

Justen, Pereira
Oliveira & Talamini /
advogados ■

**O PROJETO BR 116/423
PPP OU CONCESSÃO COMUM?**

**Senado Federal
Brasília, 10/06/2013**

Fernão Justen de Oliveira

SUMÁRIO

1. O Projeto BR 116/423

1. Minuta do edital
2. Estudo de Viabilidade da PPP
3. Concessão patrocinada
4. Concessão administrativa

2. A escolha da concessão comum

1. O critério da atratividade natural
 1. Alta atratividade natural: concessão comum
 2. Baixa atratividade natural: PPP
2. A transferência da contraprestação
 1. Satisfação do interesse financeiro do concedente
 2. Sacrifício do interesse financeiro dos usuários

3. O problema concreto: contraprestação pelo concessionário

1. Critério de julgamento do edital
 1. Cláusula 11
 2. Critério de julgamento
2. A titularidade da contraprestação
 1. Tipicidade da contraprestação
 2. Prestação do concessionário
3. O custo da outorga
4. O art. 12, inc. II, da Lei 11.079
 1. Rol exaustivo de critérios
 2. Critérios excluídos

4. A perspectiva do concedente

5. A solução adotada

- **Concessão patrocinada**
 - Tarifa fixa: R\$ 3,50/100 km
- **Serviço público rodoviário**
 - recuperação
 - operação
 - manutenção
 - ampliação
- **Valor**
 - R\$ 1,14 bilhão
- **Prazo**
 - 15 anos
- **Garantia**
 - fiança do FGP
- **Projetos superlativos**
 - art. 2º, § 4º
 - objeto complexo
 - mão-de-obra
 - equipamentos
 - execução
 - volume ampliado de recursos
 - > R\$ 20 milhões
 - prazo dilatado de vigência
 - > cinco e < 35 anos

■ www.pppbr116.org/estudos

- Estudo de tráfego
- Sistema de pedagiamento e tarifas
- Estudo de engenharia e meio-ambiente
- Avaliação econômica

■ ***Project Finance***

- objetivo similar ao do *Estudo de Viabilidade*
- art. 10, inc. I, alínea ‘a’

- 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

1 – O PROJETO BR 116/423

1.3 – CONCESSÃO PATROCINADA

- **Implica outorga de serviço público**
- **Contraprestação**
 - pecuniária
 - prestação do parceiro público
 - compartilhada com usuários
 - até 70% do total, ampliável por lei específica
- **Sistema tarifário**
 - modicidade
 - facilidade de percebimento
 - rentabilidade original negativa
- **Aplicação subsidiária da Lei 8.987**
 - Art. 3º, § 1º
- Art. 2º, § 1º: Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado
- Art. 3º, § 1º: As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

- **Pode não implicar outorga de serviço público**
- **Objeto complexo**
 - “não único”
 - prestação de serviço público
 - prestação de serviço simples (“não público”)
- **Parceiro público**
 - usuário direto: paga e usa só ou com a coletividade
 - usuário indireto: paga e a coletividade usa
- **Aplicação limitada da Lei 8.987**
 - Art. 3º, *caput*
- Art. 2º, § 2º: Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens
- Art. 3º, *caput*: As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995.

2 – A ESCOLHA DA CONCESSÃO COMUM

■ Desistência da PPP

- Administração direta
- Valor Econômico
17.07.2007: *União desiste de usar PPP para duas rodovias*

■ Dispensa de contrapartida pela União

- economia para a Administração
- transferência do desembolso

■ Viabilidade econômica da concessão comum

- sustentabilidade da operação do sistema
- amortização dos investimentos
- remuneração do concessionário
 - tarifas de pedágio
 - receitas acessórias

2 – A ESCOLHA DA CONCESSÃO COMUM

2.1 – O CRITÉRIO DA ATRATIVIDADE NATURAL DO PROJETO

■ Alta atratividade natural: concessão comum

- auto-sustentabilidade
- suficiência da tarifa paga pela coletividade
- quantidade suficiente de usuários
- viabilidade de cobrança pulverizada de tarifa
- retorno econômico projetado: positivo

■ Baixa atratividade natural: PPP

- não auto-sustentável
- inviabilidade da tarifa paga pela coletividade
- quantidade diminuta de usuários
- impossibilidade ou dificuldade extrema de cobrança de tarifa
- Retorno econômico projetado: negativo

