



PLANTA DE DESSALINIZAÇÃO DE FORTALEZA

MODELAGEM JURÍDICA, EDITAIS E CONTRATOS



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria das Cidades

I. INTRODUÇÃO: ASPECTOS GERAIS DO PROJETO.....	3
II. LEGISLAÇÃO SETORIAL APLICÁVEL	4
II.1. Serviços Públicos de Saneamento Básico	4
II.1.1. A Legislação Federal.....	6
II.1.2. A Legislação Estadual.....	10
II.1.3. A Legislação da Região Metropolitana e do Município de Fortaleza	13
III. MARCO REGULATÓRIO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	15
III.1. A Lei Federal nº 11.079/2004	17
III.2. A Legislação Estadual de Parcerias Público Privadas	29
IV. A PARCERIA E O MODELO JURÍDICO PROPOSTO.....	35
IV.1. As peculiaridades do projeto e as premissas para a estruturação do modelo jurídico .	35
IV.2. Da alternativa proposta	36
IV.3. Licitação	36
V.3.1. Critérios de participação.....	36
V.3.1.2. Julgamento da licitação.....	39
V.3.1.3. Fases da licitação	40
V.3.1.4. Habilitação	40
IV.3.2. Objeto da parceria.....	51
IV.3.3. Obrigações das partes e intervenientes	52
IV.3.4. Prazo e valor	53
IV.3.5. Mecanismos de remuneração.....	53
IV.3.6. Critérios de Reajuste e Revisão	54
IV.3.7. Equilíbrio econômico financeiro, alocação de riscos e equilíbrio contratual.....	55
IV.3.8. Garantia de Execução do Contrato (pelo particular)	61
IV.3.9. Garantia da Contraprestação Pública a ser paga pelo Poder Concedente	62
IV.3.10. Avaliação de desempenho	63
IV.3.11. Mecanismos de fiscalização e sanções	63
IV.3.12. Bens remanescentes e reversíveis	64
IV.3.13. Extinção do contrato.....	67
IV.3.14. Mecanismos de resolução de controvérsia.....	67
V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
VI. EQUIPE PARTICIPANTE DO ESTUDO	71
VI.1 Pela CAGECE.....	71
VI.2 Pela AUTORIZADA	71



I. INTRODUÇÃO: ASPECTOS GERAIS DO PROJETO

O presente relatório jurídico integra o **Estudo 13 – Modelagem Jurídica, Editais e Contrato**, e foi elaborado originalmente pelo grupo vencedor para atender o solicitado no Edital de Chamamento Público para Procedimento de Manifestação de Interesse – **PMI 01/2017/CAGECE**, cujo objeto é *Elaboração de Estudos de uma Planta de Dessalinização de Água Marinha para a Região Metropolitana de Fortaleza com capacidade de 1 m³/s* passando por alterações após análises da Cagece e realização de Consulta e Audiência Públicas, considerando-se serem medidas que revestem a contratação de maior eficiência e segurança.

Dessa forma, o estudo tendo em vista as especificidades do Projeto, bem como a exigência de celebração de um contrato de Parceria Pública-Privada para a sua implementação, optou-se por um modelo de contratação de **PPP na modalidade administrativa**, a ser celebrado entre a **Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE)** e a futura **Concessionária**, pelo prazo de 30 (trinta) anos.

Delineados estes aspectos estruturais, buscou-se então desenvolver um modelo que fosse viável não apenas do ponto de vista jurídico, mas se considerando também os diversos aspectos sociais, ambientais, institucionais, políticos e de atratividade e viabilidade econômico-financeira do negócio. Ao longo dos estudos foram visitadas diversas possibilidades de estruturação jurídica do Projeto, a fim de se eleger a alternativa que melhor atendesse a esses imperativos, chegando-se ao modelo jurídico ora apresentado.

No presente relatório, estão sintetizadas e fundamentadas, à luz da respectiva legislação aplicável, as principais escolhas feitas para a estruturação do Projeto nos termos ora propostos, em consonância com os estudos e conclusões apresentados nos produtos anteriores.

Concluída essa breve introdução, o trabalho será iniciado com a análise dos marcos regulatórios envolvidos no Projeto (**Tópico II**), em especial: (i) a regulamentação dos serviços públicos de saneamento básico, nas esferas federal, estadual e municipal (**Tópico II.1**).

Posteriormente, será apresentado o marco regulatório das Parcerias Público-Privadas (PPP), atentando-se não apenas para as disposições gerais da Lei Federal nº

11.109/2004, mas também para as especificidades da legislação do Estado do Ceará (**Tópico III**).

Por fim, adentrar-se-á na análise da modelagem jurídica desenvolvida para o presente Projeto (**Tópico IV**). Nesta análise, estão compreendidas as principais especificidades referentes ao modelo proposto: (i) o objeto da concessão e as obrigações das partes; (ii) o prazo e valor do contrato; (iii) as receitas envolvidas; (iv) o desempenho da concessionária; (v) as garantias; dentre outros.

Finalmente, apresentaremos nossas considerações finais a respeito do Projeto (**Tópico V**).

II. LEGISLAÇÃO SETORIAL APLICÁVEL

II.1. Serviços Públicos de Saneamento Básico

Antes de analisar o modelo de negócio estruturado pelo Consórcio para o presente projeto, é necessário discorrer, mesmo que de forma sucinta, sobre a regulamentação dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil.

A Lei Federal nº 11.445/07 (Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB), em seu artigo 3º, inciso I, define **saneamento básico** como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de **abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas**.

Daí se depreende que o conceito de saneamento básico engloba não apenas as atividades de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, mas também as de limpeza pública, de manejo de resíduos sólidos urbanos e de manejo de águas pluviais urbanas.

O conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais das atividades que compõem o saneamento básico são considerados **serviços públicos**, e, em função de sua essencialidade e relevância para o cidadão, para o meio ambiente e para a saúde pública, devem ser prestados pelo Poder Público¹, de modo contínuo e com observância das metas e deveres de qualidade, generalidade, proteção ambiental e abrangência.

¹Adiante-se, desde já, que ainda que a incumbência por executar os serviços públicos de saneamento básico seja, a princípio, atribuída ao Poder Público, o art. 175 da Constituição admite a delegação da sua prestação à iniciativa privada, através do instituto da concessão. Este tema será tratado com maior detença mais à frente neste relatório.

