e seriedade dos proponentes. Por esse motivo, a Administração Pública deve exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira. Pela legislação, a habilitação dos candidatos é verificada por meio de documentos que alcancem a verificação de 4 principais aspectos, quais sejam:

- Habilitação jurídica;
- Qualificação técnica;
- Regularidade fiscal e trabalhista; e
- Qualificação econômica.

Quando permitida a participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país, deverá ser exigido, tanto quanto possível, que atendam às exigências de habilitação mediante a apresentação de documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

A habilitação jurídica visa à comprovação da existência legal da empresa, a legitimidade de sua representação e a aptidão para assumir obrigações com a Administração. Para tanto, devem ser apresentados os documentos previstos no art. 28 da Lei Federal nº 8.666/1993.

A qualificação técnica, por seu turno, destina-se a demonstrar a aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do objeto a ser contratado. Deve abranger a comprovação de sua aptidão com base na regularidade com o órgão de classe correspondente à natureza das atividades (ex. CREA); a comprovação quanto à experiência ou de seus profissionais em executar serviços similares; e/ou a comprovação de que o licitante possui uma estrutura compatível com o vulto e a complexidade do objeto contratado⁵³. A escolha das experiências anteriores cuja comprovação será exigida, assim como a sua natureza, os quantitativos, as possibilidades de somatório de atestados e possibilidade de atestação por entidades integrantes do grupo econômico do licitante deverão igualmente ser estabelecidas no edital, conforme cada caso concreto. Quaisquer exigências deverão se referir a atividades pertinentes e compatíveis em característica, quantidade e prazo com o objeto da licitação. Deverão, ainda, ter motivação coerente com os objetivos da contratação, sob pena de constituírem restrição indevida à competição.

A especificação objetiva e inequívoca dos itens que compõem a habilitação técnica, em especial da forma como devem ser apresentados os documentos, é fator de grande relevância das licitações. É importante que as exigências limitem-se àquelas realmente necessárias para assegurar que o futuro contratado esteja apto a cumprir com o objeto contratado, e que sejam devidamente motivadas de forma concreta, de modo a comprovar sua real necessidade. Deverão ser abandonados os formalismos e exigências excessivas em favor de uma análise substancial da qualificação técnica dos licitantes.

(53) Conforme art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93.



Veja-se, ainda, que a qualificação técnica que integra a habilitação não se confunde com a pré-qualificação de propostas técnicas prevista no art. 12, inciso I, da Lei Federal de PPPs. Os documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista visam à comprovação de que o licitante encontra-se em dia perante suas obrigações com a legislação tributária e com seus encargos trabalhistas. Para tanto, são exigidos a apresentação de comprovação de⁵⁴:

- Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), nos moldes da Instrução Normativa nº 1.005/2010 da Receita Federal do Brasil;
- Inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- Regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, o que, em regra, engloba:
- Certidão conjunta emitida pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), relativamente aos tributos administrados pela RFB e à dívida ativa da União administrada pela PGFN;
- Certidão negativa de débito da Secretaria da Receita Previdenciária emitida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS;
- Prova de regularidade fiscal perante as Fazendas Estadual e Municipal, em especial no que toca ao ISSQN;
- Regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o que é realizado, em regra, mediante a apresentação de certificado de regularidade dentro do prazo; e
- Inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (CNDT), nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, observado o disposto na Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011.

Os documentos relativos à qualificação econômico-financeira, por seu turno, destinam-se à demonstração da saúde e da capacidade econômico-financeira do licitante, de modo a comprovar, ainda que de maneira potencial, a capacidade do licitante em satisfazer os encargos econômicos decorrentes do futuro contrato, na forma dos art. 31, 32 e 33 da Lei Federal nº 8.666/1993.

(54) Conforme art. 29 da Lei Federal nº 8.666/93.

Notar que o art. 31 da Lei nº 8.666/1993 prevê que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira deve se limitar a:

- Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- Garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 da Lei⁵⁵, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

É imperioso que haja relação de meio e fim entre os índices contábeis e os compromissos que o futuro contratado assumirá, pois estes se prestam justamente a apurar se os licitantes terão condições de cumprir o contrato. Não se admitem exigências de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. Caberá aos profissionais de contabilidade e economistas, em cada caso, tecer esclarecimentos a respeito dos índices contábeis em espécie, de quais são mais usuais, de sua utilidade e de como apurá-los. Sobre o tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considera imperativo atentar para a realidade do segmento de mercado para se determinar os índices a serem exigidos, pois cada segmento da economia tem suas particularidades e, portanto, medidas diferentes em seus resultados⁵⁶.

(55) Art. 56. “A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

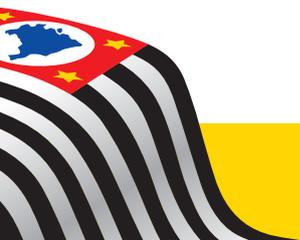
I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

(56) “(...)Conquanto os índices exigidos se encontrem nos patamares aceitáveis por este tribunal – liquidez geral, e, liquidez corrente > 1,00; endividamento < 0,5 – é imperioso atentar para a realidade do segmento de mercado. Desde quando passou a levar em conta que cada segmento da economia tem suas particularidades e, portanto, medidas diferentes em seus resultados, é que o egrégio plenário corretamente mudou sua posição para não mais aceitar o mesmo índice genericamente exigido, independentemente do objeto dos certames.” Voto do relator - Conselheiro Antonio Roque Citadini, no âmbito de cinco representações: tc-009.023/026/11, tc-9.582/026/1, tc-012.945/026/1, tc-013.245/026/11, tc-013.759/026/11. 22ª sessão ordinária do tribunal pleno, dia 27/07/2011.



No caso de participação de consórcios, a apresentação dos documentos exigidos para habilitação (art. 28 a 31 da Lei Federal nº 8.666/1993) deverá ser realizada individualmente, ou seja, a documentação deverá dizer respeito a cada um dos consorciados. O art. 33 da referida lei contempla exceção a essa regra, ao permitir, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação. Neste último caso, poderão ser somados para fins de qualificação econômico-financeira, por exemplo, os valores atinentes ao capital social ou ao patrimônio líquido das licitantes, quando organizadas em consórcio.

A inabilitação acarreta a exclusão do licitante das fases posteriores do certame e inviabiliza sua contratação, ainda que suas propostas sejam mais vantajosas que a dos demais licitantes.

Exemplo 17 - Critérios de inabilitação adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo II.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 12.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 7.3.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 8.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 11.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 8.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 12.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 11.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 13.
- **PPP São Lourenço:** Item 15.

1.5.1. Credenciamento

Embora não haja na legislação relativa à licitação um tratamento expresso sobre o credenciamento dos representantes de cada licitante, com vistas a organizar a participação dos interessados ao longo do procedimento licitatório o edital geralmente estabelece regras de representação dos licitantes e de sua atuação no procedimento.

Tais regras têm relevância tanto para os licitantes individuais quanto para a representação dos licitantes que participam do certame de forma consorciada, sendo certo que, nos casos de consórcio, a representação deve estar concentrada na empresa líder.

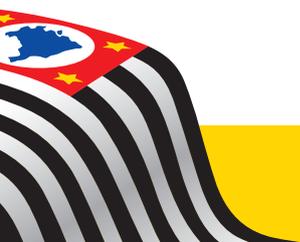
Assim, é importante que o edital defina o número de pessoas que poderão ser credenciadas, por licitante, e também a documentação que deve ser apresentada para viabilizar o credenciamento.

Exemplo 18 – Critérios de credenciamento adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo II – Alínea D.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 11.10
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 6.5.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 9.3.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 8.3.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 9.3.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 16.3
- **PPP São Lourenço:** Item 11.2.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 10.8.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 9.

De maneira geral, os editais preveem que o credenciamento dos representantes das concorrentes será o primeiro ato a ser efetuado no certame. Será realizado mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- Procuração que comprove poderes para praticar todos os atos referentes ao certame, inclusive interposição e desistência de recurso, acompanhado do(s) documento(s) que comprove(m) os poderes do(s) outorgante(s). No caso de Consórcio, a procuração deverá ser outorgada pela sociedade líder e será acompanhada de procurações das consorciadas à sociedade líder;
- Contrato Social ou documento equivalente, no caso de o representante ser dono ou sócio da Companhia interessada; ou
- Procuração de representante legal no Brasil, com poderes para realizar atos referentes ao certame e receber citações, acompanhado dos documentos que comprovem os poderes dos outorgantes, no caso de empresa estrangeira.



1.6. Garantia da Proposta

Como forma de reduzir eventuais desistências do vencedor do certame de celebrar o contrato, ou seja, de que ele “se arrependa” de ter participado da licitação e conseqüentemente não assine o contrato, o art. 31, III, da Lei Federal nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de a Administração Pública, desde que previsto no edital, exigir dos licitantes a apresentação de garantia de proposta, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado para o objeto do contrato.

Esta garantia, além de reduzir a hipótese de arrependimento acima mencionada, contribui também para diminuir as hipóteses de participação de empresas conhecidas por aventureiras, ou mesmo aquelas que queiram participar do procedimento apenas com a finalidade de causar tumultos, tendo em vista os prejuízos pecuniários advindos da execução da garantia caso incorram em irregularidades, fraudes ou causem outros transtornos ao regular andamento do processo.

A garantia de proposta, comumente chamada de bid bond, pode ser apresentada mediante caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, observadas as especificações cabíveis do art. 56 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Nos casos de inversão de fase, as garantias de proposta geralmente são analisadas antes da abertura das propostas, como forma de já no início do processo excluir aqueles licitantes que não apresentarem a garantia apta a comprovar seu comprometimento com o processo licitatório.

Considerando-se o período normalmente gasto com todo o ciclo da licitação, é comum que os editais exijam que as garantias de propostas sejam emitidas com validade de seis meses ou um ano, com a previsão, ainda da obrigatoriedade de renovação por parte do licitante, caso o processo licitatório se estenda.

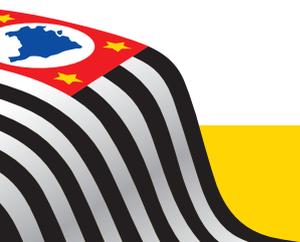
É sempre importante que a Administração Pública preveja que as garantias não poderão conter limitações ou restrições à sua aplicação, de modo a evitar dificuldades no momento de sua execução, caso necessário. Como exemplo de restrições que devem ser vedadas, e que usualmente são vistas em apólices de seguro, temos as cláusulas que não permitem a execução de um seguro caso o fato que dê causa à sua execução decorra de dolo ou culpa do tomador. Trazendo este exemplo para o caso das garantias de proposta, a Administração Pública ficaria impedida de executar a garantia caso o licitante vencedor deliberadamente decidisse por não assinar o respectivo contrato de concessão.

É importante destacar que a ausência da garantia, ou a irregularidade dos documentos a ela correspondentes, é motivo de inabilitação do licitante. Adicionalmente, os editais devem conter previsão de que as garantias de proposta não executadas serão liberadas ao final do procedimento licitatório, com a assinatura do contrato de concessão.

Exemplo 19 – Modalidades de garantias de proposta aceitas em Editais de PPP do Estado de São Paulo

De maneira geral, os editais conferem ao proponente a prerrogativa de optar por uma ou mais das modalidades de garantia de proposta previstas na Lei n. 8.666/1993: (i) caução em dinheiro; (ii) títulos da dívida pública; (iii) fiança bancária e (iv) seguro garantia. Alguns editais apresentam algumas condições específicas para cada uma dessas modalidades, como, por exemplo, a enumeração dos títulos da dívida pública admitidos ou a possibilidade de combiná-las.

- **PPP Alto Tietê:** Item 4.1, “b”.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 16.7.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 4.1.1.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 7.1.1.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 14.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 7.1.1.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 10.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 10.12
- **PPP Nova Tamoios:** Item 12.1.1.
- **PPP São Lourenço:** Item 19.1.



1.7. Proposta comercial

Para as PPPs, a classificação dos licitantes ocorre mediante o julgamento das propostas segundo os seguintes critérios, previstos na Lei Federal nº 11.079/2004:

- Menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (aplicável apenas para as concessões patrocinadas);
- Menor valor da contraprestação a ser paga pela administração (para ambas as modalidades de concessão);
- Combinação do critério de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o critério de melhor técnica (aplicável apenas para as concessões patrocinadas);
- Combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela administração com o critério de melhor técnica (para ambas as modalidades de concessão).

A proposta comercial a ser apresentada pelo licitante deverá refletir seu plano de negócios, observados os critérios de seleção adotados no edital.

Importante lembrar que, não obstante os valores das propostas comerciais, em tese, serem fixos, pode haver sua alteração no decorrer do processo licitatório caso seja admitida a realização de lances em viva voz⁵⁷ (sobre a possibilidade de estabelecer uma etapa de lances, v. Abaixo o item “Lances” deste Anexo).

No caso das concessões comuns, os critérios que podem ser considerados no julgamento da licitação são os seguintes⁵⁸:

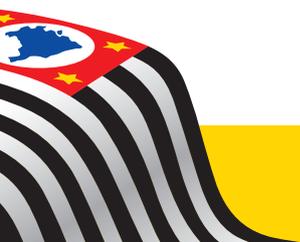
- O menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- A maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- A combinação, dois a dois, dos critérios referidos acima com a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;
- A melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- A melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- A melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- A melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

(57) Na forma do art. 12, III, b, e respectivo § 1º, todos da Lei Federal nº 11.079/2004.

(58) Nos termos do art. 15 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Exemplo 20 – Critérios de Julgamento de Propostas Comerciais adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** O Item 4.5, “a” define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** O Item 15.8.2 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** O Item 8.1 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** O Item 5.3 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** O Item 9.5 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** O Item 5.3 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** O Item 16.2 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** O Item 13.5.1 define como critério de julgamento das propostas comerciais a proposta que apresentar o maior desconto percentual sobre a lista básica de medicamentos.
- **PPP Nova Tamoios:** O Item 10.2 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP São Lourenço:** O Item 16.9 define como critério de julgamento das propostas comerciais o menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.



1.8. Proposta Técnica

Conforme mencionado acima, a legislação permite a utilização de diversos critérios de julgamento das propostas, que deverão ser escolhidos, caso a caso, conforme as características do projeto a ser licitado. Em alguns casos, o critério de julgamento conta não apenas com a avaliação da proposta comercial, mas também de proposta técnica, documento este que não se confunde com os documentos de habilitação técnica ou mesmo com documentos técnicos contidos em uma eventual pré-qualificação.

Tem-se assim que, em determinados casos, os aspectos técnicos/tecnológicos das obras ou serviços que serão contratados possuem tamanha relevância que, além dos requisitos técnicos mínimos avaliados por meio da habilitação e, eventualmente, na pré-qualificação, a Administração Pública solicita ainda a apresentação de propostas técnicas pelos licitantes.

