



Concessões e parcerias público-privadas: Perspectivas do PL 7.063/2017

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

Introdução

Após anos de debates e especulações, a modificação do regime jurídico aplicável às concessões comuns e às parcerias público-privadas ganhou traços concretos com a aprovação, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, do **Projeto de Lei nº 7.063/2017** (“PL 7.063/2017”).

Trata-se de projeto de lei que, caso aprovado, substituirá integralmente a Lei Federal 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões) e a Lei Federal 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), tornando-se o **marco legal unificado de concessões e parcerias público-privadas**.

Embora muitos aspectos do regime jurídico atual tenham sido mantidos, os mais de 200 artigos do PL 7.063/2017 também solidificam entendimentos construídos ao longo de mais de 20 anos de prática da Administração Pública em licitações e contratos de concessão, consolidam legislações esparsas do setor e alteram significativamente aspectos atinentes

à execução de contratos de concessão e parcerias público-privadas.

Tem-se, portanto, um projeto de lei de **grande relevância para o setor de infraestrutura brasileiro**, cuja aprovação importará na modificação de diversos paradigmas até então tidos como absolutos em tema de concessões e parcerias público-privadas, impactando a estruturação de concessões em âmbito federal, estadual e municipal para os próximos anos.

Neste cenário, a compreensão das principais novidades deste projeto de lei é fundamental para avaliação de oportunidades e programação de investimentos na agenda de concessões programada pela Administração Pública. Este material desenvolvido pelo Mattos Filho apresenta, de maneira objetiva e sistemática, as principais modificações propostas e seu impacto sobre os procedimentos licitatórios e os contratos de concessão a serem firmados.

Aspectos gerais dos contratos

O PL 7.063/2017 preserva a estrutura geral das licitações e contratos disposta no atual regime jurídico, mas implementa modificações pontuais que terão elevado impacto na sistemática destas relações.

OBJETO DA LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE SERVIÇOS E OBRAS CONEXAS

O novo regime jurídico não limitará as licitações ao objeto principal da concessão, ou seja, à estrutura e à prestação dos serviços públicos propriamente ditos. Poderá também ser contemplada no contrato de concessão a prestação de serviços e a execução de **obras conexas**, que não venham a ser geridas ou exploradas posteriormente pela própria concessionária (**art. 7º**). Com esta medida, almeja-se a obtenção de ganhos de eficiência para os contratos públicos.

PRAZOS DOS CONTRATOS

O PL 7.063/2017 manteve a regra da Lei 11.079/2004 de prazo mínimo de 5 anos para os contratos de concessão, mas **retirou a limitação de**

prazo máximo, tanto para contratos de concessão comum, quanto para parcerias público-privadas (art. 5º). Consequentemente, tem-se maior flexibilidade na estruturação das concessões, inclusive no que tange à possibilidade de reduções ou extensões do prazo da concessão já durante a execução contratual.

Neste ponto, o PL 7.063/2017 também elenca a extensão ou redução do prazo dentre as medidas disponíveis para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (**art. 118**), algo que já era de praxe nos contratos de concessão.

DESCONTINUIDADE DO SERVIÇO FACE AO INADIMPLEMENTO DO PODER PÚBLICO

Uma das previsões mais inovadoras do PL 7.063/2017 foi a instituição de **regras para viabilizar**

a descontinuidade da prestação dos serviços em determinadas circunstâncias.

Ao mesmo tempo em que se manteve a regra geral de vedação à descontinuidade do serviço, que constitui um dos primados da prestação de serviços públicos, o PL autorizou a interrupção do serviço em determinadas circunstâncias, desde que configurada situação de emergência ou realizado aviso prévio (art. 13, § 2º).

LIMITES À ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

A abrangência das competências detidas pelos órgãos de controle, principalmente dos tribunais de contas, para avaliação prévia e fiscalização de editais de licitação e contratos de concessão é certamente um dos grandes motivadores de embates com a Administração Pública. Não

raramente as análises prévias de editais de licitação se prolongam por longos períodos, comprometendo o cumprimento das agendas de concessões.

Neste âmbito, o PL 7.063/2017 traz relevantes regras para regulação e limitação das competências dos órgãos de controle. De um lado, foi estipulado **prazo máximo de 120 dias para avaliação dos Editais pelos órgãos de controle externo competente (art. 64)**. De outro, foram impostos **limites à interferência destes órgãos durante a execução contratual**, impedindo sua ingerência no mérito das decisões tomadas pelo Poder Concedente no exercício de suas funções de fiscalização do contrato de concessão (**art. 14, parágrafo único**).

Garantias e financiamento

O tema das garantias públicas e financiamentos é um dos mais sensíveis para a estruturação e viabilização dos projetos de parcerias público-privadas, tendo sido fonte de controvérsias na execução de diversos contratos de parcerias público-privadas. O PL 7.063/2017 buscou ampliar a regulamentação aplicável e, assim, oferecer maior segurança aos investidores.

REGULAMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE GARANTIAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A despeito de prever a possibilidade de prestação de garantias pela Administração Pública, a Lei 11.079/2004 não trouxe grande detalhamento sobre a estruturação de tais garantias.

O PL 7.063/2017 buscou aprofundar o regramento aplicável a estas garantias (**art. 40 a 44**). Além de trazer maior detalhamento às modalidades existentes, o novo marco legal proposto dispõe expressamente que tais **garantias correspondem a obrigações líquidas e certas**, imediatamente exequíveis, recaindo sobre a Administração Pública o ônus de intentar medida judicial ou arbitral para suspender ou anular a cobrança ou execução. Trata-se de previsão de grande relevância para resguardo dos interesses das concessionárias e ampliação da segurança jurídica.

FUNDING EM MOEDA ESTRANGEIRA

O PL 7.063/2017 possibilita a **utilização de moeda estrangeira** em contratos de uso ou serviço de infraestrutura celebrados entre exportadores e concessionárias dos setores ferroviário, aquaviário, portuário, aeroportuário, de energia elétrica e de armazenagem.

ACORDO TRIPARTITE E EXECUÇÃO DE GARANTIA

Outra inovação concerne aos acordos tripartites celebrados entre Poder Concedente, Concessionária e financiadores. De acordo com a nova redação proposta, tais acordos substituem a exigência de anuência prévia do Concedente nos casos de assunção do controle da concessionária ou transferência da concessão pelos financiadores ou garantidores (**art. 52 e 53**).

Transferência ou extinção do contrato e penalidades

Com relação à aplicação de penalidades e aos procedimentos de transferência ou extinção do contrato de concessão, o PL 7.063/2017 endereçou temas controversos, como a relicitação e a rescisão contratual pela via da arbitragem.

A EXIGÊNCIA EXPRESSA DE PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A proporcionalidade é um dos princípios basilares do direito administrativo, mas não raramente as penalidades aplicadas às concessionárias de serviços públicos careciam desta característica, motivando frequentes embates sobre o tema. Com o novo marco regulatório, a obrigatoriedade de aplicação de **penalidades proporcionais** é reforçada.

TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE E O EQUACIONAMENTO DE OBRIGAÇÕES E PENALIDADES

O PL 7.063/2017 dispõe que o poder concedente poderá, ao receber o pedido de transferência de controle societário, negociar a redução, extinção ou forma de cumprimento de penalidades

regulamentares e contratuais eventualmente aplicadas à concessionária e/ou estabelecer um período para adimplemento integral das obrigações contratuais pela compradora, durante o qual estará suspensa a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais cabíveis (**art. 128**).

RELICITAÇÃO E PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

A Lei Federal 13.448/2017 inovou o ordenamento jurídico ao instituir regras sobre os **procedimentos de relicitação ou prorrogação antecipada** nos contratos celebrados pela Administração Pública Federal nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. O novo marco legal proposto inova ao prever a aplicação destes institutos a todas as concessões, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A arbitragem foi institucionalizada como ferramenta hábil à solução de controvérsias entre poder concedente e concessionária, incluindo nos casos de rescisão do contrato de concessão por inadimplemento do Poder Concedente (art. 173 e 176).

Trata-se de modificação relevante no regramento aplicável, dado que, ainda que muitos contratos de concessão já fizessem uso da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias, a legislação vigente exige que a rescisão dos contratos ocorra somente via ação judicial especialmente intentada para essa finalidade.



Alocação de Riscos e Reequilíbrio Econômico Financeiro

O PL 7.063/2017 endereçou de maneira inovadora a alocação de riscos nos Contratos de Concessão e elucidou aspectos relevantes do tema de reequilíbrio econômico-financeiro.



AS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A FIXAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL REFERENTE À ALOCAÇÃO DE RISCOS

Para a organização de matriz de risco (art. 107 a 110) contratual, o PL 7.063/2017 prevê que devem ser consideradas (i) a compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato; (ii) a natureza do risco; (iii) o beneficiário das prestações a que se vincula; e (iv) a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo. Além disso, os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras, para maior equidade na relação contratual, serão alocados às Concessionárias.

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO

- **Eventos Supervenientes (art. 111)**

O PL 7.063/2017 dispõe que a matriz de alocação

de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, incluindo caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

- **Alteração Unilateral do Contrato (art. 112)**

Alterações unilaterais do contrato devem ser precedidas de negociação entre Poder Concedente e a Concessionária, cabendo ainda ao Poder Concedente a adoção de medidas de reequilíbrio concomitantemente à alteração.

- **Identificação precisa do objeto causador do desequilíbrio (art. 114)**

O pedido de reequilíbrio deve ser preciso quanto ao objeto causador do desequilíbrio, com devida fundamentação em documentos necessários à demonstração do pleito. Os custos para a contratação de laudos técnicos no preparo da documentação podem gerar ressarcimento à concessionária.