De acordo com a LNSB, são considerados serviços públicos de **abastecimento de água potável** as atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição (art. 3º, I, “a”). Ademais, nos termos do Decreto Federal nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei Federal nº 11.445/2007, o serviço de abastecimento de água inclui a captação, a adução de água bruta, o tratamento de água, a adução e a reservação de água tratada (art. 4º).

Já o **esgotamento sanitário** é constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente (art. 3º, I, “b”). Na definição trazida pelo Decreto Federal nº 7.217/2010, o esgotamento sanitário inclui também a disposição final dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas e individuais, inclusive de fossas sépticas (art. 9º).

No que se refere às atividades vinculadas ao **manejo de resíduos sólidos urbanos e limpeza urbana**, são considerados serviços públicos, nos termos do art. 7º da LNSB: (i) a coleta, transbordo e transporte dos resíduos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; (ii) a triagem para fins de reuso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (iii) a varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana. Vale mencionar que o lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador também pode, por decisão do Poder Público, ser considerado resíduo sólido urbano.

A **drenagem e o manejo de águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas**, por sua vez, são conceituados como o conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção e retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (art. 3º, I, “d” da LNSB).

Observe-se, por fim, que, a LNSB exclui do âmbito dos serviços públicos de saneamento básico (i) os recursos hídricos (art. 4º), (ii) as ações de saneamento executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços; bem como (iii) as ações e os serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.

Um aspecto importante a ser mencionado refere-se à **titularidade da competência para prestar os serviços de saneamento básico**. De acordo com o art. 30, inciso V, da Constituição Federal, compete aos Municípios “*organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (...)*”.

Embora não seja possível extrair um comando específico do texto da Constituição Federal sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico, há alguma segurança na afirmação de que esta é **essencialmente Municipal ou Distrital**. Isso porque há evidente caráter de interesse local nas atividades de distribuição de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos, limpeza urbana e drenagem de águas pluviais, o que, desde logo, atrelaria os serviços de saneamento básico à competência municipal.

No presente caso, os serviços a serem prestados pela futura Concessionária a CAGECE não se enquadram diretamente na competência municipal acima prevista: são serviços contratados na modalidade de concessão administrativa e direcionados ao usuário único (CAGECE/Poder Concedente), que operará tal contratação dentro dos limites da sua liberdade empresarial e com a finalidade de prover segurança hídrica para região metropolitana de Fortaleza.

II.1.1. A Legislação Federal

Em nível federal, os serviços de saneamento básico são disciplinados pela Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, em conjunto com o seu regulamento, o Decreto Federal nº 7.217/2010. Tais normas apresentam **diretrizes nacionais para o setor de saneamento básico**, estabelecendo as condições e alternativas jurídicas para o provisionamento destes serviços públicos à população.

O art. 2º do referido diploma legal (a LNSB) traz um extenso rol de princípios que devem nortear a prestação dos serviços de saneamento básico, dentre os quais se destacam a universalização do acesso (inciso I); a integralidade (inciso II); a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais (inciso V); a eficiência e sustentabilidade econômica (inciso VII); e a utilização de tecnologias apropriadas (inciso VIII).

Um primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à possibilidade de delegação da organização, regulação, fiscalização e da prestação dos serviços de saneamento básico pelos seus titulares (art. 8º, LNSB). Diante de tal possibilidade, a LNSB discrimina uma série de **formas de execução** dos serviços de saneamento. De maneira inovadora, a Lei

autoriza em seu texto uma multiplicidade de arranjos públicos e privados para a prestação dos serviços de saneamento. São exemplos as disposições que tratam da prestação interdependente (art. 12, *caput*, LNSB), da prestação regionalizada (art. 14 e ss., LNSB), da gestão associada (art. 24, LNSB), da execução direta e até mesmo da delegação dos serviços de saneamento à iniciativa privada (art. 11, § 2º, LNSB, p. ex.).

Destaca-se especialmente a possibilidade de adoção de **soluções integradas entre entes da federação** para a execução dos serviços de saneamento básico, notadamente por meio dos modelos de gestão associada, que franqueia aos entes responsáveis por sua prestação a repartição das atribuições executivas de prestação destes serviços, por meio dos convênios de cooperação ou dos consórcios públicos, regrados pela Lei Federal nº 11.107/2005, e de prestação regionalizada, na qual um único órgão ou entidade presta os serviços de saneamento para vários Municípios, a partir das premissas de compatibilidade de planejamento e de uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços.

Estas hipóteses disciplinadas na LNSB denotam claramente um intuito de **fomentar soluções cooperativas e consensuais entre os entes federados**, para que estes elaborem modelos de prestação dos serviços de saneamento mais robustos em termos de sustentabilidade econômico-financeira, assim como para que, a partir destas parcerias interfederativas, torne-se possível a superação de eventuais desafios decorrentes da precariedade financeira e técnica dos prestadores originários destes serviços.

Também foram objeto de disciplina normativa da LNSB o **planejamento e a regulação** dos serviços de saneamento básico, importantes encargos dos titulares dos serviços de saneamento, a serem observados por todas as entidades envolvidas na execução destes serviços.

Conforme as disposições legais, o **planejamento** é pressuposto obrigatório na prestação dos serviços de saneamento, sendo assim definido pelo Decreto Federal nº 7.217/2010: *“as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada”* (art. 2º, inciso I). A definição transcrita explicita o desafio que envolve a elaboração do plano municipal de saneamento básico, cujo conteúdo, por evidente, deve ser bastante abrangente.

O planejamento dos serviços públicos de saneamento básico deverá estar expresso no **plano municipal de saneamento básico**, o qual, nos termos do art. 19 da

Lei Federal nº 11.445/2007, deverá prever, no mínimo, o diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas (inciso I); os objetivos e metas de curto, médio e longo prazo para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais (inciso II); os programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento (inciso III); e as ações para emergências e contingências (inciso IV).