Diferentemente dos requisitos de habilitação técnica, que investigam as condições técnicas subjetivas da licitante, destinadas a garantir sua capacidade para execução do futuro contrato, a proposta técnica irá tratar especificamente das obras e serviços objeto da licitação, podendo compreender aspectos relativos à metodologia, organização, tecnologias, recursos e materiais a serem utilizados nos trabalhos. Seu conteúdo poderá versar, ainda, sobre a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução⁵⁹.

Com vistas a garantir a adequada análise das propostas e a verificação precisa dos aspectos técnicos que irão pautar a futura execução dos serviços, o edital deve estabelecer de forma objetiva e detalhada os critérios formais e materiais de elaboração e de apresentação das propostas, bem como os critérios de pontuação e classificação das propostas apresentadas pelos licitantes.

Para a licitação de um projeto de concessão, em qualquer de suas modalidades, é importante definir, caso a caso, a flexibilidade a ser concedida aos parceiros privados para a apresentação das soluções técnicas e operacionais, considerando-se que não é obrigatório que o edital contemple um projeto básico para as obras envolvidas no objeto da parceria. Ao contrário das licitações da Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal de PPPs e a Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos permitem que o edital estabeleça tão somente os elementos do projeto básico no momento da licitação, o que pode conferir maior liberdade aos particulares quando da elaboração de suas propostas técnicas.

(59) Conforme definição constante no art. 46, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993.

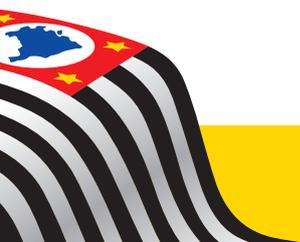
Exemplo 21 – Critérios de julgamento de Propostas Técnicas adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

Editais que contemplam julgamento que combina técnica e preço:

- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** O Item 14 determina que a proposta técnica será avaliada por meio de Nota Técnica Total, composta pela avaliação do conhecimento do problema, da metodologia e plano de trabalho apresentados (Nota A) e pela avaliação da Equipe Técnica (Nota B). A Nota Final das Propostas pelos licitantes será composta a partir de operação matemática que correlaciona a Nota Técnica Total com a Nota Preço, com peso de 70% para a Nota Técnica e de 30% para a Nota Preços.

Editais que contemplam qualificação da proposta técnica, anteriormente à fase de julgamento das propostas financeiras, conforme art, 12, inciso I da Lei Federal n. 11.079/2004:

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo III – Alínea B. As propostas técnicas serão avaliadas por Plano Técnico, sendo atribuída nota à proposta de acordo com seu nível de adequação ao projeto. Serão desclassificadas aquelas propostas que não atingirem o mínimo de oito pontos em cada Plano Técnico ou não atingirem a média final de oito pontos. As que atingirem estas notas poderão seguir para a fase de julgamento das propostas financeiras, realizada pelo critério do menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.
- **PPP São Lourenço:** Item 16.6 e Anexo IV – Diretrizes para Elaboração e Julgamento da Proposta Técnicas e os Projetos Referenciais. As propostas técnicas serão avaliadas por Plano Técnico, sendo atribuída nota à proposta de acordo com seu nível de adequação ao projeto. Serão desclassificadas aquelas propostas que não atingirem o mínimo de oito pontos em cada Plano Técnico ou não atingirem a média final de oito pontos. As que atingirem estas notas poderão seguir para a fase de julgamento das propostas financeiras, realizada pelo critério do menor valor da Contraprestação a ser paga pela Administração Pública.



1.8.1. Qualificação de propostas técnicas

A Lei Federal de PPP trouxe a possibilidade de que o julgamento possa ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima. Nesse caso, as propostas técnicas não integrarão o julgamento da licitação, compondo a nota final do licitante juntamente com o preço ofertado, mas serão destinadas a verificar se os licitantes cumpriram um parâmetro mínimo de qualificação.

Assim, aqueles que alcançarem o parâmetro mínimo estabelecido para esta fase passarão para a seguinte, em igualdade de condições com os demais.

1.9. Lances

A previsão da possibilidade de apresentação de lances sucessivos pelos licitantes, em um procedimento de licitação tanto de PPP como de concessão comum, possui inspiração nas licitações realizadas na modalidade Pregão, em que é possível o oferecimento de lances sucessivos em viva voz pelos licitantes, após a abertura dos envelopes com as propostas econômicas, e tem a finalidade aumentar a competitividade entre os licitantes.

As seguintes regras devem ser observadas para a realização dos lances nas PPPs⁶⁰:

- Sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas,
- O edital poderá fixar um intervalo máximo entre a proposta econômica mais vantajosa e as demais propostas, restringindo a apresentação de lances em viva voz apenas aos licitantes cuja proposta inicial escrita tenha se limitado a esse valor (por exemplo, propostas que tenham seu valor no máximo 20% maior que aquele da melhor proposta inicial). A medida é necessária para impedir um conservadorismo excessivo na proposta inicial dos licitantes, por saberem que poderão conferir eventuais descontos na etapa de lances; e
- É vedado ao edital limitar a quantidade de lances.

(60) Segundo o § 1º do art. 12 da Lei Federal nº 11.079/2004.

1.10. Saneamento de falhas nas fases de abertura e avaliação das propostas e dos documentos de habilitação

A Lei Federal de PPP prevê expressamente a possibilidade de o edital permitir o saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento⁶¹. Ainda que a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos não contemple previsão expressa nesse sentido, nada impede que o edital contenha disposição semelhante, ou ainda que a entidade encarregada da licitação adote tais providências. Este mecanismo possui grande relevância, pois permite que pequenas falhas relativas aos documentos apresentados pelos licitantes não acarretem a exclusão de competidores detentores de propostas técnica e comercialmente vantajosas para a Administração.

Para que essa prática não venha a ser objeto de futura contestação, é importante que esteja devidamente prevista e disciplinada no edital.

É importante ressaltar que a previsão do saneamento não deve implicar na possibilidade de alteração de condições de participação dos licitantes, ou mesmo na possibilidade de estes apresentarem documentos exigidos expressa e originalmente pelo edital e que estavam ausentes nos envelopes, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica e da isonomia.

Exemplo 22 – Possibilidade de Saneamento de Falhas adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo I – Alínea “I” – Item 3.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 10.9.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 8.2.1.1.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 5.5.1
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 7.17.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 5.5.1.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 8.3.9.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 13.9.1.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 5.5.1.
- **PPP São Lourenço:** Item 16.10.

De maneira geral, os editais preveem que eventuais falhas formais observadas nas Propostas e/ou nos Documentos de Habilitação poderão ser saneadas conforme estabelecido no Inciso IV do artigo 12 da Lei nº 11.079/04.

(61) Conforme previsto no inc. IV do art. 12 da Lei nº 11.079/2004.



1.11. Recursos administrativos

O art. 109 da Lei Federal de Licitações prevê, como direito dos licitantes, a possibilidade de interposição de recursos após cada decisão da Comissão de Licitações, de acordo com os seguintes prazos:

- 5 (cinco) dias úteis para interposição de recursos, contados a partir da publicação da decisão;
- 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de contrarrazões; e
- 5 (cinco) dias úteis para decisão da comissão de licitação.

Com vistas à maior celeridade dos procedimentos de licitação, é sempre interessante que o edital preveja a possibilidade dos licitantes declinarem do direito de recorrer das decisões da comissão de licitação, de modo que, em caso de declínio de todos os licitantes, não seja necessário esperar o fim do prazo de recurso para prosseguir o processo.

Em consonância com o referido artigo da Lei Federal de Licitações, é possível que antes da interposição do recurso, o pedido seja analisado pela própria comissão de licitação em juízo de reconsideração, ou seja, poderá esta rever seu posicionamento.

Exemplo 23 – Possibilidade de Recurso Administrativo adotado em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo III – Alínea F.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 17.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 9.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 10.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 7.17.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 10.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 15.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 15.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 19.
- **PPP São Lourenço:** Item 21.2.

De maneira geral, os editais preveem que eventuais Recursos Administrativos deverão ser interpostos mediante petição devidamente fundamentada, dirigida a Comissão Especial de Licitação, observando-se rito e demais disposições a respeito dos recursos nas disposições da Lei Federal nº 8.666/1993. Alguns contratos determinam sua remissão ao presidente da companhia estatal responsável pelo certame:

- PPP Linha 8 – CPTM;
- PPP da Linha 4 – Metrô.
- O edital da PPP da Habitação Social submete os recursos ao Secretário de Estado da Habitação Social.

1.12. Homologação e adjudicação

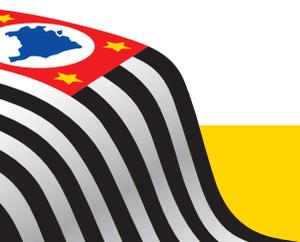
Uma vez declarado o vencedor da licitação, ou seja, depois de encerrados os prazos recursais atinentes à declaração da melhor proposta e à habilitação, seguem-se os atos de homologação e adjudicação na forma dos art. 38, VII e 43, § 3º, ambos da Lei Federal nº 8.666/93.

A homologação é o ato administrativo por meio do qual a autoridade superior atesta a conformidade jurídica de todo o processo de licitação e o seu atendimento ao interesse público. Ela pressupõe o exame, por esta autoridade, dos atos que integram o procedimento, apurando-se eventual existência de vício de legalidade, e, em caso positivo, procedendo-se ao seu saneamento ou à anulação do procedimento.

Já a adjudicação consiste na “entrega” do objeto da licitação para o licitante vencedor, sendo, portanto, um ato declaratório e que não se confunde com a celebração do contrato. Importante destacar que após a adjudicação, a Administração Pública somente poderá celebrar o contrato de PPP com a Sociedade de Propósito Específico constituída pelo vencedor da licitação.

A adjudicação constitui um ato vinculado, ou seja: uma vez atendidos os pressupostos da lei e do edital pelo vencedor, este é obrigado a realizá-lo, exceto nas hipóteses de anulação ou revogação⁶² do procedimento. Considerando que a adjudicação não é, em si, garantia de que o vencedor irá tomar as devidas providências para a assinatura, o edital pode prever o procedimento a ser seguido em caso de recusa de assinar o contrato, por parte do adjudicatário.

(62) Há posicionamentos no sentido da impossibilidade de revogação nesta etapa da licitação.



Exemplo 24 – Homologação e Adjudicação do vencedor da Licitação de PPPs no Estado de São Paulo

De maneira geral, os editais preveem que, uma vez julgadas as propostas, declarado o vencedor da licitação e constatada a regularidade da contratação, esta será homologada e seu objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo III – Alínea E – Item 3.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 16.1.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 11.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 11.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 13.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 11.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 18.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 18.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 17.
- **PPP São Lourenço:** Item 17.

1.13. Das sanções administrativas

As sanções administrativas são penalidades aplicáveis pela Administração aos licitantes em caso de descumprimento do edital, observado o disposto no art. 40, III da Lei Federal nº 8.666/93, que remete às penalidades previstas no art. 87 do mesmo diploma. Conforme a gravidade do descumprimento, as penalidades aplicáveis são as seguintes:

- Advertência;
- Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração Pública pelos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Para que sejam aplicáveis, as sanções devem estar devidamente previstas no edital, em especial no que toca à quantificação das multas e sua aplicabilidade conforme o nível de gravidade da falta cometida.

No caso da sanção de multa, o edital poderá conter a previsão de que esta sanção poderá ser aplicada cumulativamente a qualquer uma das outras modalidades.

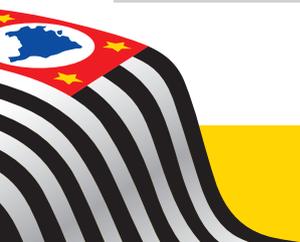
A Lei Federal nº 8.666/93 também prevê a aplicação de sanções civis e penais tanto para a própria Administração quanto para os particulares. No âmbito civil, as sanções aplicáveis aos agentes públicos são previstas no art. 82 e 83 da lei citada e podem ser, por exemplo, o dever de pagar perdas e danos com recursos próprios e pessoais. Podem também ser aplicados outros dispositivos de direito privado pertinentes ao caso concreto. No âmbito penal, foram especificadas sanções aos agentes públicos nos arts. 89, 91, 92, 94, 97, 98 da referida lei.

No que diz respeito especificamente aos particulares, foram previstas somente sanções administrativas e uma sanção penal, prevista no art. 90 da Lei Federal nº 8.666/93, que tem caráter concorrencial. Existem, no entanto, previsões penais que podem ser aplicadas tanto a Administração quanto aos Particulares, previstas nos arts. 93, 95 e 96 do dispositivo referido.

É importante destacar também que no art. 85 do mesmo diploma legal é evidenciada a revogação tácita dos dispositivos equivalentes do Código Penal, sendo, portanto, aplicada a Lei Federal nº 8.666/93.

Exemplo 25 – Sanções Administrativas Previstas em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Capítulo I – Alínea I – Item 2/Capítulo III -Alínea C – Item 4.2.2/Alínea C – Item 1.7/ Alínea H – Item 2.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 16.8.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 11.4.1.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 16.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** item 16.2
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 16.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Item 10.7 e Item 10.8 e Item 10.9.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 17.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 22



- **PPP São Lourenço:** Item 23.
- **PPP do Sistema Integrado Metropolitano da Baixada Santista:** Item 8.4 do Edital e Cláusula 12 do Contrato.

De maneira geral, os editais preveem que o retardamento do certame, a adoção de comportamento inidôneo, a não manutenção da Proposta Comercial, a realização de declaração falsa ou ainda a não adoção das providências necessárias à assinatura do contrato sujeita a licitante a penalidades como (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária do direito de participar de licitação e (iv) impedimento de licitar e contratar com a Administração.

Em geral, é prevista sanção específica para a recusa imotivada em assinar o contrato, por meio da fixação de multa específica ou da execução integral da garantia de proposta, sem prejuízo das demais sanções legalmente previstas.

1.14. Procedimento para assinatura do contrato

Com vistas a organizar as etapas que sucedem a adjudicação até a assinatura do contrato, é importante que o edital possua previsão expressa dos procedimentos que deverão ser adotados, bem como da lista de todos os documentos necessários, para a sua assinatura.

Por exemplo, deverão ser previstos os requisitos e elementos referentes à constituição da Sociedade de Propósito Específico que será a entidade signatária do futuro contrato de parceria, dentre os quais se costuma destacar os seguintes:

- Forma de organização societária;
- Composição mínima do capital social;
- Regras de governança; e
- Atos que devem ser precedidos de autorização do Poder Concedente.

Outras providências usualmente exigidas para a assinatura do contrato podem corresponder:

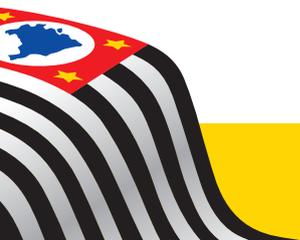
- À comprovação da constituição da SPE, observadas as condicionantes acima;
- À contratação dos seguros exigidos para início da concessão, na forma do contrato;
- À constituição da garantia de execução de contrato (performance bond) pela adjudicatária;
- À submissão do plano de negócios das licitantes, caso exigido pelo edital e caso o plano não tenha sido exigido em etapas anteriores da licitação.