2 – A ESCOLHA DA CONCESSÃO COMUM

2.2 – A TRANSFERÊNCIA DA CONTRAPRESTAÇÃO

■ Satisfação do interesse econômico do concedente

- ausência de aporte financeiro do poder concedente
- auto-preservação financeira da Administração
- evitação de *“investimentos da União”*
 - desembolso pela União = contraprestação
 - investimento = captação e aplicação pelo parceiro privado

■ Sacrifício do interesse econômico dos usuários

- reflexo sobre a tarifa
- distorção fundamental do sistema: concessão como suprimento de caixa
- tarifas e receitas acessórias: investimento e remuneração
- disponibilidade para fruição: recebimento da contraprestação (art. 11, par. único)

3 – O PROBLEMA CONCRETO: CONTRAPRESTAÇÃO PELO CONCESSIONÁRIO

3.1 – CRITÉRIO DE JULGAMENTO NO EDITAL

■ Cláusula 11

- contraprestação devida pela União ao concessionário
 - recebimento de valor para prestar os serviços
- contraprestação devida pelo concessionário à União
 - oferta de valor pela outorga da concessão

■ Critério de julgamento

- cláusula 11, etapa 12
- maior valor de outorga pago pelo concessionário à União: primeiro colocado
- maior valor de contraprestação pago pela União ao concessionário: último colocado
- menor outorga > menor contraprestação
- lances em leilão (etapa 15): mesmo critério

■ **Tipicidade da contraprestação**

- prestação do concedente
- art. 2º, § 1º: patrocinada
- art. 2º, § 3º: administrativa
- art. 6º, *caput*: modalidades de “*contraprestação pela Administração*”
- art. 11, par. único: garantias no edital
- art. 12, II, ‘a’: menor valor da contraprestação paga pela Administração

■ **Contraprestação do concedente**

- art. 7º, *caput*: momento posterior à fruição do serviço
- art. 7º, §1º: parcela fruível
- art. 7º, §2º: aporte de recursos proporcional às etapas executadas

3 – O PROBLEMA CONCRETO: CONTRAPRESTAÇÃO PELO CONCESSIONÁRIO

3.3 – O CUSTO DA OUTORGA

- Contraprestação pública adicional à tarifa
 - inerência da PPP
- Arrecadação *versus* construção e operação do empreendimento
- Reforço do caixa da União
- Custo da prestação do serviço
 - oneração da tarifa
- Custo da outorga
 - transferência para a tarifa

■ Rol exaustivo de critérios

- alínea “a”: menor valor da contraprestação da Administração
- alínea “b”: menor contraprestação combinada com a melhor técnica, conforme pesos
- art. 15, I, Lei nº 8.987 : menor valor da tarifa
- art. 15, V, Lei nº 8.987 : menor tarifa combinada com a melhor técnica

■ Critérios excluídos

- art. 15, II, Lei nº 8.987: maior oferta pela outorga
- art. 15, VII, Lei nº 8.987: melhor oferta pela outorga após qualificação de propostas técnicas

■ Inviabilidade jurídica da PPP

- maior pagamento do parceiro privado pela outorga

4 – A PERSPECTIVA DO PODER CONCEDENTE

- **Interesse da Administração**
 - transferência de custos e riscos
- **Art. 40, X, Lei 8.666**
 - proibição de preço mínimo
 - aplicabilidade a PPP
- **Contraprestação pública negativa**
- **Remuneração efetiva**
 - Variável por desempenho
 - art. 6º e parágrafos
- **Desnecessidade de garantia especial**
 - inexistência de prestação pela Administração
- Art. 6º. A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: [ordem bancária, cessão de créditos e de direitos]
 - §1º. Remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas
 - §2º. Aporte de recursos em favor do parceiro privado para obras e bens reversíveis
 - §§3º a 5º: cômputo tributário

5 – A SOLUÇÃO ADOTADA

- A ANTT leiloou em 21.01.2009 o lote da 2ª Etapa da Fase II de Concessões Rodoviárias (680 km da BR116/324)
- Venceu o consórcio RodoBahia (espanhola Isolux-Corsan e brasileiras Engevix e Encalso)
- Oferta da menor tarifa de pedágio (R\$2,212) a partir da tarifa-teto do edital (R\$2,80)
- Investimento inicial: 68 milhões (12/2005)
- Investimentos em 25 anos: R\$1,9 bilhão (12/2005)
- **Avaliação negativa para PPP**
 - concessão comum ou prestação direta
 - não induz a fracasso da política de PPP
 - aperfeiçoamento da concepção das concessões comuns
- **Serviço público**
 - universal
 - contínuo
 - isonômico
 - transparente
 - eficiente
 - preço módico

Fernão Justen de Oliveira
fernao@justen.com.br