A não elaboração deste plano pelo Município implica, em primeiro lugar, na negativa de acesso aos recursos federais para o saneamento básico, inclusive o de financiamento - como deixa evidente o § 2º do art. 26 do regulamento da LNSB, que afirma: *“A partir do exercício financeiro de 2014, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico”*.

Além disso, a ausência de Plano de Saneamento Básico impede o Município de celebrar contratos válidos que tenham por objeto a prestação dos serviços públicos de saneamento básico. De forma bem objetiva: todos os contratos que tenham por objeto a prestação dos serviços públicos de saneamento básico devem atender ao previsto no caput do art. 11 da LNSB, sendo que os contratos de concessão ou de programa, além do previsto naquele caput, devem também atender ao previsto no § 2º deste mesmo artigo. Observe-se que a vedação é severa, porque a Lei fala em condições de validade; vale dizer, condições que caso não atendidas implicam na invalidade (ou nulidade) do contrato.

De maneira semelhante ao que ocorre em relação ao planejamento, a LNSB elege, em seu art. 21, a **regulação** como requisito imperativo para a prestação dos serviços de saneamento, sobretudo nas hipóteses de delegação à iniciativa privada ou a outro ente da federação. Nestes casos, o art. 11, III, da Lei Federal nº 11.445/2007 prevê como condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de normas de regulação que disciplinem os meios para o cumprimento das diretrizes desse diploma e, principalmente, da designação da entidade de regulação e de fiscalização.

Nessa linha, a Lei Federal nº 11.445/2007 prevê que o exercício da função de regulação deverá atender aos princípios da independência decisória, incluindo a autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (art. 21 desse diploma).

Com relação aos objetivos, a execução das atividades de regulação tem entre suas finalidades: estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade (art. 22 da Lei Federal nº 11.445/2007).

Diante disso, por exigência da Lei, os respectivos entes responsáveis pela prestação dos serviços de saneamento devem estruturar entidades ou órgãos administrativos para o desempenho destas atividades regulatórias, que envolvem o manejo de poderes fiscalizatórios, além de atribuições tipicamente normativas.

Ainda, a regulamentação emitida pelas entidades de regulação deverá refletir, obrigatoriamente, o conteúdo mínimo insculpido nos incisos do art. 23 da LNSB, que orienta as atividades do setor ao atendimento das finalidades de universalização dos serviços, com qualidade aos usuários e mediante a cobrança de tarifas módicas. Este conteúdo normativo, por sua vez, também deverá se refletir na modelagem de qualquer forma de prestação dos serviços de saneamento, em especial, na estruturação das obrigações contratuais atreladas a eventual concessionário.

Ressalte-se aqui que, caso os serviços de saneamento básico sejam prestados de forma regionalizada, sua fiscalização e regulação deverão ser feitas pela mesma entidade reguladora, em todos os Municípios.

Outra condição de validade exigida pela LNSB para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico é a existência de estudo comprovando a **viabilidade técnica e econômico-financeira** da prestação universal e integral dos serviços, o que se dá, via de regra, pela remuneração do prestador mediante a cobrança de taxas, tarifas ou preços públicos pelos serviços de abastecimento de água e esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais (art. 29, LNSB).



No que diz respeito aos aspectos técnicos relacionados à prestação dos serviços de saneamento básico, o art. 43 da LNSB determina que *“a prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais”*.

Vale dizer, por fim, que a LNSB exige a realização prévia de **audiência e de consulta públicas** sobre a minuta de contrato de concessão a ser celebrado para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Com isso, além de cumprir as condições impostas pela Lei Federal nº 11.079/2004, Lei Federal nº 8.987/95 e Lei Federal nº 8.666/93, a contratação proposta somente será considerada válida caso as condições de previstas pela Lei Federal nº 11.445/2007 também sejam atendidas.

II.1.2. A Legislação Estadual

No âmbito do Estado do Ceará, a disciplina jurídica dos serviços de saneamento básico é dada pela **Lei Complementar nº 162/2016** (regulamentada pelo Decreto regulamentar nº 32.024/2016), a qual instituiu a **Política Estadual de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário**, com o objetivo de promover a universalização do acesso aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, a melhoria das condições e a prestação adequada dos serviços e a aplicação das diretrizes nacionais aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no âmbito do Estado do Ceará, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela Lei (artigos 1º a 4º).

Para tanto, a Lei exige que a Política Estadual seja articulada com as políticas estaduais de desenvolvimento urbano e regional, de combate e erradicação da pobreza, de proteção ambiental e de promoção da saúde (art. 3º, §3º).

De acordo com o previsto pelo art. 4º da LC nº 162/2016, a Política Estadual de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário consiste no apoio institucional e financeiro do Estado do Ceará para os serviços de saneamento básico, por meio de três instrumentos principais, coordenados e articulados pela Secretaria das Cidades (artigo 6º), com participação da Secretaria do Desenvolvimento Agrário e da Secretaria de Recursos Hídricos, no âmbito do saneamento rural.

O **Plano Estadual de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário (PAAES)** é o instrumento que estabelece a articulação das políticas, planos, programas e ações governamentais de saneamento básico com as de saúde, meio ambiente, recursos hídricos, desenvolvimento urbano e rural, habitação e de uso e ocupação do solo, pelo horizonte de 20 (vinte) anos devendo ser revisto a cada 4 (quatro) anos. Sua elaboração compete à Secretaria das Cidades e deve contemplar o conteúdo mínimo obrigatório previsto pelo art. 8º da Lei. Também cabe à Secretaria das Cidades a verificação do cumprimento das metas estabelecidas no PAAES.

Já o **Fundo Estadual de Saneamento Básico (FESB)** está vinculado à Secretaria das Cidades, e tem a finalidade constituir uma fonte de recursos de longo prazo para apoio a programas e projetos de universalização dos serviços de saneamento básico, com vistas à redução dos indicadores de pobreza no Estado do Ceará (artigos 23 e 24).

O **Sistema de Informações em Saneamento do Estado do Ceará (SISANCE)**, por sua vez, visa coletar e sistematizar dados relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico, permitindo o monitoramento e avaliação da eficiência desse atendimento e das políticas públicas, além da disponibilização de informações relevantes para a caracterização da oferta e da demanda de serviços de saneamento básico (artigos 25 e 26). Compete, pois, aos municípios e aos prestadores de serviços fornecer à Secretaria das Cidades as informações necessárias sobre os serviços de saneamento básico sob sua esfera de competência.