Exemplo 26 – Procedimentos para Assinatura do Contrato adotados em Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Alínea G, itens 1 a 4.3 do Edital
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Itens 10.1.2 a 10.1.3 e 11.2 a 11.7 do Edital
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 12 do Edital
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Itens 16.1, 16.2, 16.3, 16.4 e 16.8.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 12 do Edital
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Itens 18.1 a 18.7 do Edital
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Itens 14.3 a 14.7 do Edital
- **PPP Nova Tamoios:** Item 18 do Edital
- **PPP São Lourenço:** Itens 17.2.2 e 17.2.3 do Edital
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Itens 16.4 a 16.7 do Edital.

De maneira geral, os editais contemplam determinadas exigências a serem atendidas pelo particular para assinatura do contrato. É previsto um prazo de convocação para a assinatura do contrato (em geral, 90 dias). Uma vez designada a data de assinatura, a vencedora do certame deverá comprovar:

- A constituição da SPE e apresentação de seus documentos societários,
- A constituição de garantia da proposta;
- A contratação dos seguros exigidos pelo contrato,
- Outras condições específicas, como a apresentação de certidões que comprovem a manutenção das condições de habilitação, a comprovação da integralização de capital social com capital próprio, a comprovação de que firmou contrato com subcontratadas principais, a comprovação de que efetuou pagamento para antigos contratados relacionados ao projeto, etc.

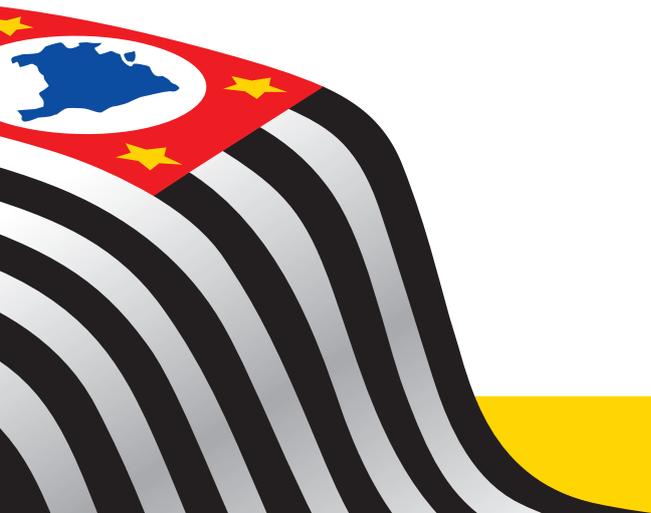


1.15. Das disposições finais

As disposições finais trazem preceitos complementares que não se enquadraram em outros itens do edital e, ao mesmo tempo, não são suficientemente extensos ou relevantes para suscitar a criação de uma cláusula específica para seu tratamento.

Exemplo 27 – Disposições finais dos Editais de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Item 21.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 14.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 19.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Item 19.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 19.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 18.
- **PPP Nova Tamoios:** Item 23.
- **PPP São Lourenço:** Item 26.



2. PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O CONTRATO

A seguir são apresentadas as descrições de alguns elementos que podem compor o Contrato de parceria. Igualmente, os precedentes citados referem-se a contratos de PPP, mas poderão igualmente ser adotados em concessões comuns, consideradas suas respectivas especificidades.

2. 1. Duração do contrato	165
2. 2. Valor do contrato	166
2. 3. Financiamentos	167
2. 4. Reajustes	168
2. 5. Concessionária (SPE)	169
2. 6. Contratações com terceiros	172
2. 7. Fiscalização	173
2. 8. Mecanismo de pagamento	174
2. 9. Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro	176
2. 10. Alocação de riscos	176
2. 11. Plano de seguros	177
2. 12. Garantia da execução do contrato pela Concessionária	178
2. 13. Regime de bens da concessão	180
2. 14. Desapropriação	183
2. 15. Solução de conflitos	184
2. 16. Sanções e penalidades aplicáveis	189
2. 17. Foro judicial	190
2. 18. Intervenção	191
2. 19. Transferência da concessão	192
2. 20. Assunção de controle pelos financiadores (Step In Rights)	193
2. 21. Caso fortuito e Força maior	195
2. 22. Extinção da concessão	196

2.1. Duração do contrato

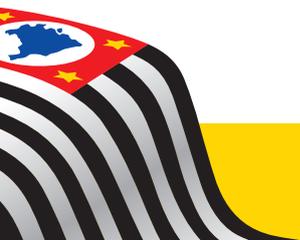
O contrato de PPP deve necessariamente possuir cláusula que estabelece o seu prazo de vigência. Tal prazo deverá ser compatível com a amortização dos investimentos a serem realizados, conforme o art.5º, I, da Lei Federal nº 11.079/2004. Ainda de acordo com a lei, a duração do contrato não poderá ser inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

A lei de Concessões comuns, vale destacar, não prevê limite mínimo nem máximo para o prazo de vigência do contrato, mas o prazo contratual constitui igualmente uma cláusula obrigatória do instrumento.

A fixação do prazo contratual deverá ser estabelecido, caso a caso, de acordo com o dimensionamento dos investimentos a serem realizados pela Concessionária e do prazo necessário à sua amortização.

Exemplo 28 – Duração do contrato de PPPs do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Conforme a Cláusula 5ª, o prazo do contrato é de 15 anos, podendo ser prorrogado.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 4ª, o prazo do contrato é de 32 anos, prorrogável por mais três anos.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 6ª, o prazo do contrato é de 20 anos, podendo ser prorrogado em até 15 anos.
- **PPP Nova Tamoios:** Conforme a Cláusula 6ª, o prazo do contrato é de 30 anos, podendo ser prorrogado por mais 5 anos.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 4ª, o prazo do contrato é de 25 anos, podendo ser prorrogado.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Conforme a Cláusula 6ª, o prazo do contrato é de 20 anos, podendo ser prorrogado
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 4ª, o prazo do contrato é de 25 anos, podendo ser prorrogado.
- **PPP de Habitação Social:** Conforme a Cláusula 5ª, o prazo do contrato é de 20 anos, podendo ser prorrogado.



- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Conforme a Cláusula 5ª, o prazo do contrato é de 15 anos, podendo ser prorrogado por mais 15 anos.
- **PPP São Lourenço:** Item 26.

2.2. Valor do contrato

O valor dos contratos de concessão, a incluir os contratos de PPP, deve ser calculado com base nos ativos da concessão ou nos recebíveis da futura Concessionária.

Para tanto, poderá levar em consideração, caso a caso:

- Valor total estimado de pagamentos a serem realizados pelo Poder Concedente a título de contraprestação e aporte de recursos durante todo o prazo da concessão;
- Valor total estimado de receitas da Concessionária durante todo o prazo da concessão, podendo incluir receitas com tarifas, preços públicos e demais decorrentes de atividades complementares e acessórias;
- Valor total dos investimentos a serem feitos pela Concessionária durante todo o prazo da concessão; ou
- Valor dos ativos da concessão, em especial daqueles desenvolvidos e implantados em decorrência do contrato assinado.

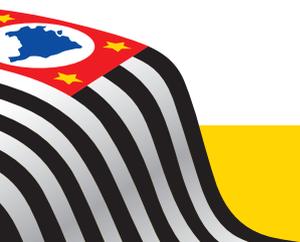
A fixação do valor do contrato, no caso das contratações de PPP, deve considerar a vedação estabelecida pelo art.2º, § 4º da Lei 11.079/2004, que proíbe a realização de contratações com valor inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sobretudo em virtude dos altos custos de avaliação e modelagem dos projetos de PPP. Esta vedação não se aplica às concessões comuns, que podem contemplar quaisquer valores, desde que justificados para viabilizar o projeto e a contratação de longo prazo.

Por fim, é importante lembrar que o valor do contrato deverá ter como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o caso de concorrências de âmbito internacional⁶³.

(63) Nos termos do art. 5º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Exemplo 29 – Valor do Contrato e critério adotados em PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Conforme a Cláusula 6ª, o valor do contrato é de R\$ 997.377.948,00, calculado com base no preço unitário (R\$/m³).
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 5ª, o valor do contrato é de R\$ 790.000.000,00, correspondentes ao montante total estimado dos investimentos sob a responsabilidade da Concessionária
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 7ª, o valor do contrato é de R\$ 2.654.663.503,34, composto pelo somatório do aporte, da contraprestação pecuniária e as decorrentes da tarifa de remuneração.
- **PPP Nova Tamoios:** Conforme a Cláusula 7ª, o valor do contrato é de R\$ 3.906.334.654,07 correspondente ao somatório dos valores de investimentos previstos ao longo do Prazo Contratual.
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 5ª, o valor do contrato é de R\$ 23.138.729.185,58, composto pelo somatório do aporte, da contraprestação pecuniária e as decorrentes da tarifa de remuneração.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Conforme a Cláusula 7ª, o valor do contrato é de R\$ 1.802.440.214,02, calculado com base nos valores nominais da contraprestação proposta
- **PPP de Habitação Social:** Conforme a Cláusula 6ª, o valor do contrato é de R\$ 1.857.709.240,00, correspondente ao somatório dos valores das receitas a serem auferidas pela Concessionária com a execução do contrato.
- **PPP São Lourenço:** Conforme a Cláusula 5ª, o valor do contrato é de R\$ 6.045.746.601,52, correspondente ao somatório das receitas projetadas a serem auferidas pela SPE no decorrer da concessão.



2.3. Financiamentos

Em projetos de volume e prazo como as concessões comuns e PPPs, a captação de financiamentos pela Concessionária é de extrema importância para a viabilização dos contratos. Por essa razão, a legislação e os contratos comumente pontuam algumas diretrizes sobre o tema. Embora a Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos contenha poucas disposições a respeito do financiamento e dos financiadores da concessão, a Lei Federal de PPPs trouxe importantes mecanismos sobre o tema.

Em primeiro lugar, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de PPP são estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 24 da Lei 11.079/2004. O contrato de PPP também poderá prever, nos termos do art. 5º, §2º:

- Requisitos e condições para que o Poder Concedente autorize a transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico para seus financiadores, mecanismo este comumente denominado *step in rights*;
- Possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias do Poder Concedente; e
- Legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de Parcerias Público-Privadas.

Por fim, de acordo com o disposto no art. 5, IX, o contrato de PPP deverá prever cláusulas que regulem o compartilhamento com o Poder Público de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

No caso das concessões comuns, assim como nos contratos de PPP, o art. 28 da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos autoriza que as Concessionárias ofereçam em garantia do financiamento os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. A Lei Estadual de Concessões, em seu art. 30, admite ainda o estabelecimento de outras garantias no contrato de financiamento, mediante anuência do Poder Concedente, e preservada a prestação dos serviços, a legalidade e os demais princípios constitucionais da Administração Pública. Foi igualmente estendido ao regime das concessões comuns a possibilidade de assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garanti-dores (*step in rights*), nos termos do atual art. 27-A da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

Exemplo 30 – Disposições sobre financiamento adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 22ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Item 10.4 do Edital e disciplinado ao longo do contrato.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Subcláusula 32.1.7.
- **PPP Nova Tamoios:** Subcláusula 34.2.
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 16ª.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 4ª.
- **PPP de Habitação Social:** Cláusula 18ª.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 26ª.
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 16ª.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Item 16.5 do edital e Subcláusula 30.1.6 do contrato.

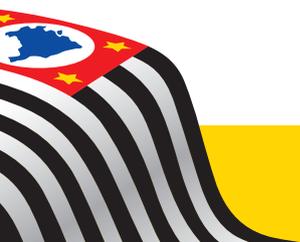
Em geral, os contratos preveem que a Concessionária será responsável por obter os financiamentos, sendo autorizada a oferecer como garantia os direitos emergentes do contrato.

2.4. Reajustes

O reajuste, em termos gerais, pode ser entendido como a reposição da equivalência monetária de um preço previamente estipulado em um contrato. Ou seja, trata-se de repor, ao fim de um determinado período, o poder de compra de uma prestação, por meio da aplicação de um índice monetário capaz de recompor o valor deteriorado com a passagem do tempo.

Em virtude da pluralidade de índices e fórmulas previstos na legislação aplicável ao reajuste financeiro, é desejável que o contrato preveja o regramento específico incidente a cada valor ou receita pecuniária prevista.

Destaca-se ainda que, na PPP, o reajuste incidirá tanto sobre as tarifas (se houver), quanto sobre a contraprestação pecuniária à cargo do Poder Público, bem como ao aporte de recursos e demais receitas e pagamentos pecuniários envolvidos no âmbito de cada contrato



No caso de concessões comuns, os critérios e procedimento para reajuste são cláusulas essenciais do contrato, cabendo ao Poder Concedente homologar o reajuste (arts. 23, IV e art. 29).

Exemplo 31 – Critérios de reajustes adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 16^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 7^a.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 25^a.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 29^a.
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 7^a determina que o reajuste será automático, a partir de fórmula que atualiza as receitas tarifárias de acordo com o IPC/FIPE – USP.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** A Cláusula 10^a prevê reajuste da contraprestação pecuniária de acordo com o IPC/FIPE – USP.
- **PPP de Habitação Social:** A Cláusula 8^a prevê reajuste do aporte de recursos pelo INCC e da contraprestação pelo índice IPCA/FGV.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 15^a.
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 7^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A Cláusula 22^a prevê dois tipos de reajuste: o pagamento dos investimentos (Parcela A) é reajustado pelo IPC/FIPE, enquanto o pagamento pelos serviços (Parcela B) é reajustado pelo VPP/CMED para cada um dos equipamentos.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** A Cláusula 16 determina que o reajuste será anual e automático na data base estipulada em contrato, atendendo a fórmula que atualiza a remuneração da Concessionária de acordo com o INCC e IPCA/FGV.

2.5. Concessionária (SPE)

Tanto no caso das concessões comuns como no caso das PPPs, em geral é constituída SPE para explorar o objeto do contrato.

Nos contratos de PPP, a Concessionária é obrigatoriamente uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), a ser constituída antes da celebração do contrato, de acordo com as leis brasileiras e com a finalidade exclusiva de operar a concessão, conforme estabelecido pelo art. 9º da Lei 11.079/2004.