- **Descumprimento dos deveres e aplicação de multa (art. 115)**

De acordo com o PL 7.063/2017, as partes envolvidas tem o dever de: (i) expor os fatos conforme a verdade; (ii) não formular pretensão ou apresentar defesa sem fundamento; (iii) não produzir provas ou praticar atos inúteis ou desnecessários ao exame do pedido; e (iv) não atribuir ao pleito valor diferente ao devido.

O descumprimento pode gerar aplicação de multa de 1% (um por cento) até 10% (dez por cento) do valor atribuído ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, de acordo com a gravidade da conduta, as peculiaridades do caso concreto e a reincidência.

- **A participação da Agência Reguladora na Análise do Pleito de Reequilíbrio (art. 117)**

A fim de subsidiar a análise do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a

agência reguladora poderá: (i) contratar serviço técnico especializado para emissão de laudos elaborados por entidades independentes; ou (ii) realizar, inclusive por intermédio de entidade independente e especializada, auditoria para constatação da situação que ensejou o pedido

- **Prazo para análise do pedido de reequilíbrio (art. 119)**

O contrato deve especificar prazo para resposta ao pedido de reequilíbrio e para conclusão do procedimento, que não poderá ser superior a 180 dias, prorrogável por igual período mediante justificativa.

Inovações nos procedimentos de seleção

Além de unificar os regramentos aplicáveis ao procedimento de manifestação de interesse, o PL 7.063/2017 trouxe duas novas possibilidades em termos de licitação e contratos de concessão: os procedimentos de colação e concessão por adesão.

APRIMORAMENTO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Além de consolidar os regramentos aplicáveis aos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), hoje regulados pelo Decreto 8.428/2015, o novo marco legal proposto traz para a esfera federal a possibilidade de utilização do instrumento de **Manifestação de Interesse Privado (MIP)**, já utilizado por diversos entes federativos (**art. 91 a 97**). No MIP, o interesse em desenvolver os estudos não se limita à necessária abertura de chamamento público prévio pela Administração Pública, podendo também ser provocados por pessoa física ou jurídica interessada, instigando uma maior autonomia e poder de participação da parte privada na relação. Ao MIP aplicam-se as mesmas regras previstas no PMI, como, por exemplo, a possibilidade de os autores dos estudos participarem da futura licitação, exceto se houver vedação expressa no edital (art. 96).

Importante notar que a apresentação dos estudos não representa, por si só, direito a ressarcimento dos valores integrais utilizados na elaboração: a Administração Pública poderá propor valor de ressarcimento inferior que, caso rejeitado pelo interessado, impedirá a utilização de informações contidas em seus estudos.

REGISTRO CADASTRAL

O **registro cadastral** é estrutura mantida pelos órgãos/ entidades da Administração Pública, prevista na Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), nos artigos 34 a 37, cuja finalidade é promover o exame antecipado de documentos básicos da empresa para otimizar o procedimento licitatório.

O PL 7.063/2017 assegura o registro como instrumento auxiliar, e reforça a importância em manter os documentos básicos da empresa cadastrada, a fim de facilitar sua participação posterior em licitações.

CONTRATAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE COLAÇÃO

O **processo de colação** (art. 86 a 90) é um mecanismo para seleção e contratação de profissionais, empresas ou entidades especializadas para a prestação de **serviços técnicos profissionais especializados que visem à estruturação, integral ou parcial, do contrato de concessão ou dos processos de desestatização**.

Para estas contratações, não haverá necessidade de realização do procedimento ordinário de licitação. O contratado será selecionado a partir de consulta feita pela Administração a três ou mais profissionais que atendam aos requisitos de habilitação, em função de suas qualidades e atuação anterior. Os consultados apresentarão, então, suas propostas, cabendo à Administração escolher uma delas com base em critérios técnicos.

CONCESSÃO POR ADESÃO

O PL 7.063/2017 autoriza expressamente o modelo de **concessão por adesão**, por meio do qual entidade e órgãos da Administração Pública, podem aderir à estrutura da concessão realizada por outro órgão ou entidade, inclusive de diferentes entes federativos (**art. 81 a 85**). Basicamente, uma única licitação fundamentará a contratação da licitante vitoriosa não só pelo órgão licitante, mas também por outros entes aderentes.

Tal modalidade é admitida apenas mediante expressa previsão em edital e em casos de similitude de condições técnicas, jurídicas e econômico-financeiras da contratação. Além disso, o objeto da concessão deve ser quantificável em unidades de medida padronizadas.



MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

 /company/mattosfilho

 /mattos_filho

 /mattosfilhoadvogados

 /mattosfilho

www.mattosfilho.com.br

 O portal de notícias
do Mattos Filho

 acesse o portal

 ouça nosso *podcast*