É importante mencionar que o §1º do art. 4º da LC nº 162/2016 estabelece a priorização do apoio financeiro do Estado para os municípios cujos serviços públicos estejam integrados à Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, mediante a (i) submissão à regulação dos serviços de saneamento básico na forma disciplinada pela Lei, (ii) contribuição para o FESB e (iii) o encaminhamento de informações para o SISANCE.

De se ressaltar, outrossim, que “o *Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Fortaleza, instituído pela Lei Complementar nº 18, de 29 de dezembro de 1999*” mediante deliberação do respectivo conselho deliberativo, poderá “*estabelecer a destinação de recursos ao FESB para garantir a eficácia dos programas e projetos de sua finalidade, desde que os recursos sejam utilizados exclusivamente*” na respectiva região (artigo 23, § 6º, da LC nº 162/2016).

Dispõe o § 2º, do artigo 4º da referida Lei Complementar que “*não receberá apoio financeiro do Estado do Ceará para fins desta lei o município que não tiver instituído, no prazo fixado em Decreto Regulamentador, o respectivo Plano Municipal de Saneamento*

Básico ou plano específico, salvo para a elaboração dos próprios planos”. Por sua vez, esclarece o respectivo Decreto regulamentar nº 32.024/2016, que “após 31 de dezembro de 2018, a instituição do plano municipal de saneamento básico, ou de plano específico, será condição para o acesso ao apoio financeiro do Estado do Ceará, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei Complementar nº 162, de 20 de junho de 2016” (art.4), ficando “ressalvados da vedação do caput os financiamentos aprovados para a elaboração dos próprios PMSB ou planos específicos” (art.4, § 2º).

Com relação à **prestação dos serviços públicos de saneamento básico**, vale lembrar que a Lei Estadual nº 9.499/1971 atribuiu à **Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará - CAGECE** a função de prestadora dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Nessa linha, a LC nº 162/2016 autorizou a CAGECE a celebrar contratos de programa ou de concessão com os municípios ou consórcios públicos visando à prestação dos serviços de sua competência.

Noutro aspecto, a Lei Complementar nº 162/2016 estabelece as bases para a **regulação dos serviços de saneamento básico no Estado do Ceará**, com vistas a assegurar um regime de eficiência dos serviços públicos, inclusive no que se refere à instituição, reajuste e revisão das tarifas pelo Poder Público (artigos 14 a 19).

O art. 15 da mencionada Lei assim define as competências atribuídas ao ente regulador: (i) editar resoluções para o fiel cumprimento, pelos prestadores de serviços, das condições gerais de prestação dos serviços de saneamento básico; (ii) realizar procedimentos de reajustes e revisões tarifárias, ordinárias e extraordinárias, nos termos definidos nos instrumentos de delegação e em resolução específica; (iii) assegurar publicidade aos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação dos serviços; (iv) estabelecer modelo de fatura a ser entregue ao usuário, para os serviços cobrados mediante tarifas; (v) fiscalizar os prestadores dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, inclusive no tocante ao cumprimento das metas definidas nos planos municipais de saneamento básico; (vi) aplicar a penalidade de multa aos prestadores destes serviços; (vii) indicar ao município a intervenção e encampação dos serviços delegados, nos casos previstos em lei e nos contratos; (viii) interpretar e fixar critérios para a fiel execução dos contratos e dos serviços e para a correta administração dos subsídios; (ix) fornecer informações e estudos aos municípios para a elaboração dos planos municipais de saneamento básico e à Secretaria das Cidades para o plano estadual; (x) fiscalizar a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em pequenas localidades realizadas pelas

associações comunitárias; e (xi) fiscalizar o cumprimento das metas contratuais para a qualidade dos efluentes estabelecidas na forma do art. 10, § 2º desta Lei.

Cumpre esclarecer, a este respeito, que embora a LC nº 162/2016 estabeleça que “a regulação dos serviços públicos na Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário será preferencialmente atribuída à **Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE**” (art. 17), desde setembro de 2006 a **Autarquia de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental (ACFor)** é a entidade responsável pela regulação, fiscalização e controle dos serviços públicos de saneamento básico concedidos, permitidos ou terceirizados – aí inclusos os serviços prestados pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE) no âmbito do Município de Fortaleza. Daí a existência de resoluções emitidas por ambas as agências dentro do respectivo período de atuação, todas aplicáveis aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário executados pela CAGECE.

Outro aspecto importante é a criação de **mecanismos de controle social**, pela LC nº 162/2016, no âmbito da Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, a ser exercida através do Conselho Estadual das Cidades (ConCidades), dos serviços de ouvidoria, audiências e consultas públicas e relatórios públicos de qualidade dos serviços (artigos 20 a 22).

II.1.3. A Legislação da Região Metropolitana e do Município de Fortaleza

A Lei Complementar Estadual nº 18, de 29 de dezembro de 1999 instituiu a **Região Metropolitana de Fortaleza - RMF**, assim definida como a unidade organizacional geoeconômica, social e cultural constituída pelo agrupamento dos municípios de Aquiraz, Caucaia, Eusébio, Guaiúba, Fortaleza, Horizonte, Itaitinga, Pacatuba, Pacajus, Chorozinho, Maranguape, Maracanaú e São Gonçalo do Amarante, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 1º).

Em razão deste agrupamento, autoriza-se o exercício comum de determinadas funções públicas de interesse comum, compreendendo o planejamento de questões territoriais, ambientais, sociais e institucionais, a execução de obras e implantação, operação e manutenção de serviços públicos, e a supervisão, controle e avaliação da eficácia da ação pública metropolitana (art. 3º).

Há previsão, inclusive, de atuação conjunta das municipalidades integrantes da Região Metropolitana nas atividades de captação, adução e distribuição de água potável (art. 3º, parágrafo único, inciso VI).

Para tanto, é necessário que seja declarado o interesse comum de dois ou mais municípios integrantes da Região Metropolitana de Fortaleza para a execução de determinada função públicas, com intervenção do Estado do Ceará.