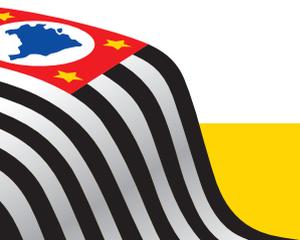
A SPE é constituída pelo licitante ou consórcio vencedor da licitação e poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. Deverá ainda obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

Exemplo 32 – Disposições sobre a SPE adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusulas 7ª e 8ª e Anexo I do Contrato
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 35ª.
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 18ª.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 6ª e Anexo II do Contrato
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 18ª e Anexo XIV do Contrato
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 30ª.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 19ª e Anexo II do Contrato
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 32ª

De maneira geral, os contratos contemplam as seguintes disposições sobre a SPE:

- Previsão de patrimônio líquido mínimo e de capital social mínimo, bem como prazo para a integralização do capital.
- Não se admite o exercício de atividade distinta de seu objeto social.
- Poderá ceder em garantia os direitos decorrentes do contrato.
- Poderá deter participação em capitais não nacionais.
- Deverá obedecer aos padrões de governança corporativa e adotar contabilidade de demonstrações financeiras padronizadas, conforme a legislação societária.
- Regras para a alteração de seus documentos societários ou de sua composição acionária (v. Abaixo Tabela 40).



2.5.1 Transferência do controle da Concessionária e alterações societárias

A transferência do controle da Concessionária estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública (art.9º, §1º da Lei nº 11.079/2004 e art. 27 da Lei n. 8.987/1995), nos termos do edital e do contrato. Referida autorização dependerá do cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, que estabelece que o novo controlador deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Deverá ser igualmente prevista a regra para a realização de alterações societárias da Concessionária durante a execução do contrato, distinguindo entre aquelas que deverão simplesmente ser levadas ao conhecimento do Poder Concedente e aquelas que dependerão de prévia anuência dele para se concretizarem. As operações que envolvam a transferência do controle dependerão, necessariamente, de anuência prévia do Poder Concedente.

A disciplina contratual sobre transferência de controle deve considerar também que o tema tem como base para sua definição do art. 116 da Lei 6.404/1976 (A Lei das Sociedades por Ações). Importa notar que, nem sempre certa transferência de controle configurará alienação do controle. Se o controle efetivo, direto ou indireto, da companhia continuar nas mãos da mesma pessoa, física ou jurídica, não se pode falar em alienação do controle (tal como definida no art. 254-A da Lei das S/A), mesmo que a operação tenha sido realizada no bojo de uma reestruturação societária.

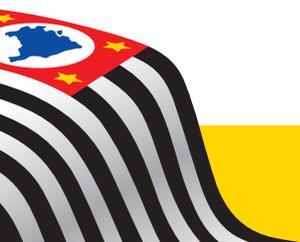
Exemplos de disposições contratuais a respeito da transferência de controle de Sociedade de Propósitos Específicos em PPPs são apresentados na tabela a seguir.

Exemplo 33 – Possibilidade de transferência de controle adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 9ª
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 36ª
- **PPP da Linha 4-Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 31ª
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 49ª
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 32
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 7ª
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 31ªY
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 40ª
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 33ª
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 49ª

De maneira geral, os contratos determinam a que transferência do controle acionário fica condicionada à:

- Apresentação de requerimento ao Poder Concedente;
- Comprovação de que a empresa a que se transferirá a concessão atenda as exigências de regularidade jurídica e fiscais, capacidade técnicas e idoneidade financeira requeridas no Edital e demais requisitos legais;
- Anuência do Poder Concedente.
- **PPP Nova Tamoios:** Especificidade: A Cláusula 36ª condiciona a transferência do controle societário da SPE à apresentação de Notificação de Transferência de Controle, com, no mínimo, as seguintes informações: (i) explicação da operação societária e da estrutura societária proposta após a transferência; (ii) justificativa; (iii) indicação e qualificação das sociedades que passarão a figurar como Controladoras ou integrantes do Bloco de Controle; (iv) demonstração do quadro acionário da SPE após a operação; (v) demonstração da habilitação das novas sociedades; (vi) compromisso dos novos controladores de que cumprirão as obrigações contratuais; (vii) compromisso de todos os envolvidos de que a operação ficará suspensa até que obtida a aprovação nos órgãos competentes, inclusive o CADE.



2.6. Contratações com terceiros

A possibilidade de contratação de terceiros é regida pelas disposições do art. 31 da Lei nº 8.987/1995, que estabelece que as contratações feitas pela Concessionária são regidas pela legislação privada e trabalhista, não sendo aptas a travar qualquer tipo de vínculo com o Poder Concedente. Por se tratar de uma concessão, é conferida grande liberdade empresarial para a Concessionária dimensionar suas obrigações e a forma de melhor atendê-las. A regra, então, tenderá a ser a liberdade. As hipóteses de regramento de eventuais subcontratações ou outras contratações com terceiros deverão ter justificativa de interesse público relacionadas, por exemplo, com a continuidade dos serviços. É o caso da previsão de que eventuais contratos relacionados a serviços essenciais para a concessão deverão conter cláusula que preveja a subrogação automática ao Poder Concedente em caso de extinção antecipada do contrato.

Exemplo 34 – Possibilidade de subcontratação adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 36^a
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 39^a
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 35^a
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 13^a
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 34^a
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 26^a
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 36^a
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 35^a

De maneira geral, os contratos preveem que a Concessionária, por sua conta e risco, poderá contratar com terceiros o desenvolvimento das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, devendo:

- Informar a contratação ao Poder Concedente;
- Exigir que os terceiros contratados demonstrem regularidade fiscal, previdenciária, trabalhista e outras pertinentes;
- Vedação de subcontratação de pessoas jurídicas ou físicas que estejam cumprindo pena de suspensão temporária de participação de licitação, de impedimento de contratar com o Poder Concedente ou declaradas inidôneas.

Alguns contratos exigem a apresentação de outros dados da subcontratação, como por exemplo os dados de nome, qualificação e endereço dos administradores e prepostos da empresa a ser contratada; a descrição objetiva dos serviços a serem contratados; a data prevista para início e conclusão dos serviços; a apresentação dos atos constitutivos da subcontratada; etc.

2.7. Fiscalização

Um dos principais poderes e, ao mesmo tempo, dever do Poder Concedente consiste na fiscalização dos contratos, de modo a garantir que a Concessionária cumpra com suas obrigações, e em casos de descumprimento, realize as devidas correções e sofra as penalizações contratualmente previstas.

Nos contratos de parceria, sobretudo aqueles em que há o estabelecimento de metas e parâmetros de desempenho, a fiscalização ganha ainda maior relevância.

A Lei nº 8.987/1995, em seu art. 3º, determina que as concessões serão permanentemente fiscalizadas pelo Poder Concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

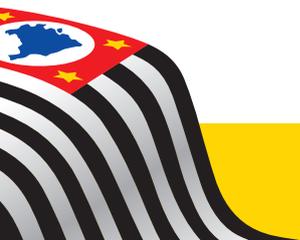
Na mesma linha, a Lei Paulista de PPP estabelece que o parceiro privado deve submeter-se à fiscalização da Administração Pública, permitindo o acesso de seus agentes às instalações, informações e documentos inerentes ao contrato, inclusive seus registros contábeis. Para realizar a fiscalização a contento, o Poder Concedente poderá, no exercício dessa atividade acessar dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária⁶⁴.

A fiscalização da concessão é concebida de forma ampla, ou seja, abrange não apenas os serviços prestados e as obras realizadas, mas também o funcionamento da SPE, em todos os seus aspectos.

Convém que as regras relacionadas ao procedimento de aplicação de sanções, bem como as previsões de multas, apresentem disciplina contratual objetiva e detalhada – inclusive com gradação das multas. A cautela se justifica, sobretudo, em setores pouco regulados, para evitar margem de discricionariedade excessiva à Administração para aplicação de penalidades e consequente insegurança jurídica ao particular contratado.

Como visto, existe a possibilidade de a fiscalização ser realizada com o auxílio de órgão técnico do Poder Concedente ou por entidade com ele conveniada ou contratada (nesse último caso, o verificador independente). Pode-se igualmente prever a realização de fiscalização periódica por comissão mista, composta de representantes do Poder Concedente, da Concessionária e dos usuários. Para tanto, o contrato e edital deverão prever regras para a constituição e funcionamento da referida comissão.

(64) Conforme art. 30 da Lei nº 8.987/1995.



Vale mencionar ainda que a Lei Paulista de PPP estabelece como incumbência do Conselho Gestor de PPP fiscalizar a execução das Parcerias Público-Privadas.

Exemplo 35 – Mecanismos de fiscalização adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 25^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 18^a.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 40^a.
- **PPP da Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 9^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 19^a.
- **PPP de Habitação Social:** Cláusula 11^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 30^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusulas 36^a e 37^a.

2.8. Mecanismo de pagamento

A remuneração da Concessionária corresponde às receitas recebidas pela execução do objeto do contrato. Ela pode corresponder apenas à contraprestação paga pelo Poder Concedente, nos casos de concessão administrativa, ou ao recebimento de tarifa dos usuários acrescidas da contraprestação pública, no caso de concessões patrocinadas, e na hipótese das concessões comuns, a remuneração irá consistir exclusivamente decorrente das tarifas pagas pelos usuários. No caso das PPPs, os pagamentos podem ainda compreender a percepção de aporte de recursos, quando expressamente previsto no edital e no contrato.

Na fixação do modelo tarifário, a Administração Pública deve buscar a menor tarifa inicial. É preciso indicar expressamente a escolha sobre o custo médio ou marginal e os critérios de avaliação de investimento, e também a solução quanto a reajuste. O mecanismo de pagamento pelos usuários deve ser estabelecido nos contratos, tendo como base a forma de prestação dos serviços. É preciso também considerar a previsão do art. 13 da Lei nº 8.987/1995, que prevê que as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Essa disposição relaciona-se à meta de modicidade tarifária, que constitui pressuposto tanto das concessões comuns como das concessões patrocinadas. Nesse sentido, na estrutura tarifária do serviço público é possível usar tarifação extrafiscal com o intuito de ampliar o

acesso do serviço à população mais carente – tarifas sociais – ou a regular a utilização de bens escassos envolvidos na prestação – tarifas regulatórias. A política tarifária deverá ainda levar em consideração as eventuais gratuidades estabelecidas em lei.

Sobre as várias formas de composição da tarifa e da contraprestação pública, v. acima item 7.2.3.2.

Quanto ao pagamento da contraprestação por parte do Poder Concedente, a grande inovação da Lei Federal de PPP refere-se à possibilidade de vincular o valor recebido com seu desempenho. O mecanismo de variação da remuneração conforme o desempenho pode igualmente ser utilizado para as concessões comuns, caso seja pertinente no caso concreto.

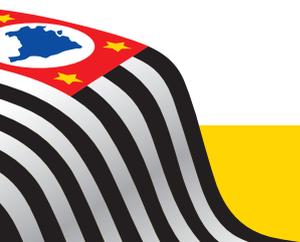
Este mecanismo viabiliza um real incentivo à boa execução das obrigações contratuais por parte da Concessionária e, para que tenha efetividade, deve ser rigorosamente acompanhado.

Para que a remuneração seja variável conforme o desempenho da Concessionária, é necessário que o contrato de parceria possua:

- Mecanismo objetivo e claro de verificação do desempenho da Concessionária, mediante a definição de indicadores de desempenho e dos critérios de sua aferição;
- Ferramentas de fiscalização e aferição dos indicadores; e
- Critérios de incidência das variações dos indicadores de desempenho no cálculo da contraprestação (ou da tarifa) a ser percebida pela Concessionária.

Exemplo 36 – Mecanismos de Remuneração adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP da Linha 6 Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 6ª, a remuneração é composta por receita tarifária (R\$ 1,60 por passageiro) + contraprestação pecuniária (R\$ 606.787.363,80 mensais) + aporte de recursos + receitas acessórias
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Conforme as Cláusulas 19ª, 21ª e 22ª, a remuneração é composta por contraprestação mensal (parcela fixa + parcela variável) + receitas acessórias
- **PPP Alto Tietê:** Conforme as Cláusulas 15ª e 19.2, a remuneração é mensal e calculada com base em preço unitário (R\$/m³) + receitas acessórias.



- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme Cláusulas 6ª e 10ª, a remuneração é composta por tarifa + contraprestação em duas etapas + receitas acessórias
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Conforme a Cláusula 8ª, a remuneração é composta por contraprestação mensal (parcela variável + fixa)
- **PPP Nova Tamoios:** Conforme as Cláusulas 22ª, 23ª, 24ª e 25ª, a remuneração é composta por tarifa de pedágio + contraprestação mensal + aporte de recursos + receitas acessórias
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô de São Paulo:** Conforme as Cláusulas 6ª, 17ª e 27ª, a remuneração é composta por tarifa + contraprestação + aporte de recursos + receitas acessórias.
- **PPP de Habitação Social:** Conforme as Cláusulas 7ª e 9ª, a remuneração é composta por contraprestação mensal + receitas acessórias.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 14ª e 19.2: remuneração corresponde a contraprestação mensal + receitas acessórias.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Conforme a Cláusula 15ª, a remuneração é composta por contraprestação pecuniária (básica + adicional)

2.9. Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro

Os mecanismos ou metodologias de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual foram construídos com o objetivo de indicar o quantum do desequilíbrio, bem como o quantum a ser reequilibrado em virtude do evento causador do impacto contratual cujo risco não foi atribuído à parte por ele afetada.

Importante dizer que quanto mais claros e precisos os métodos de recomposição do equilíbrio no contrato, maiores as chances de uma relação contratual transparente e justa. Por essa razão, as cláusulas contratuais que o descrevem devem ser redigidas com grande precisão.

Esses mecanismos buscam, geralmente, retratar economicamente a equação original do contrato, que, segundo garantia constitucional, deve ser preservada ao longo da contratação. Nessa esteira, a prática das concessões tem revelado a hegemonia de duas metodologias: a consideração da taxa de retorno (TIR) da proposta e o Fluxo de Caixa Marginal (FCM). Caso se opte pela metodologia Fluxo de Caixa Marginal, o processo de recomposição será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado

em razão do evento que ensejou o desequilíbrio, considerando (i) os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mediante aplicação de fórmula paramétrica contratualmente estabelecida.

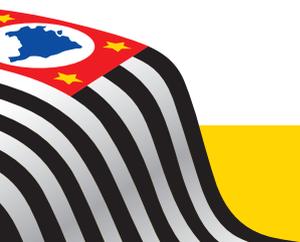
Por outro lado, caso defina-se a metodologia da manutenção da taxa interna de retorno (TIR) da proposta, a recomposição do equilíbrio terá como referência o valor presente líquido da proposta econômica, considerando a taxa de desconto fixada contratualmente.

Não é possível afirmar a priori a existência de um mecanismo ou critério definitivo, mais completo ou mais correto para a realização de reequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão. Assim, a escolha da metodologia adequada deverá ocorrer com fundamento em estudos preparatórios à concessão, que levarão em consideração as particularidades do objeto concedido, os riscos e sua alocação, o setor econômico em que a concessão se insere e os objetivos (em termos de eficiência econômica, universalidade, modicidade tarifária, entre outros) que o Poder Concedente quer que direta ou indiretamente sejam perseguidos pela Concessionária (sobre os critérios para o cálculo do desequilíbrio e sua recomposição, ver ainda o item 6.8 do Manual).