A Lei Complementar Estadual nº 18/99 também cuidou de instituir o **Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Fortaleza – CDM**, visando à adequação administrativa dos interesses metropolitanos e o apoio aos agentes responsáveis pela execução das funções públicas de interesse comum. São atribuições do CDM, nos termos do art. 5º: (i) aprovar o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDU, da RMF e todos os demais planos, programas e projetos indispensáveis à execução das funções públicas de interesse comum metropolitano; (ii) definir as atividades, empreendimentos e serviços admitidos como funções de interesse comum metropolitano; (iii) criar Câmaras Técnicas Setoriais, estabelecendo suas atribuições e competências; e (iv) elaborar seu regime interno.

Em complemento, também foi criado o **Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Fortaleza - FDM**, vinculado à Secretaria da Infraestrutura do Estado do Ceará, com a finalidade de dar suporte financeiro, mediante financiamento sob a forma de empréstimo ou a fundo perdido, para execução de atividades da RMF (art. 9º).

Tais considerações servem para apontar cenário alternativo ao proposto nesses estudos, com a possibilidade de implementação do empreendimento ora em estudo através de parceria envolvendo parte dos Municípios integrantes da Região Metropolitana de Fortaleza, bem como o seu respectivo Conselho Deliberativo, além da utilização dos recursos do Fundo de Desenvolvimento da RMF.

Neste caso, é importante mencionar, contudo, que o art. 7º, §1º da Lei Complementar Estadual nº 162/2016 dispõe que *“enquanto os respectivos conselhos das regiões metropolitanas não definam a entidade responsável pela regulação e fiscalização regionais dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, esta será realizada pela ARCE, nos termos da Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997, com uniformidade no exercício de suas atividades, inclusive de sua remuneração.”* No mesmo sentido a previsão do art. 17, §3º desta mesma Lei: *“a regulação dos serviços metropolitanos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Estado do Ceará poderá ser delegada à ARCE mediante deliberação dos respectivos conselhos das regiões metropolitanas.”*

Já no âmbito específico do Município de Fortaleza, o Decreto nº 13.713, de 18 de dezembro de 2015, foi responsável por aprovar o **Plano Municipal de Saneamento Básico de Fortaleza**, nas modalidades (i) resíduos, (ii) abastecimento de água, (iii) esgotamento sanitário e (iv) drenagem, contendo: diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida; objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização dos serviços; programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, ações para emergências e contingências; e mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

É este, portanto, o principal instrumento que disciplina os serviços públicos de saneamento básico no Município de Fortaleza. Vale dizer que a edição deste Plano pelo Município atende às exigências da Lei Complementar nº 162/2016 no que se refere à adesão à Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário e ao recebimento do apoio institucional e financeiro do Estado do Ceará para os programas, projetos e ações municipais de saneamento básico.

Em âmbito municipal, a regulação, fiscalização e o controle da prestação indireta dos serviços públicos de saneamento ambiental é realizada pela Autarquia de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental (ACFOR), nos termos da Lei Municipal nº 8.869, de 19 de julho de 2004.

III. MARCO REGULATÓRIO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O art. 175 da Constituição Federal atribui ao Poder Público a prestação dos serviços públicos “*diretamente ou sob **regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação***”. A concessão, no direito administrativo, compreende um gênero bastante amplo de arranjos contratuais para delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial, com vistas a atingir determinados objetivos públicos.

Em linhas gerais, a concessão pode ser entendida como o instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral (como bens, serviços ou atividades), atribuídas ao Estado, pela constituição ou por lei, regulamentando as obrigações recíprocas entre o poder concedente e o concessionário, durante um prazo finito e estável².

²MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 171 – 172.

Do gênero “concessão” desdobram-se diversos arranjos contratuais, cada qual com um regime jurídico específico, a depender da utilidade concedida ou dos objetivos justificadores de cada concessão.

A **concessão comum**, tal qual disciplinada na Lei 8.987/95, pressupõe, em linhas gerais, (i) a realização de concorrência pública; (ii) a assunção dos riscos do empreendimento pelo concessionário; (iii) a remuneração do concessionário por meio de tarifa ou por outra forma permitida pela exploração do serviço; (iv) a garantia do equilíbrio econômico financeiro; e (v) a indenização pelos investimentos realizados e não amortizados.

Essa modalidade de contratação envolve basicamente **serviços autossustentáveis**, seja pela remuneração do próprio usuário do serviço, seja por direitos decorrentes do serviço concedido. A possibilidade de subsídio existe, ainda mais se considerados os serviços públicos de saneamento básico, por exemplo, tendo em vista o caráter social de tais serviços, sua necessária universalização e a modicidade tarifária. Todavia este subsídio deverá ser necessariamente estabelecido por lei.

Não há na concessão comum uma regra geral para o prazo de sua vigência, o que garante flexibilidade na sua respectiva fixação, condicionada, portanto, às necessidades específicas do objeto, inclusive para fins de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Tendo em vista que o Edital de PMI nº 01/2017/CAGECE delimitou o escopo do projeto em apreço, determinando que sua implantação deverá se dar através de uma Parceria Público-Privada (PPP)³, não aprofundaremos os estudos a respeito das concessões comum, concentrando nossa análise na disciplina jurídica das PPPs.

³ Termos de Referência do Edital para PMI nº 01/2017/CAGECE (Anexo 3):

“1. DIRETRIZES DE PROJETO

O documento de diretriz recomenda os elementos necessários para a definição do escopo e objetivos do projeto de PPP. A definição clara do escopo da PPP é necessária para garantir que o objetivo do projeto seja atendido, dentro das especificações pré-definidas, bem como sejam adotadas boas práticas de gerenciamento de projeto, visando atender às expectativas da CAGECE.

1.1. Justificativa e Objetivos

Os projetos de prestação de serviços públicos realizados em regime de Parceria Público-Privada possuem obrigatoriamente objetos que conciliam o atendimento de necessidades da sociedade e o negócio capaz de atrair o interesse da iniciativa privada.” (grifos nossos)



III.1. A Lei Federal nº 11.079/2004

O art. 22, XXVII, da Constituição Federal estabelece a competência da União para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação*” no âmbito da Administração Pública. Tendo em vista sua competência constitucionalmente determinada, foi editada a **Lei Federal nº 11.079/2004** que institui **normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública**. Destas normas, os artigos 14 a 22 são aplicáveis somente à União e os artigos restantes são de aplicação geral, interessando, portanto, à presente análise.