2.10. Alocação de riscos

O contrato deverá ainda dedicar uma ou mais cláusulas a exprimir contratualmente a alocação de riscos entre as partes, em conformidade com as decisões expressas na matriz de riscos ou em documento com finalidade equivalente.

A fixação de um regime jurídico detalhado do risco é essencial para a eficiente estruturação dos contratos de concessão, com a sua divisão objetiva entre Poder Concedente e Concessionária. Dessa forma, como garantia dos princípios da eficiência e da boa-fé contratual, os riscos devem ser minuciosamente e objetivamente divididos, conforme os artigos 4º, VI e 5º, III da Lei nº 11.079/2004, e expressamente previstos no contrato. Ainda que não exista disposição igualmente específica na Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, é recomendável que qualquer contrato de concessão comum proceda a uma minuciosa repartição de riscos entre a Concessionária e o Poder Concedente, com vistas a evidenciar os contornos da contratação e a evitar discussões futuras a respeito de eventual direito ao reequilíbrio contratual.



Para a indicação dos elementos que deverão nortear a alocação de riscos no contrato, bem como para uma disciplina detalhada do tema, v. 7.2.5.1 do Manual.

2.11. Plano de seguros

A exigência de contratação de seguros nas concessões é uma forma de mitigar eventuais efeitos advindos dos riscos mais relevantes relacionados ao objeto do contrato.

Por vezes, a obrigação de contratar um determinado seguro decorre da própria legislação. Em outros casos, é plenamente possível que o contrato preveja a obrigação de contratar outros seguros, com a finalidade de assegurar a boa execução da concessão e a sua continuidade.

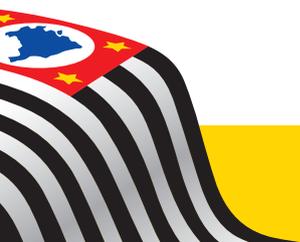
A determinação pelo edital e contrato de quais seguros devem ser contratados deve levar em consideração além da legislação aplicável⁶⁵, as especificidades do projeto concedido e ainda, as diversas etapas da execução contratual.

É conveniente que o contrato de parceria preveja, além dos tipos de seguro a serem contratados, a extensão de sua cobertura e sua vigência. Ainda, é desejável que o Poder Concedente seja cossegurado nas apólices de seguro e que as indenizações dos sinistros cobertos pelas referidas apólices sejam destinadas primordialmente para repor ou recuperar o bem sinistrado, dentro das características originais e sem prejuízo a funcionamento dos empreendimentos relacionados à concessão.

(65) Conferir, em especial, a Lei Complementar Federal nº 126/2007 e as normas técnicas do Conselho Nacional de Seguros Privados e da SUSEP.

Exemplo 37 – Planos de Seguros adotados em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 23 o Plano de Seguros deverá conter:
 - Seguro do tipo “todos os riscos” para danos materiais sobre os bens integrantes da concessão;
 - Seguro contra responsabilidade civil
 - Seguro de Riscos de Engenharia do tipo “todos os riscos”
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 28, o Parceiro Privado se obriga a manter em seu plano de seguros, no mínimo, os seguintes seguros:
 - Seguro de Engenharia;
 - Seguro de Responsabilidade Civil Geral e Cruzada;
 - Seguro de Responsabilidade Civil – Prestação de Serviços em lugar de Terceiro;
 - Seguro de Transporte de Materiais e Equipamentos;
 - Seguro Multi-riscos;
 - Seguro de Responsabilidade Civil Operações;
 - Seguro de Responsabilidade Civil por Danos Materiais;
 - Seguro de Acidentes do Trabalho.
- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 33^a
- **PPP Linha 4-Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 14^a
- **PPP Linha 6-Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 23^a e Anexos XXXV e XXXVI do Edital
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8-Diamante da CPTM:** Cláusula 18^a
- **PPP da Habitação Social:** Cláusula 23^a
- **PPP Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 25^a e Anexo 5
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 33^a e Anexo XIX do Contrato
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 21



2.12. Garantia da execução do contrato pela Concessionária

A garantia de execução do contrato pela Concessionária tem a função de salvaguardar os interesses do Poder Concedente, na medida em que facilita a execução de multas e demais penalidades aplicadas à Concessionária.

Nos termos do art. 5º, VIII da Lei nº 11.079/2004, o contrato de PPP deve prever, necessariamente, a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987/1995. As concessões comuns devem igualmente prever garantias para a adequada execução do contrato (Lei Estadual de Concessões, art. 8º, inciso IX), sendo esta obrigatória nos casos de concessão de serviços públicos precedida de obra pública (arts. 18, inciso XV, e art. 23, parágrafo único, inciso II da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos).

É possível que as garantias sejam prestadas na forma de fiança bancária, seguro-garantia, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública. No caso de garantias emitidas por bancos ou seguradoras – como o caso da fiança bancária e do seguro garantia, respectivamente – é frequente que o edital e contrato exijam verificação do perfil de crédito das referidas entidades (rating).

O contrato deverá prever também o prazo e a forma de renovação da garantia.

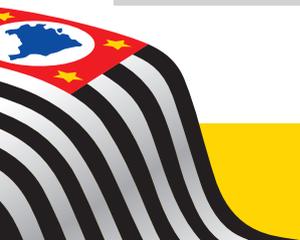
Pode-se ainda prever que o valor das garantias varie conforme as necessidades e características de cada fase de execução contratual, levando em consideração o vulto dos investimentos e obrigações do parceiro privado ao longo do tempo.

No caso de serem executadas as garantias prestadas pelo particular, para que seja possível a continuidade do contrato de concessão, deve-se assegurar que tenha havido o oferecimento de garantias que possam ser reconstituídas pelo parceiro público em valores e qualidade equivalentes às originalmente existentes.

Por esse motivo, deverão ser previstos critérios, e prazo, para a recomposição ou reposição da garantia prestada. Sobre outras características da garantia de execução do contrato, v. Item 7.2.5.2.2 do Manual.

Exemplo 38 – Exemplos de garantia da execução do contrato pela Concessionária adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 24 e o Anexo XVI preveem a constituição de garantia correspondente a 5% do valor do contrato, com liberação gradual durante a Fase II da PPP.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 30ª e Anexo VI, a garantia de execução corresponde a 5% dos investimentos
- **PPP Alto Tietê:** Conforme a Cláusula 30ª, garantia de execução corresponde a 5% do valor do contrato, sendo que 50% da garantia, referente à obra, é liberada com a sua conclusão e 50%, referente ao serviço, é liberada quando da devolução do Sistema, ao final da concessão.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 14ª, a garantia de R\$ 79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais) será gradualmente liberada mediante o cumprimento de etapas: 25% na contratação do fornecimento do material rodante da Fase I, 20% no início da operação comercial da Fase I, 40% na contratação do fornecimento do material rodante da Fase II, 10% no início da operação comercial da Fase II, 5% no recebimento definitivo.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Conforme a Cláusula 17ª, a garantia de execução no valor de R\$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões) é liberada gradualmente, mediante cumprimento das etapas previstas contratualmente
- **PPP Nova Tamoios:** Conforme a Cláusula 33ª e o Anexo XX, foram estabelecidos valores maiores para a garantia nos primeiros anos do contrato, sendo que do ano 6 ao 26 do contrato a garantia é reduzida, voltando a aumentar ao final do contrato
- **PPP da Linha 18 – Bronze do Metrô de São Paulo:** Cláusula 24ª e Anexo XVI
- **PPP de Habitação Social:** Conforme a Cláusula 24ª e o Anexo IV, a prestação da garantia de execução do contrato observou a divisão da concessão em três lotes. Previu-se, assim, a apresentação de execução de garantia da proposta individualmente para cada lote, no montante correspondente a 3% do valor do investimento previsto para cada lote. Previsão de variação do valor da garantia de execução do contrato de acordo com cronograma específico.
- **PPP São Lourenço:** Conforme a Cláusula 19ª, a garantia é de 10% do investimento para a fase 1 (obras), e de 0,5% do valor do contrato para a fase 2 (serviços).
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 27ª e Anexo VI



2.13. Regime de bens da concessão

O edital e o contrato de parceria devem apresentar o regime dos bens que são utilizados pela Concessionária na execução do objeto contratual.

O patrimônio envolvido na concessão pode ser dividido em três classes de bens:

- Bens que são do domínio público e que são transferidos para a posse da Concessionária, sem com isso se tornarem bens patrimoniais do privado;
- Bens que são adquiridos pela Concessionária no curso da concessão ou para implementar o objeto concedido, mas que, por serem imprescindíveis ao serviço público, recebem um tratamento de bem público e ao fim da concessão reverterem para o patrimônio do Poder Concedente;
- Bens privados da Concessionária que integram o patrimônio desta e que, por não serem imprescindíveis ao serviço concedido, não são reversíveis.

A compreensão desse regime influenciará as disposições do edital e do contrato, sobretudo no que diz respeito à diferenciação entre os bens reversíveis e aqueles que não são. Na forma dos arts. 18 e 23 da Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, aplicáveis a todas as parcerias, a regulação dos bens reversíveis é cláusula obrigatória dos contratos de concessão, devendo o edital prever a indicação dos bens reversíveis, suas características e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão.

O art. 5º, inciso X da Lei nº 11.079/2004 estabelece ainda mecanismos para vistoria dos bens reversíveis e contempla, inclusive, a possibilidade de retenção de parcela da contraprestação para reparação de vícios ou insuficiências nesses bens.

Deve-se ainda levar em consideração a influência do sistema de aportes de recursos pelo Poder Público, nos termos do art. 6º, §2º da Lei nº 11.079/2004. Nesse caso, ainda que o bem seja considerado reversível, as normas contábeis aplicáveis⁶⁶ preveem que a infraestrutura a ser implantada pela Concessionária não deixa de integrar o acervo patrimonial do Poder Concedente. Aquilo que corresponde ao ativo da Concessionária limita-se aos direitos relativos à concessão e a expectativa de recebimentos que esses direitos geram. Constitui ativo do particular o próprio contrato de concessão, e não a infraestrutura eventualmente envolvida na delegação dos serviços.

(66) Interpretação Técnica ICPC 01 Contratos de Concessão pelas empresas reguladas brasileiras (Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRIC 12). V., ainda, a Orientação OCPC 05 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

Por outro lado, o art. 6º, §5º da Lei nº 11.079/2004 prevê que os bens que tenham sido objeto de aportes, mesmo que não tenham sido totalmente integralizados ou amortizados ao término da PPP, não poderão ser indenizados. Nesse ponto ressalta-se que, de acordo com as normas de contabilidade pública, considera-se tais bens como sendo públicos.

Para fins de delimitação do regime jurídico dos bens nas concessões, deve-se considerar ainda o teor do art. 6º, IV da Lei nº 11.079/2004 que possibilita a outorga, pelo Poder Concedente, de direitos sobre bens públicos dominicais como forma de contraprestação. Nesse caso, os bens em questão integram o acervo de bens da Concessionária, sem, contudo, se tornar um bem integrante de seu patrimônio. Nesse caso, após o término da vigência contratual cessam os direitos outorgados e transferem-se a posse e o domínio dos bens ao Poder Concedente.

Exemplo 39 – Cláusulas de regime de bens adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Nova Tamoios:** Segundo a Cláusula 8ª, são bens da Concessão:
 - Todos os bens vinculados à operação e manutenção dos serviços concedidos;
 - Os bens adquiridos ou construídos pelo Parceiro Privado, ao longo de todo o Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do serviço.

Ainda, depende de anuência prévia do Poder Concedente a alienação, constituição de ônus ou transferência, de qualquer natureza, dos Bens Reversíveis, pelo Parceiro Privado a terceiros

Os bens empregados ou utilizados pelo Parceiro Privado que não constem do Termo de Arrolamento Definitivo e que não se qualifiquem como Bens Reversíveis serão considerados bens exclusivamente privados e poderão ser livremente utilizados e transferidos pelo Parceiro Privado, as desapropriações foram definidas como incumbência da Concessionária, que deverá exercê-las por sua conta e risco. Os custos deste procedimento serão cobertos pelo Poder Concedente por meio de Aporte de Recursos.

- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Segundo a Cláusula 30ª, integram os bens da Concessão:
 - Todos os bens vinculados aos serviços concedidos.
 - Os bens construídos, implantados e adquiridos pela Concessionária, e por ela ampliados e instalados ao longo de todo o prazo contratual.
 - A alienação de bens da concessão só poderá ocorrer se houver:
 - Autorização do Poder Concedentes
 - Se os bens não estiverem mais afetados à prestação dos serviços ou se estes forem substituídos imediatamente por outros de igual condição.



2.13.1 Bens vinculados à concessão e bens reversíveis

Os editais e contratos de concessão devem apresentar tratamento para bens vinculados à concessão e em especial, para os bens reversíveis.

São bens vinculados à concessão todos os bens materiais e imateriais utilizados pela Concessionária na execução do contrato, sejam eles considerados bens reversíveis ou não, englobando os bens sobre os quais a Concessionária detém o domínio e aqueles em relação aos quais o Poder Concedente cede o uso ao particular contratado.

Os bens reversíveis são espécie de bens vinculados: aqueles considerados essenciais à continuidade dos serviços objeto da concessão e que serão revertidos ao concedente ao término do contrato. Deve-se evitar a consideração de bens como reversíveis pelo prisma patrimonial, como mecanismo de apropriação pelo Poder Concedente de patrimônio da Concessionária, pois tal objetivo pode gerar ônus de indenização para o poder público ao fim da concessão. Devem ser tratados como reversíveis, independentemente do aspecto patrimonial, os bens sem os quais a utilidade pública objeto do contrato não possa ser oferecida, após o término do ajuste, pelo próprio Poder Público ou por outro delegatário seu.

As cláusulas sobre os bens reversíveis (consideradas essenciais nos termos do art. 23 da Lei nº 8.987/1995) devem apresentar a indicação desses bens, com suas características e condições em que serão colocados à disposição do contratado (conforme art. 18, X e XI da Lei nº 8.987/1995).

Os bens vinculados à concessão ou investimentos neles realizados – a incluir os bens reversíveis – deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária durante a concessão, de acordo com os termos da legislação vigente.

Além disso, convêm prever procedimentos aplicáveis no caso de encerramento antecipado do contrato, como por exemplo, a forma de cálculo de eventuais indenizações e procedimentos para inventário dos bens reversíveis, contendo a indicação do estado desses.

2.13.2. Reversão dos bens da concessão

A reversão deverá exigir que os bens estejam em condições adequadas de operação, utilização e manutenção, bem como livres de quaisquer ônus, encargos, valor residual, tributo, obrigação, gravame, ou cobrança de qualquer valor pela Concessionária. Por força do

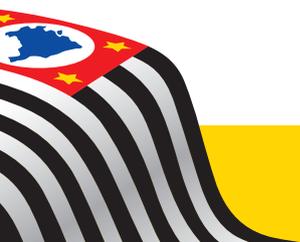
princípio da continuidade dos serviços concedidos, os bens revertidos ao Poder Concedente deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços.