A Lei de PPP introduziu no ordenamento jurídico pátrio dois mecanismos de outorga da execução de serviços à iniciativa privada: a **concessão administrativa** e a **concessão patrocinada**. Essas modalidades passaram a conviver com as demais modalidades de concessão de serviços públicos, tais como a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95 e pela Lei nº 9.074/95.

A **concessão administrativa** tem sua definição legal no § 2º, art. 2º, da Lei Federal nº 11.079/04:

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.

O citado dispositivo legal permite expressamente a contratação de particulares para **a execução de atividades públicas em sentido amplo (não apenas os serviços públicos econômicos), estabelecendo a figura da Administração Pública como usuária, direta ou indireta**. Nessa modalidade de concessão, cabe à própria Administração encarregar-se do pagamento de contraprestação ao concessionário pelos serviços prestados⁴. O escopo desse modelo de parceria é satisfazer as necessidades de

⁴ Nesse sentido, esclarecedora lição de Floriano Marques de Azevedo Neto sobre as hipóteses de utilização do modelo de concessão administrativa: “Vale notar que na concessão administrativa o administrado pode ou não ser usuário direto da utilidade concedida. Se usuário direto, este uso dar-se-á de forma gratuita. Se indireto, a Administração figurará como usuário do serviço para fins de pagamento ou para efeitos, mesmo, de utilização dos equipamentos postos a seu dispor para melhor desempenho de suas funções. Há três arranjos possíveis no tocante à fruição das utilidades objeto das concessões administrativas. No primeiro o administrado é individualmente usuário direto da utilidade mas, para fins de pagamento, a Administração comparece como usuária. É a hipótese de concessão no modelo de usuário único dos serviços de coleta de resíduos domiciliares ou na hipótese de universalização dos serviços de acesso à Internet (inclusão digital) em escolas ou centros comunitários. No segundo, a Administração é usuária direta (para fins de utilização e pagamento), como ocorre se cogitarmos, por exemplo, uma parceria para a implantação e operação de centro administrativo ou de uma repartição pública. No terceiro a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e indireta para fins de uso propriamente da utilidade objeto da parceria (o que



prestação dos serviços tipicamente administrativos (em que a Administração é considerada como usuária direta dos serviços), ou dos serviços em que a cobrança de tarifa é inviável ou politicamente inconveniente. A remuneração do particular não advirá do pagamento pelo administrado como usuário direto do bem ou serviço objeto da parceria. Sua remuneração será proveniente de outras fontes, inclusive e principalmente de contraprestação paga diretamente pela Administração Pública (cf. artigo 6º e artigo 7º da Lei Federal nº 11.079/04).

Já a **concessão patrocinada** encontra sua definição legal no §1º, art. 2º:

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.

Como se vê, uma notável inovação da Lei de PPP foi a **previsão expressa da possibilidade de remuneração ao privado, total ou parcialmente, pelo Poder Público** – e não somente pelo usuário final da utilidade provida na concessão. Embora a concessão comum subsidiada já se mostrasse viável em nosso ordenamento como uma alternativa para a estruturação remuneratória de projetos com recursos públicos, a previsão expressa trazida pela Lei de PPP trouxe mais alternativas para que se estruturassem concessões em setores que por si só não eram economicamente viáveis, ou, ainda, em setores em que não era possível a cobrança de tarifas.

Ainda quanto às formas de remuneração do parceiro privado, merece destaque a previsão do **aporte de recursos públicos** - embora, ressalte-se novamente que a remuneração do particular por meio de financiamento estatal já fosse possível por meio da Lei Federal nº 8.987/95. De todo modo, a Lei de PPP logrou o mérito de explicitar esta possibilidade e criar limites específicos para as despesas com contratos de PPPs (art. 28⁵).

ocorre numa PPP para implantação, manutenção e operação das funções delegáveis – hotelaria, por exemplo – num presídio)." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). **Parcerias Público-Privadas, 2ª ed.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 324.

⁵Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios 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 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 exercícios.

Além da forma de remuneração, a Lei das PPPs trouxe outras inovações e especificidades para o regime das concessões.

Diferentemente do que ocorre em relação às concessões comuns, o objeto das PPPs deve sempre estar associado à **prestação de um serviço**, o que obsta que a concessão pura de obra pública seja objeto de uma PPP (embora não se impeça a concessão de obra pública subsidiada, nos moldes do art. 17 da Lei nº 8.987/95). De fato, a Lei nº 11.079/04 é expressa ao prever que não é possível PPP para o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra⁶.

A Lei Federal também trouxe uma restrição econômica aos contratos que venham a ser celebrados nesta forma. A utilização das PPPs somente é possível em **objetos de grande vulto, assim entendidos como aqueles cujo valor do contrato perfaça a quantia mínima de R\$ 10 milhões (dez milhões de reais)**⁷. Esse valor, investido pelo particular, deverá ser amortizado no lapso temporal necessariamente compreendido entre 5 a 35 anos, incluindo eventual prorrogação⁸.

Uma importante inovação trazida pela Lei diz respeito ao **sistema de garantias** para a proteção do investimento feito pelo particular, que intenta assegurar o adimplemento das obrigações de pagamento assumidas pelo Estado em virtude da parceria. Uma vez que os contratos de PPPs possuem longa duração e envolvem, necessariamente, contrapartidas públicas de altos valores, há riscos relevantes para o particular, tais como o risco de não pagamento pelo Estado e o risco em função da terminação antecipada do contrato. Outro fator relevante é a dificuldade de execução dos créditos não pagos pelo Poder Público, submetidos ao regime de precatórios, nos termos do art. 100, *caput*, da Constituição Federal⁹.

Com vistas a mitigar estes efeitos, o diploma determina que a contraprestação pública possa ser garantida por meio de (art. 8º): (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas

⁶ Art. 2º, § 4º, III, da Lei nº 11.079/04.