O contrato poderá prever, para as situações em que a Concessionária não possibilite a reversão dos bens de acordo com as condições estabelecidas no contrato, que o Poder Concedente terá direito a indenização, a ser calculada nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo das sanções cabíveis e execução de seguro e da garantia contratual.

Exemplo 40 – Cláusulas sobre reversão dos bens adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 28ª.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 49ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusulas 22.2, 22.3, 22.4.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 32ª.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Subcláusula 23.2 e 23.5.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 32ª.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 39ª.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 47ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 50ª e 51ª.
- **PPP São Lourenço:** Subcláusulas 31.4, 31.5, 31.6.

De maneira geral, os contratos preveem que uma vez encerrada a concessão, reverterão ao Poder Público todos os bens reversíveis. Esses compreendem todos os bens vinculados e necessários à prestação do serviço concedido, incluindo os que foram transferidos à Concessionária pelo Poder Concedente e aqueles adquiridos pela Concessionária. A reversão será gratuita e automática. A Concessionária terá direito à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.



2.14. Desapropriação

Considerando que há atos materiais que podem ser executados pela futura Concessionária, é importante que no contrato estejam claras as responsabilidades deste última e os riscos que serão assumidos por cada parte do contrato. Sobre as principais decisões relacionadas à desapropriação, bem como os aspectos que deverão orientar as escolhas de modelagem sobre essa matéria, v. Item 7.2.1.4 do Manual.

Como já destacado, é recomendável que seja conferida atenção especial ao regime contratual de alocação dos riscos relacionados à desapropriação. Deverão ser equacionados os riscos relacionados à variação de seus custos e aos eventuais atrasos e entraves decorrentes da desapropriação, bem como os mecanismos mitigadores desses riscos.

A providência é especialmente importante em projetos que envolvam procedimentos de desapropriação complexos, custosos ou sujeitos a grandes variações. É o caso, por exemplo, de PPPs para a implantação de linhas metroviárias.

Exemplo 41 – Cláusulas de desapropriações adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Alínea g, cláusula 12.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Não há.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Não há.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 37^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Não há.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 37^a, Anexo XXI do Contrato- Cronograma Físico Financeiro das Desapropriações, Anexo XXIV – Plano de Desapropriação Ocupação temporária e servidão Administrativa.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 29.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP)**
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 19^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 10, h.

De maneira geral, os contratos estabelecem como responsabilidade do Poder Concedente a emissão de DUP, pois a legislação não autoriza que essa atribuição seja delegada. A Concessionária geralmente é responsável pelos atos executórios das desapropriações. Por sua vez, a disciplina dos custos das desapropriações apresenta uma maior variação. Esses custos podem: (i) ser responsabilidade do Poder Concedente (como na Linha 6 – em que a Concessionária é indenizada por estes custos por meio de aporte de recursos pago pelo Poder Concedente e a Linha 18); (ii) ser compartilhados entre a Concessionária e o Poder Concedente; (iii) ser atribuição exclusiva da Concessionária (como na PPP Nova Tamoios e na PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo).

2.15. Solução de conflitos

Devido à grande complexidade dos contratos de parceria, que envolvem contratos de longa duração e vultosos investimentos, há grande possibilidade de existência de conflitos no decorrer de sua execução. É por essa razão que os contratos devem prever métodos eficientes e imparciais de resolução de conflitos.

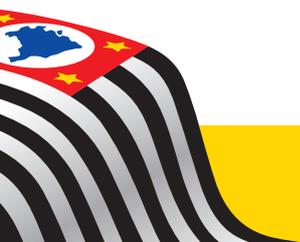
No espírito de parceria dos contratantes, deve-se privilegiar a composição de conflitos de forma amigável. É comum que os contratos prevejam para tanto a precedência de mecanismos amigáveis em relação aos mecanismos litigiosos de solução de conflitos, muito embora isto não seja obrigatório.

A seguir passa-se à análise das formas de solução mais comuns nos contratos de concessão.

2.15.1. Mediação e Conciliação

A mediação e a conciliação são mecanismos alternativos de resolução de controvérsias e no caso das parcerias, é usual que o contrato autorize a proposição de solução para o conflito a partir da deliberação entre representantes do Poder Concedente, da Concessionária e eventualmente, de terceiros.

É comum que o contrato preveja a formação de comissões de mediação e conciliação, prevendo se o seu uso é opcional ou obrigatório, e ainda, limitando as matérias que poderão ser decididas por essa via. As comissões poderão ser especializadas para determinadas matérias, ou deter competências gerais para a solução de conflitos atinentes à integralidade



do contrato de concessão. Neste último caso, poderá ser interessante prever o concurso de especialistas para auxiliar a comissão.

A instituição de comissões especializadas de mediação (ou “Juntas Técnicas”), por outro lado, é recomendável sempre que as possíveis controvérsias decorrentes da execução contratual assumam natureza técnica ou demandem análises econômico-financeiras que prediquem por conhecimentos específicos, não detidos corriqueiramente pelos agentes envolvidos na contratação. Em razão desta característica, é relevante alocar a atuação da “Junta” sobre determinadas fases contratuais sensíveis, nas quais o desempenho da Concessionária esteja atrelado ao manejo de conhecimentos técnicos específicos.

A delimitação de competências e a extensão dos efeitos da decisão da comissão também deverão ser disciplinadas pelo contrato. Cumpre ressaltar que, via de regra, os efeitos da decisão deverão ser compatíveis com a natureza recomendativa do procedimento de mediação, isto é, deverá se limitar a sugerir uma solução, que poderá ser acatada ou não pelas partes contratuais. Inobstante isso, não é raro que o contrato preveja que eventuais decisões da comissão sejam vinculantes até que sobrevenha decisão judicial ou arbitral sobre a matéria.

Tanto a Comissão Especializada quanto eventual comissão geral poderão ter duração permanente - remanescendo constituídas ao longo de toda a execução contratual - ou ser constituídas ad hoc exclusivamente para a resolução de um conflito concretamente determinado.

De igual forma, é desejável que o contrato estabeleça procedimentos para realização da mediação e conciliação, fixando prazos e os critérios para a sua instituição e para obtenção de uma decisão final. O contrato deve prever, ainda, a parte responsável por arcar com as despesas decorrentes da instauração desses procedimentos.

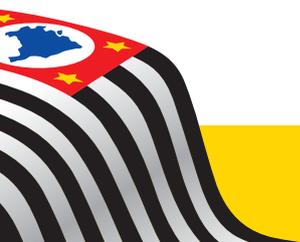
Convém que o contrato disponha sobre a existência ou não de uma ordem de precedência entre os procedimentos de mediação e conciliação e os procedimentos de solução arbitral ou judicial de controvérsias. A princípio, não há nenhuma obrigatoriedade legal de que a mediação e a conciliação antecedam a instauração de arbitragem ou a propositura de ação judicial, o que torna necessário que a sua eventual previsão conste expressamente das cláusulas contratuais.

De outro lado, caso a modelagem elaborada pelo Poder Público não institua esta ordem de precedência entre os mecanismos, o contrato deverá definir as ocasiões em que cada uma das modalidades de solução de controvérsias poderá ser invocada pelas partes contratuais.

É importante mencionar, por fim, que as disposições contratuais a respeito dos procedimentos de mediação e conciliação deverão atentar para as disposições da Lei Federal nº 13.140/2015. Em especial, deverão ser considerados seus artigos 21 a 23 , que disciplinam os elementos mínimos das cláusulas contratuais de mediação e que estabelecem a obrigatoriedade de se respeitar o disposto nestas últimas pelo Tribunal Arbitral ou pelo Poder Judiciário, caso a cláusula defina condições ou prazos para a adoção destas duas últimas alternativas de solução de controvérsias.

Exemplo 42 – Mecanismos de solução amigável de conflitos previstos em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Nas Cláusulas 46^a, 47^a e 48^a, há previsão de comissão técnica ad hoc para solução de divergências técnicas e apuração de fatos com repercussão econômico-financeira. A solução da Comissão Técnica não tem caráter vinculante para as partes, de modo que se uma delas não a aceitar, poderá ser instalada arbitragem.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Na Cláusula 52^a, há previsão de constituição de Junta Técnica para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e/ou de natureza econômico-financeira. Caso alguma das Partes manifeste sua expressa discordância ao Parecer Definitivo emitido pela Junta Técnica, poderá submeter a controvérsia à arbitragem.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Na Cláusula 35^a, há previsão de possibilidade de instauração de Comitê de Mediação especialmente constituído para solução de controvérsias sobre a interpretação ou execução do contrato. A proposta do Comitê de Mediação não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 53^a, as partes poderão instituir comissões técnicas compostas por especialistas indicados mediar conflitos relativos a aspectos técnicos da execução contratual. A solução da Comissão Técnica não assume caráter vinculante para as partes, de modo que se uma delas não a aceitar, poderá ser instalada arbitragem.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** A Cláusula 35^a contempla uma Comissão técnica ad hoc para solução de divergências de natureza técnica. Os pareceres da Comissão técnica não são vinculantes. Sua eficácia depende de concordância expressa e formalizada das partes do contrato.



- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 53^a, admite-se a instituição de Comissão Técnica ad hoc para a solução de eventuais divergências/conflito de interesse de natureza técnica ou relativa à engenharia de elevados e riscos de interferências durante a implantação da Linha 18. Caso aceita pelas partes, a solução amigável proposta pela comissão será considerada para o contrato, por meio de termo circunstanciado. Caso a divergência não seja resolvida pela comissão no prazo de até 60 dias ou ainda caso a solução proposta pela comissão não seja aceita por uma das partes, a resolução da divergência/conflito de interesse será encaminhada para arbitragem.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Na Cláusula 42^a, admite-se a composição amigável de conflitos por meio de junta técnica ad hoc para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e/ou de natureza econômico-financeira. A controvérsia também pode ser submetida à arbitragem.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A Cláusula 50^a contempla a possibilidade de constituição de junta técnica ad hoc para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e/ou de natureza econômico-financeira. Os Pareceres Definitivos emitidos pela Junta Técnica não serão vinculantes às Partes, que, em caso de discordância terão prazo de, no máximo, 30 dias para manifestar as razões da discordância à outra Parte e à Junta Técnica, mediante notificação. Caso não seja manifestada a discordância, o parecer da Junta Técnica se tornará vinculante às Partes. Caso alguma das Partes manifeste, no prazo estipulado, sua expressa discordância ao Parecer Definitivo emitido pela Junta Técnica, poderá submeter a controvérsia à arbitragem.
- **PPP Nova Tamoios:** A Cláusula 53^a prevê a constituição de junta técnica ad hoc. A convocação da Junta Técnica é uma faculdade das Partes e ela só será constituída mediante concordância prévia de ambas as Partes. A constituição da Junta Técnica não é condição prévia para encaminhamento de conflitos/divergências à Arbitragem ou ao Poder Judiciário.

2.15.2. Arbitragem

O art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11 da Lei nº 11.079/2004 permitem expressamente o uso da arbitragem para resoluções de disputas. A arbitragem deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307/1996. Sua utilização é autorizada em caso de conflitos que envolvam direitos disponíveis e, recentemente, sua aplicação nos contratos administrativos, muito embora já admitida na prática desde há muito tempo, passou a ser disciplinada pela Lei Federal nº 13.129/2015.

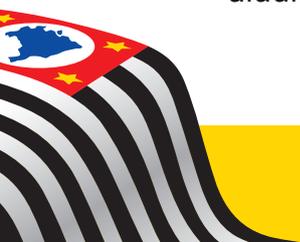
Em razão da liberdade admitida às partes no que diz respeito à escolha do direito aplicável e do órgão arbitral, recomenda-se que o contrato a ser firmado apresente indicação das normas de regência do conflito e da Câmara de Arbitragem ou da maneira de constituição do Tribunal Arbitral. No caso de previsão de cláusula compromissória que se reporte às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras. É igualmente possível que as partes estabeleçam na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A Lei Paulista de PPP estabelece ainda que, na hipótese de arbitragem, os árbitros deverão ser escolhidos dentre aqueles vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.

É usual a previsão de que a arbitragem será conduzida na cidade onde o projeto concedido tem sede, bem como de que as decisões e a sentença do órgão arbitral serão definitivas e vincularão as partes do contrato e dos seus sucessores.

Para maior segurança, e considerando os elevados custos envolvidos, indica-se que o contrato regulamente a responsabilidade do pagamento dos referidos custos. É comum que se preveja a seguinte alocação de responsabilidades pelos pagamentos:

- A parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros;
- Os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral recairão sobre a parte que solicitou a referida providência, sendo compartilhados pelas partes quando a providência for requerida pelo próprio tribunal arbitral;
- A parte vencida no procedimento arbitral assumirá todas as custas, devendo ressarcir a parte vencedora pelas custas que esta, porventura, já tenha assumido no aludido procedimento;



- No caso de procedência parcial do pleito, os custos serão divididos entre as partes, se assim entender o Tribunal, na proporção da sucumbência de cada uma.

Exemplo 43 – Cláusulas sobre Arbitragem adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** A Cláusula 54 prevê a possibilidade de qualquer das partes recorrer a um Tribunal Arbitral, cuja indicação será do Poder Concedente. O Tribunal Arbitral será instalado na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo. Em caso de acordo, os custos e despesas serão igualmente divididos entre as Partes. Caso o Tribunal Arbitral decida a matéria controvertida, os custos e despesas serão suportados pela Parte vencida.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Conforme a Cláusula 43^a, a arbitragem será conduzida por Câmara de Arbitragem regularmente constituída e atuante no Brasil, indicada pelo Poder Concedente. Caso o ele não indique a Câmara Arbitral no prazo previsto, caberá à Concessionária fazê-lo. O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/96 e as disposições do Contrato. Em caso de acordo, os custos e despesas serão igualmente divididos entre as Partes. Caso o Tribunal Arbitral decida a matéria controvertida, os custos e despesas serão suportados pela Parte vencida.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** A Cláusula 51^a prevê a possibilidade de recurso à arbitragem, perante Câmara de Arbitragem regularmente constituída e atuante no Brasil, a ser indicada pelo Poder Concedente. Caso ele não indique a Câmara Arbitral no prazo previsto, caberá à Concessionária fazê-lo. O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/96 e as disposições do Contrato.
- **PPP Nova Tamoios:** A Cláusula 54^a prevê a possibilidade de recurso à arbitragem, perante Câmara de Arbitragem regularmente constituída e atuante no Brasil, a ser indicada pelo Poder Concedente. Caso ele não indique a Câmara Arbitral no prazo previsto, caberá à Concessionária fazê-lo. O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/96 e as disposições do Contrato.
- **PPP São Lourenço:** Na Cláusula 44^a, há previsão de arbitragem perante Tribunal Arbitral a ser composto por três membros. O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/96 e as disposições do contrato. A parte vencida deve arcar com todos os custos da arbitragem, inclusive os honorários dos árbitros.

2.15.2.1 Pedido Cautelar no Caso de Arbitragem

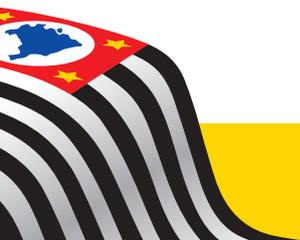
A Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, prevê, para os casos em que os árbitros necessitem de medidas coercitivas ou cautelares, a possibilidade do juízo arbitral acionar o Judiciário para dar efetividade a essas medidas. Nessa linha é possível que o próprio contrato preveja que em caso de necessidade de obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes ou depois da constituição do Tribunal Arbitral, as partes poderão requerê-las diretamente ao órgão competente do Poder Judiciário, isso é, ao órgão que seria competente para julgar a causa objeto da arbitragem.

Convém destacar que após a instauração do Tribunal Arbitral, a competência para decidir a respeito da manutenção da medida cautelar eventualmente obtida no Judiciário volta a ser do órgão arbitral, conforme dispõe o art. 22- B da Lei Federal nº13.129/2015.

Exemplo 44 - Cláusulas sobre pedido cautelar no caso Arbitragem adotadas em contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Subcláusula 49.10.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Subcláusula 53.12.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusula 35.17.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusula 54.12.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Subcláusula 43.13.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Subcláusula 51.9.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 54.12.
- **PPP São Lourenço:** Subcláusula 44.9.

De maneira geral, os contratos preveem que, caso necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do Tribunal Arbitral, deverão ser solicitadas nos termos do artigo 22, § 4º da Lei 9.307/96.



2.16. Sanções e penalidades aplicáveis

As sanções e penalidades aplicáveis aos contratantes devem ser expressamente previstas no instrumento contratual, que poderá cominar as sanções e penalidades previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, aplicada de maneira subsidiária às concessões.

Pela inexecução total ou parcial do contrato a contratante poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- Advertência;
- Multa, na forma prevista pelo instrumento convocatório ou contrato;
- Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo da sanção anterior.

A sanção de multa por inexecução parcial ou total do contrato pode ser cumulada com as demais sanções, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Importante lembrar que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração é de competência exclusiva do Secretário Estadual, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Por sua vez, a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, bem como da declaração de inidoneidade é aplicável sobre as empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de atos ilícitos praticados.

Por fim, destaca-se a previsão na Lei Paulista de PPP no sentido de que, sem prejuízo das sanções previstas na legislação pertinente, o contrato poderá prever, para a hipótese de inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do contratante, o acréscimo de multa de 2% (dois por cento) e juros segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual. Exemplos:

Exemplo 45 – Cláusulas sobre Sanções e penalidades aplicáveis adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 31ª.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 38ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 41ª.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 40ª.

Os contratos estabelecem, em geral, a possibilidade de aplicação das seguintes penalidades, cuja incidência varia de acordo com a gravidade de cada infração, contratual e/ou legalmente prevista:

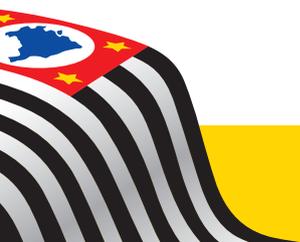
- Advertência;
- Multa Pecuniária;
- Declaração de Caducidade da Concessão;
- Suspensão temporária do Direito de Licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública do Estado de São Paulo (por um período de tempo a ser determinado);
- Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado de São Paulo, enquanto durarem os motivos da punição.

A aplicação dessas penalidades requer a observância do devido processo legal.

2.17. Foro judicial

A eleição do foro judicial é uma das cláusulas essenciais do contrato de parceria nos termos do art. 5º, caput, da Lei nº 11.079/2004 do art. 23 da Lei 8.987/1995.

Exemplos:



Exemplo 46 – Cláusulas sobre Foro judicial adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Subcláusula 49.11.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 54ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusula 35.18.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusula 54.12.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Subcláusula 35.12.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 55ª.

2.18. Intervenção

Segundo a Lei nº 8.987/1995, o Poder Concedente pode intervir na concessão, com a finalidade de assegurar a adequada prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Para tanto, deve ser expedido decreto pelo Poder Concedente, constando a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Declarada a intervenção, o Poder Concedente deverá instaurar, no prazo de 30 (trinta) dias, procedimento administrativo que deve ser concluído em até 180 (cento e oitenta) dias sob pena de invalidade da intervenção. O procedimento se presta a comprovar as causas determinantes da medida interventiva e a apurar eventuais responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

Se do procedimento administrativo resultar comprovação de que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, declarar-se-á a mesma nula, pelo que o serviço será imediatamente devolvido à Concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

Devolve-se também o serviço à Concessionária se cessada a intervenção sem a extinção da concessão, situação em que o interventor, que responde pelos atos praticados durante sua gestão, tem o dever de prestar contas.

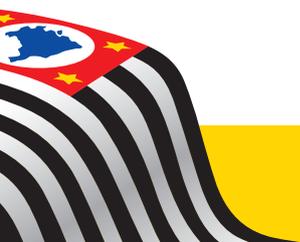
Embora o procedimento da intervenção seja bastante regrado em lei, para fins de clareza e transparência esse procedimento deverá igualmente estar regrado no contrato. Exemplos:

Exemplo 47 – Cláusulas a respeito de situações aptas a ensejar intervenções adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 44^a.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 42^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 21^a.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 41^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 22^a.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 41^a.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Subcláusula 32.1.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 39^a.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 42^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 39.

Ressalvadas algumas especificidades, os contratos preveem que são situações aptas a ensejar a intervenção:

- Cessação ou interrupção, total ou parcial, da execução do objeto do contrato, pela Concessionária o, sem justificativa competente;
- Deficiências graves no desenvolvimento das atividades objeto do contrato;
- Situações nas quais a operação dos serviç os pela Concessionária oferecer riscos à continuidade da adequada prestação dos serviç os contratados;
- Situações que ponham em risco o meio ambiente, a seguranç a de pessoas ou bens, o erário ou a saúde pública ou da população;
- Graves e/ou reiterados descumprimentos das obrigações contratuais;
- Não apresentação ou renovação das apólices de seguro necessárias ao pleno e regular desenvolvimento contratual;
- Atribuição reiterada   Concessionária de notas de desempenho significativamente inferiores às metas estabelecida pelos Indicadores de Desempenho, na prestação do serviç o.
- Utilização da infraestrutura da Concessão para fins ilícitos.
- A intervenção deve ocorrer por meio de ato administrativo motivado, indicando, no mínimo, os motivos da intervenção, a designação do interventor, o prazo e os objetivos e limites da intervenção.



2.19. Transferência da concessão

A transferência da concessão é matéria tratada tanto pela Lei nº 8.987/1995 quanto pela lei nº 11.079/2004. Ambas admitem a transferência da concessão e do controle societário da Concessionária. Como já se ressaltou, a transferência depende a prévia anuência do Poder Concedente, sob pena de caducidade.

O pretendente à aquisição da concessão ou do controle societário da Concessionária, com fim de obter a anuência do Poder Concedente, deve preencher requisitos legais pré-determinados, quais sejam: atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Recomenda-se que os critérios para a transferência da concessão sejam disciplinados contratualmente.

É possível prever que as exigências e os documentos exigidos para a transferência da concessão, relativos à comprovação de qualificação e habilitação sejam orientadas pela etapa vigente do contrato, é dizer, os critérios relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço sejam estabelecidos de maneira compatível ao estágio do desenvolvimento do contrato de concessão. Na hipótese de transferência da concessão quando já na fase de operação e após a conclusão das obras, por exemplo, poder-se-ia prescindir da exigência de comprovação de capacidade para a realização das obras compreendidas na concessão. A adoção dessa possibilidade, contudo, deve ser bem avaliada pelo gestor público, na medida em que se trata de tema ainda não plenamente pacificado juridicamente.

Exemplo 48 – Cláusulas a respeito da Transferência da Concessão adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 9ª
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Subcláusula 40.1, 40.2, 40.3 e 40.4.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusulas 49.2.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 7ª

De maneira geral, os contratos preveem como requisitos para a transferência da concessão:

- A obtenção de prévia anuência do Poder Concedente
- A Concessionária deverá apresentar requerimento indicando e comprovando que a transferência atende às exigências de regularidades jurídicas e fiscais, capacidade técnica e idoneidade financeira requeridas pelo Edital.

2.20. Assunção de controle pelos financiadores (Step In Rights)

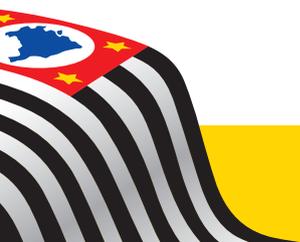
A Lei federal de PPP e a Lei Federal de Concessões de Serviços Públicos preveem a possibilidade de autorização, por parte do parceiro público, para transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a reestruturação financeira da SPE e assegurar a continuidade dos serviços.

Essa previsão garante maior segurança ao financiador, na medida em que a possibilidade de assumir o negócio anteriormente gerido pela SPE permite a continuidade da concessão, e por consequência, o futuro recebimento de seus créditos.

A assunção de controle pelos financiadores não consiste em mecanismo de transferência ordinário de controle, razão pela qual a legislação determinou a inaplicabilidade do art. 27, §1º, I da Lei nº 8.987/1995 – dispositivo que requer o atendimento da capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para regular transferência da concessão.

O contrato deverá prever os requisitos e procedimentos para transferência, bem como as condições a serem cumpridas pelo financiador. É importante, ainda, que o contrato de PPP ou de concessão, conforme o caso, destaque que a transferência do controle aos financiadores obriga-os ao cumprimento integral do contrato durante todo o período em que ocuparem a posição da Concessionária, inclusive de manter os níveis de desempenho e qualidade determinados no contrato, responsabilizando-se, ainda, pelos eventos que, independentemente de dolo ou culpa, causarem a terceiros, ao Poder Concedente ou à própria Concessionária.

Apesar de a Lei Estadual de Concessões de Serviço Público não dispor expressamente sobre o tema, a assunção de controle pelos financiadores passou a ser disciplinada pelo art. 27-A da Lei Federal nº 8.987/1995, criado por modificação inserida pela Lei Federal nº 13.097/2015. A sua previsão na legislação federal permite que o Estado de São Paulo se utilize deste instituto em suas contratações, haja vista que a lei aludida institui o regime geral das concessões comuns.



Exemplo 49 – Cláusulas a respeito da Assunção de Controle pelos Financiadores adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 10ª.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 37ª.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusulas 49.4 e 49.5.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 8ª.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusulas 49.4 e 49.5.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Subcláusulas 40.5, 40.6, 40.7 e 40.8.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 35ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Subcláusula 34.7.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 8ª.

Em geral, os contratos preveem a possibilidade de transferência do controle da Concessionária para o(s) financiador(es) (Step In Rights), com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação do serviço objeto da concessão, cabendo a estes(s):

- Apresentar(em) plano relativo à promoção da reestruturação financeira da Concessionária e da continuidade da concessão;
- Prestar(em) e manter(em) as garantias pertinentes, conforme o caso;
- Apresentar prova de regularidade jurídica e fiscal;
- Assegurar o cumprimento de todas as cláusulas previstas no contrato;
- Assumir, por escrito, compromisso de assegurar o adequado cumprimento do contrato;
- Formalizar a transferência por escrito.

2.21. Caso fortuito e Força maior

O caso fortuito e a força maior são conceituados pelo art. 393 do Código Civil como ocorrência de fato cujos efeitos não são possíveis evitar ou impedir, com força para exonerar o devedor da obrigação de pagamento dos prejuízos resultantes de sua ocorrência, quando tal devedor não houver se responsabilizado expressamente por sua ocorrência. Por essa razão, é comum que os contratos de PPP os definam como evento imprevisível, inevitável e irresistível, que afete diretamente a execução contratual.

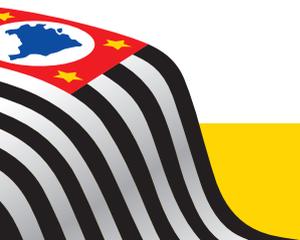
Para a distribuição dos riscos de caso fortuito e força maior é necessário considerar que a parte a quem tal risco é atribuído possui uma capacidade mínima de ponderar seu impacto e mitigar os efeitos de sua ocorrência. Por tal razão, é comum que na construção da matriz de risco contratual prevejam-se consequências distintas para a ocorrência de fortuitos seguráveis e de fortuitos não seguráveis.

Os eventos fortuitos para os quais o mercado de seguros ofereça apólices a valores competitivos e razoáveis normalmente não são considerados para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Considera-se, nesse caso, que o efeito danoso poderia ser evitado pela contratação do referido seguro.

Por outro lado, quando se observar a ocorrência de caso fortuito ou força maior cujas consequências não forem seguráveis no Brasil, é comum a previsão contratual de implementação de acordo, com possibilidade de definição de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou da extinção da concessão.

Exemplo 50 - Cláusulas a respeito de Caso Fortuito e Força Maior adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 14^a.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 48^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Subcláusula 4.12.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 26^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Subcláusula 13.5.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 26^a.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 30^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 46^a.



- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 49^a.
- **PPP São Lourenço:** Subcláusula 4.5.

Os contratos geralmente adotam o conceito de caso fortuito e força maior previstos na Lei Civil e preveem que:

- O descumprimento das obrigações contratuais em razão de caso fortuito e força maior não poderá ensejar penalidade.
- A ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior poderá ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou a extinção do contrato.
- Não poderão ensejar reequilíbrio econômico financeiro as hipóteses em que o caso fortuito ou força maior sejam objeto de seguros disponíveis no mercado brasileiro.

2.22. Extinção da concessão

A Lei nº 8.987/1995 traz em seu décimo capítulo um rol de hipóteses que ensejam à extinção do contrato:

- Advento do termo contratual;
- Encampação;
- Caducidade;
- Rescisão;
- Anulação;
- Caso fortuito ou de força maior; e
- Falência ou extinção da empresa Concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Em qualquer um dos casos de extinção, opera-se o retorno ao Poder Concedente de todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos à Concessionária, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. Ocorre também a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida ao particular no caso de extinção por encampação ou por advento do termo contratual.

Importante asseverar que o Poder Concedente é autorizado a ocupar as instalações e utilizar todos os bens reversíveis quando da assunção do serviço.

Exemplo 51 - Cláusulas sobre Extinção da Concessão adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

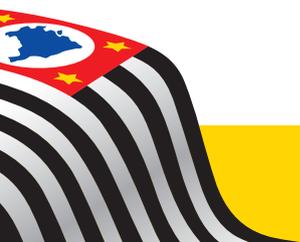
- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 37ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 22ª.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 42ª.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Subcláusula 23ª.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 42ª.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Subcláusula 32.2.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 40ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Capítulo X do Contrato.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 32.