⁷ “Art. 2º, § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);”

⁸ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também 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;”

⁹ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; bem como (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Outro requisito obrigatório do contrato é a **repartição objetiva dos riscos decorrentes da concessão** entre a Administração e o parceiro privado, inclusive aos riscos referentes às hipóteses de caso fortuito, força maior, fato de príncipe¹⁰ e álea econômica extraordinária¹¹¹². O edital e, principalmente, o contrato de PPP deverão prever minuciosamente esta distribuição de responsabilidades, conforme a atratividade e o modelo de negócio adotado para cada parceria, e que determinarão as hipóteses de cabimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato¹³.

Com efeito, cabe mencionar que é não só possível como plenamente desejável que um contrato de concessão de serviços públicos identifique, calcule e partilhe de forma racional e eficiente os riscos entre Poder Concedente e concessionário.

Por outro lado, é também sabido que a divisão ou o compartilhamento de riscos contratuais entre as partes resulta em uma decisão de fundamental importância econômica ao contrato. Tanto prever riscos relativos a eventos de pouca suscetibilidade quanto atribuir determinado risco à parte com menor capacidade de administrá-lo ou de neutralizar seus impactos econômicos tem como consequência elementar o encarecimento desnecessário do ajuste.

Deste modo, a adequada repartição de riscos contratuais acaba funcionando como mecanismo de eficiência do contrato, já que obsta que a parte que tenha maiores controles sobre sua ocorrência deixe de evitá-los. De outro lado, caso tais riscos venham a ocorrer, uma repartição racional funciona como mecanismo mitigatório, desonerando as bases contratuais pela garantia de que a parte com maior capacidade de administração seja responsável pela sua assunção.

O **equilíbrio econômico-financeiro**, por sua vez, liga-se forma elementar à divisão contratual de riscos, seja pelo fato de que de riscos assumidos revertem-se em ônus econômico-financeiros contratados, seja porque, na ocorrência de algum evento que

¹⁰O fato do príncipe corresponde a um ato de autoridade não relacionado diretamente com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele.

¹¹ A álea econômica extraordinária guarda relação com a teoria da imprevisão. Trata-se de circunstâncias externas ao contrato e estranhas à vontade das partes, mas que são imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, causando um grande desequilíbrio no contrato.

¹² “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.”

¹³ Isto porque apenas os fatos relacionados aos riscos não alocados para determinada parte deverão dar ensejo ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor dessa parte.

desequilibre a equação contratual original, torna-se importante saber qual das partes responde pela sua neutralização. Em outras palavras, quando se constata que o contrato se encontra desequilibrado pela ocorrência de algum evento, há a necessidade de saber se houve previsão desse evento no ajuste e a quem cumpre responsabilizar-se pela sua amortização¹⁴.

Em se tratando de evento alocado à esfera de riscos do parceiro privado, é dele o encargo de amortizar os custos decorrentes desse evento. Caso, entretanto, trate-se de evento inserido nos riscos assumidos pelo Poder Concedente surge o dever estatal de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro original do ajuste.

Outra disposição relevante presente no bojo da Lei nº. 11.079/2004 consiste no seu art. 5º, IX, o qual dispõe que as cláusulas dos contratos de PPP devem prever 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.

Merece destaque, ainda, a necessidade de previsão de **formas de medição do desempenho do particular**, por meio de critérios de avaliação objetivos. Isso decorre da maior flexibilidade que a Lei visou conferir na relação entre o particular e a Administração, atribuindo maior liberdade ao particular para organizar a forma de execução de suas atividades, sendo cobrado por seu desempenho. Frise-se que as notas de desempenho aferidas pelo particular poderão ocasionar consequências na sua remuneração, que poderá estar vinculada em função de sua performance observada em determinado período.

Por fim, há regras que devem ser observadas em relação ao **planejamento fiscal da Administração**. Por exemplo, o art. 28 da Lei Federal nº 11.079/04 (alterado pela Lei Federal nº 12.766/2012) restringe o sistema de garantia e transferências voluntárias da União em favor dos demais entes federativos em casos de comprometimento, em projetos de PPP, de mais de 5% da Receita Corrente Líquida (RCL) destes entes. Superado esse limite, o Estado do Ceará não teria mais acesso aos recursos oriundos de transferências voluntárias da União.

¹⁴ Nesse sentido, há amplo consenso sobre a proteção constitucional dada ao direito do particular contratado pela Administração Pública de ver mantida a justa retribuição contratual que pactuou inicialmente com o Poder Público. Trata-se aqui da noção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos prevista originalmente no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

No tocante ao **procedimento de contratação pública**, prevê o texto constitucional a competência privativa à União para legislar a respeito de “*normas gerais de licitação e contratação*”, elegendo, em seu art. 37, XXI, a **licitação** como procedimento a ser adotado, via de regra, nas contratações celebradas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A este respeito, a União editou, entre outras normas, a Lei nº. 8.666/93, que é tida como uma norma geral de licitações e contratações administrativas e é aplicável subsidiariamente à Lei nº 11.709/2004 para a contratação de PPPs. Nos termos do art. 3º da Lei nº. 8.666/93, a finalidade precípua da licitação consiste em servir de instrumento para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conferindo, ao mesmo tempo, tratamento isonômico a todos os particulares interessados.

O artigo 10 da Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPP) estabelece os **requisitos para a abertura do processo licitatório¹⁵ de contratação de uma PPP**, ou seja, as providências que devem ser tomadas previamente ao início do certam. Parte desses requisitos são cumpridos exclusivamente pela Administração Pública. Outros, contam com a participação popular.

Entre tais condicionantes, requer-se, (i) emissão de autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico¹⁶ que demonstre: (i.a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; (i.b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no parágrafo 1º do artigo 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 (i.c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do artigo 25 da Lei nº 11.709/2004, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; (ii) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva

¹⁵ “É comum encontrar na doutrina classificações que buscam demarcar no tempo o processo de desenvolvimento de uma licitação. “Etapa prévia”, “procedimento interno”, “procedimento preparatório”, “fase interna da licitação”; todas essas expressões buscam indicar que, antes da publicação do edital, há um processo administrativo destinado ao que se convencionou chamar “modelagem” do projeto.”. Portanto, de nossa parte, entendemos que, “(...) quando a Lei de PPP se refere à “[...] abertura do processo licitatório [...]”, no mencionado artigo 10, está se referindo, mais precisamente, à publicação do edital.”. MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – USP, 2016.