Os contratos elencam as hipóteses de extinção das Concessões, quais sejam:

- Término do prazo contratual;
- Encampação;
- Caducidade;
- Rescisão;
- Anulação;
- Falência ou extinção da Concessionária.

2.22.1 Término do Prazo Contratual

O término do prazo contratual é tratado pela Lei nº 8.987/1995 como a primeira hipótese de extinção da concessão. É consubstanciado no simples advento do termo contratual fixado. Com o transcurso do prazo contratualmente estabelecido para a concessão, encerra-se o contrato, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis e promove-se a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente.



Exemplo 52 - Cláusulas sobre Término de Prazo Contratual adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 38^a.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 43^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 23^a.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 43^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 24^a.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 43^a.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 33^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 41^a.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 43^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 33^a.

Os contratos preveem que o término pela vigência contratual implica na extinção da concessão, sem que haja direito a indenização à Concessionária. De maneira geral, preveem também que com a extinção da Concessão, extinguem-se os contratos e seus acessórios. Será de responsabilidade da Concessionária a extinção destes últimos.

2.22.2 Encampação

A encampação consiste na retomada do serviço pelo Poder Concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, precedida de lei autorizativa específica e pagamento de indenização prévia à Concessionária⁶⁷. Em função disso, a extinção deve ser precedida de um levantamento, feito pelo Poder Concedente, visando determinar os montantes que são devidos a título indenizatório.

(67) Conforme a Lei nº 8.987/1995, art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. (Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.)

Exemplo 53 – Cláusulas sobre Encampação adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 39^a.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 44^a.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 24^a.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 44^a.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 25^a.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 44^a.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 34^a.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 42^a.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 44^a.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 34^a.

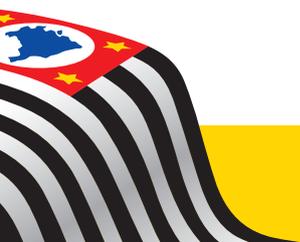
Os contratos preveem a possibilidade de retomada da concessão, via encampação, pelo Poder Concedente, mediante lei autorizativa e após prévio pagamento de indenização, para fins de atendimento ao interesse público. Poderá haver desconto de multas, indenizações e de outros valores devidos pela Concessionária no valor da indenização paga pelo Poder Concedente.

2.22.3 Caducidade

A caducidade está disciplinada como mais uma das hipóteses de extinção da concessão e poderá ser declarada pelo Poder Concedente quando⁶⁸:

- Ocorrer transferência de concessão ou do controle societário da Concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente;
- O serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- A Concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
- A Concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

(68) Nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987/1995.



- A Concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- A Concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- A Concessionária não atender a intimação do Poder Concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- A Concessionária não atender a intimação do Poder Concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa à regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da lei nº 8.666/1993.

Diante da gravidade da medida, recomenda-se que as hipóteses de caducidade sejam minimamente delimitadas no contrato, de maneira a evitar a sua futura aplicação para eventos de pequena ou média relevância, que não sejam aptos a comprometer efetivamente a execução do contrato ou que possam ser sanados pela aplicação de outras medidas.

A declaração de caducidade deve ser necessariamente precedida de processo administrativo para a verificação da inadimplência. Esse procedimento deve se iniciar com comunicação à Concessionária, a exposição detalhada dos descumprimentos contratuais a ensejar a caducidade e a fixação de prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas.

Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do Poder Concedente, independentemente de indenização prévia, a ser calculada no decurso do processo.

Além do procedimento de caducidade, o contrato deverá prever o procedimento de cálculo de indenização pelos bens reversíveis que não foram totalmente amortizados ou depreciados, contemplando o desconto do valor das multas contratuais e dos danos causados pela Concessionária de que trata o art. 38, §5º da Lei Federal nº 8.987/1995. Exemplos:

Exemplo 54 - Cláusulas sobre Caducidade adotadas em Contratos de PPP do Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 40ª.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 45ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 25ª.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 45ª.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 26ª.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 45ª.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 35ª.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 43ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 43ª.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 35ª.

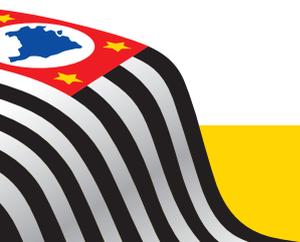
De maneira geral, os contratos preveem que sua inexecução total ou parcial, ou dos deveres impostos em lei ou regulamento acarreta, a critério do Poder Concedente e observadas as disposições contratuais, na declaração de caducidade da Concessão, após devido procedimento administrativo.

2.22.4. Rescisão contratual

Opera-se a rescisão contratual nas hipóteses em que o contrato é extinto por provocação da Concessionária, devido a descumprimento contratual perpetrado pelo Poder Concedente.

Nos termos do art. 39 da Lei nº 8.987/1995 a rescisão deve ocorrer pela via judicial. Assim, o parceiro privado, em face ao descumprimento contratual por parte do Poder Concedente, deve intentar ação judicial em que demandará a rescisão do contrato.

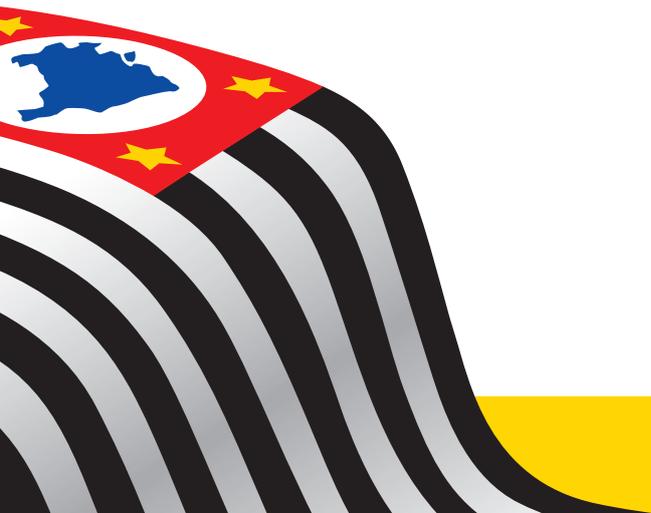
O contrato deverá prever a hipótese de rescisão e disciplinar o procedimento de sua realização, bem como as consequências decorrentes.



Exemplo 55 – Cláusulas sobre Rescisão Contratual adotadas em Contratos de PPP no Estado de São Paulo

- **PPP Alto Tietê:** Cláusula 41ª.
- **PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo:** Cláusula 46ª.
- **PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 26ª.
- **PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 46ª.
- **PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM:** Cláusula 27ª.
- **PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo:** Cláusula 46ª.
- **PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo:** Cláusula 36ª.
- **PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP):** Cláusula 44ª.
- **PPP Nova Tamoios:** Cláusula 46ª.
- **PPP São Lourenço:** Cláusula 36ª.

Os contratos preveem que a Concessionária poderá rescindir o contrato, por meio de recurso ao Poder Judiciário. Não é autorizada a interrupção ou paralisação dos serviços prestados pelo Parceiro Privado até decisão judicial transitada em julgado ou laudo arbitral definitivo. A rescisão não imputável ao Particular deverá ser indenizada. O Poder Concedente deverá assumir imediatamente os serviços após a rescisão. Decretada a rescisão, cumprirá ao Poder Concedente assumir a imediata prestação do objeto contratual, ou promover novo certame licitatório.



3. PRINCIPAIS ELEMENTOS QUE COMPÕE O CADERNO DE ENCARGOS

O caderno de encargos constitui anexo do edital e, como já abordado no item 8.3, destina-se a reunir, descrevendo detalhadamente, as obrigações das partes. A seguir são apresentadas algumas considerações sobre os principais itens que poderão ser contemplados em um caderno de encargos.

3. 1. Obrigações do Poder Concedente	203
3. 2. Obrigações gerais da Concessionária	203
3. 3. Obrigações específicas da Concessionária	204
3. 4. Obrigações comuns às partes	204
3. 5. Obrigações dos Controladores	204
3. 6. Direitos e deveres dos usuários do serviço concedido	205
3. 7. Direitos do Poder Concedente e da Concessionária	206

3. 1. Obrigações do Poder Concedente

Enquanto titular dos serviços e dos bens (materiais ou imateriais) que integram a concessão, o Poder Concedente possui como principal função nos contratos administrativos, incluindo os de parceria, a de coordenar, acompanhar e fiscalizar a execução das atividades delegadas ao ente privado, de modo a garantir que serão desempenhadas em conformidade com os termos acordados.

Neste contexto, haverá tanto encargos mais gerais atribuídos ao Poder Concedente, ou seja, comuns a qualquer contrato administrativo, como também alguns mais específicos, a depender das características do projeto e das atribuições delegadas ao particular.

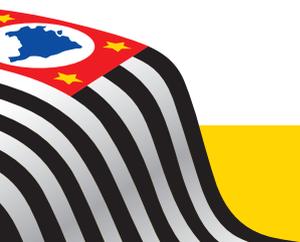
São exemplos de encargos assumidos pelo Poder Concedente:

- Celebração de convênios ou consórcios que eventualmente se façam necessários;
- Fiscalização do Contrato;
- Aplicação das penalidades contratuais;
- Declaração de utilidade pública dos bens necessários à execução do serviço ou obra pública;
- Verificação da qualidade do serviço;
- Cumprimento das disposições regulamentares do serviço;
- Intervenção na prestação do serviço e extinção da concessão.

3.2. Obrigações gerais da Concessionária

É importante lembrar que, diferentemente dos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993, em que há a delegação ao particular da mera execução de um serviço ou de obra, os contratos de concessão implicam, em regra, na delegação da estruturação do empreendimento e de sua gestão durante todo o período de vigência do contrato.

Com isso, o rol de obrigações da Concessionária nas parcerias é mais extenso e complexo, sendo que o caderno de encargos deve ser capaz de refletir esta complexidade de forma clara e detalhada.



Assim como no caso do Poder Concedente, a Concessionária possuirá obrigações mais gerais, aplicáveis, em regra, a todos os contratos de concessão, bem como obrigações mais específicas de acordo com as particularidades.

Dentre as obrigações mais gerais, incluem-se:

- Prestação adequada do serviço;
- Prestação de contas ao Poder Concedente e aos usuários;
- Zelar pela integridade dos bens vinculados à concessão;
- Manter atualizado o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- Cumprir com o Cronograma de Implantação;
- Promover desapropriações.

3.3. Obrigações específicas da Concessionária

As obrigações específicas da Concessionária referem-se àquelas que decorrem das especificidades do projeto de parceria licitado. Este tópico possui grande importância no caderno de encargos, pois se destina ao tratamento de cada aspecto relativo ao projeto de parceria, com o intuito de que sejam atendidos os parâmetros determinados pelo Poder Público. Pautam, portanto, o processo de licitação e toda a execução do contrato.

Constituem exemplos de obrigações específicas que podem ser atribuídas à Concessionária no caderno de encargos:

- Condições e especificações da implantação das obras,
- Condições e especificações da prestação dos serviços objeto da parceria.

3.4. Obrigações comuns às partes

As obrigações comuns das partes abordadas no caderno de encargos geralmente estão voltadas ao cumprimento de princípios, regras gerais decorrentes da legislação e diretrizes voltadas ao alcance dos resultados esperados com o projeto de parceria.

Seu conteúdo geralmente reforça a necessidade de cooperação entre as partes, aspecto que tem elevada importância em contratos de longo prazo e que envolvem grandes empreendimentos.

Dentre as obrigações comuns das partes geralmente presentes nos cadernos de encargos, destacam-se aquelas relacionadas à busca constante de mecanismos que visem à sustentabilidade ambiental, à preferência pela utilização de mecanismos de resolução amigável de conflitos e ao dever de colaboração entre as partes nos diversos aspectos da execução do contrato, como a concessão de informações que sejam necessárias para viabilizar o cumprimento das obrigações pela outra parte.

3.5. Obrigações dos Controladores

Na medida em que o contrato de parceria pode ser celebrado com Sociedade de Propósito Específico a ser constituída pelos licitantes vencedores, e não diretamente com os licitantes, é importante que o caderno de encargos trate, adicionalmente às responsabilidades da Concessionária, das responsabilidades de seus controladores, caso se façam necessários compromissos desta natureza.

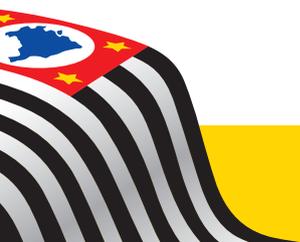
Considerando suas prerrogativas, em tese, de alterar a estrutura da empresa, o capital social e demais aspectos estruturais, é fundamental que o caderno de encargos apresente os deveres dos controladores e, principalmente, os limites de sua atuação.

O art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995, por exemplo, veda a transferência da concessão ou do controle societário da Concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente. O desrespeito deste dispositivo pela Concessionária acarretará a caducidade da concessão.

3.6. Direitos e deveres dos usuários do serviço concedido

As concessões são tradicionalmente caracterizadas como contratos tripartites, ou seja, envolvem não apenas Concessionária e o Poder Público, mas também os usuários do serviço. Ainda que os usuários do serviço não sejam parte do respectivo contrato, é inquestionável que, enquanto beneficiários diretos ou indiretos dos serviços, esses usuários possuem papel fundamental na dinâmica da execução do contrato de PPP ou de concessão comum.

Neste contexto, é fundamental que o caderno de encargos estabeleça os direitos dos usuários e o nível de serviços que deve ser entregue pelo parceiro privado.



Enquanto delegatária, a Concessionária possuirá, conforme as disposições do contrato de parceria e do caderno de encargos, certos poderes para pautar a forma como os usuários deverão usufruir dos serviços disponibilizados.

Considerando que algumas funções públicas, a exemplo das atividades relativas ao poder de polícia, são indelegáveis, em alguns casos é necessário que o caderno de encargos estabeleça a forma de cooperação entre o Poder Concedente e a Concessionária no que se refere à garantia dos deveres dos usuários.

Podem ser citados como direitos dos usuários, entre outros:

- Prestação adequada do serviço;
- Disponibilidade de informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- Obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. Levar ao conhecimento do poder público e da Concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- Comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela Concessionária na prestação do serviço;
- Contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

3.7. Direitos do Poder Concedente e da Concessionária

O direito de uma das partes do contrato pode corresponder a um dever da outra parte. Diante disso, ao se estabelecer as obrigações dos contratantes, o contrato de parceria pode prever, quase que automaticamente, o direito da outra parte de exigir o cumprimento da obrigação. Convém, entretanto, que cada um dos direitos e prerrogativas das partes seja expressamente contemplado no contrato de concessão ou no Caderno de Encargos, com vistas a evitar qualquer discussão quanto à sua existência ou extensão.

Dentre os direitos que poderão ser contemplados no Caderno de Encargos, por exemplo, encontram-se os eventuais direitos da Concessionária à subcontratação de terceiros, ou ainda a exploração de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, ou de projetos associados.



CONCREMAT
engenharia