¹⁶ Vide artigo 10, inciso I, da Lei de PPP.



vigorar o contrato de parceria público-privada; (iii) emissão de declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; (iv) elaboração de estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; (v) previsão do objeto da PPP no plano plurianual em vigor no âmbito em que o contrato será celebrado; (vi) expedição de licença ambiental prévia ou das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Outras atividades igualmente inseridas nessa fase anterior à licitação são executadas pelo ente licitante de modo a conferir maior **participação do administrado na definição de assuntos de interesse público**. Dentre tais atividades, podem ser citados o procedimento de manifestação de interesse – PMI, as consultas públicas, as audiências públicas e os *roadshows*, os quais encontram fundamento primeiro, assinala-se, no direito à participação popular.

No que tange à licitação que antecede a contratação de uma PPP, impende frisar que o art. 10, da Lei nº. 11.079/2004 define que a modalidade a ser empregada necessariamente no caso dessas concessões será a **concorrência**, que de acordo com o art. 22, §1º, da Lei nº. 8.666/93, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do seu objeto.

A abertura do procedimento licitatório para a contratação de uma PPP, ainda, fica condicionada a uma série de exigências, fazendo-se mister assinalar a definida no inciso VII do citado art. 10, em que se determina **a existência de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento**, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Com efeito, nas licitações públicas para contratação de empreendimentos que exigem licenciamento ambiental, o projeto básico atinente à licitação em jogo deve contemplar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), bem como o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), na forma do disposto no art. 10, da Lei nº. 6.938/81, c/c o Anexo I da Resolução 237/1997 e o art. 2º, da Resolução 001/1986, do CONAMA.

Da leitura do citado art. 10, VII, da lei de PPP, tem-se, inclusive, um abrandamento de exigências de cunho ambiental, haja vista que, como dito, o Poder Público pode dispensar a apresentação inicial do licenciamento ambiental para execução do contrato de PPP, sendo necessária, tão somente, a apresentação de diretrizes para o

licenciamento ambiental, as quais deverão ser observadas no contrato a ser futuramente pactuado¹⁷.

Tem-se, assim, que a Lei nº. 11.079/2004 caminhou bem nas referidas exigências de aspecto ambiental, ao evitar o adiamento da discussão de questões de grande importância referentes aos impactos ambientais do empreendimento em jogo, e, por consequência, a enfrentamento de eventuais questionamentos administrativos/judiciais atinentes a tais questões.

O art. 11 da Lei nº. 11.079/2004 cuida do **instrumento convocatório da licitação**, prevendo que este conterà a minuta de contrato a ser futuramente celebrado, bem como indicará expressamente a submissão da licitação às normas da Lei nº. 11.079/2004. No mais, o artigo determina a aplicação, no que couber, dos §§3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21, da Lei nº. 8.987/95, o que, em outros termos, traduz-se no seguinte: (i) a recusa de propostas manifestamente inexequíveis ou, ainda, financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação é possível (art. 15, §3º); (ii) na hipótese de igualdade de condições, a proposta apresentada por empresa brasileira gozará de preferência (art. 15, §4º); (iii) elaboração do edital pelo poder concedente, com observância de critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, com adição de itens espacialmente elencados (art. 18); (iv) possibilidade de participação de empresas em consórcio (art. 19); (v) necessidade de serem colocados à disposição dos interessados os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital (art. 21).

O art. 11, em seus incisos, estabelece que o instrumento convocatório poderá prever as seguintes cláusulas: (i) exigência de garantia de proposta do licitante,

¹⁷ Consoante entendimento de Lucas Navarro Prado, “[...] a expedição das diretrizes também se assenta na ideia de explorar a eficiência produtiva do particular, fazendo-o realizar o licenciamento ao ensejo da elaboração do projeto básico das obras necessárias à execução do escopo contratual”. Condições prévias para a licitação de uma PPP. Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p 85. Discorrendo a respeito das duas possibilidades aventadas na Lei nº. 11.079/2004, Pedro de Menezes Niebuhr assim proclama: “[...] Do enunciado, extrai-se que o próprio parceiro público deva promover o licenciamento ambiental prévio, ou, pelo menos, quando não tiver disponível seu projeto pormenorizado, estabelecer requisitos e condicionantes para o licenciamento ambiental do empreendimento a ser promovido pelo parceiro privado. Na primeira hipótese, o parceiro público submete à análise do órgão de proteção ambiental o projeto básico e de execução do empreendimento, assim como instrui o pedido preliminar com as autorizações e os documentos que se fizerem necessários, tal qual ocorre num processo de licenciamento ordinário. Na segunda hipótese, por sua vez, depreende-se da redação do dispositivo legal que o parceiro público colaciona, ao procedimento licitatório, elenco de diretrizes e requisitos para o licenciamento ambiental do empreendimento, a serem observados pelos parceiros vencedores do certame, no curso da execução do projeto.” As parcerias público-privadas na perspectiva constitucional brasileira. 2007. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 120/121.

observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº. 8.666/93 (1% do valor estimado do objeto do contrato); (ii) o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº. 9.307/96, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

O mesmo art. 11, em seu parágrafo único, define que o edital de licitação da concessão deverá especificar, quando houver, as garantias de contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

É de se frisar que a Lei nº. 11.079/2004 conferiu certa liberdade, como se verificou dos artigos acima analisados, ao poder concedente na elaboração do edital de licitação de uma PPP, cabendo a ele, assim, decidir sobre como se dará a inclusão no referido edital das seguintes cláusulas, além das possibilidades anteriormente aventadas: emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas (incluindo-se dentre esses mecanismos a arbitragem); classificação de propostas técnicas antes da fase de habilitação; forma de apresentação das propostas econômicas; critérios de julgamento (o que será melhor explorado em tópico adiante)¹⁸; saneamento de falhas; limitação dos lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita seja, no mínimo, 20% maior que o valor da melhor proposta; inversão das fases de habilitação e julgamento.

Como já ventilado anteriormente, uma das exigências para a abertura do processo licitatório de uma PPP consiste na **submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública** (art. 10, VI, da Lei nº. 11.079/2004). Este tema será tratado com maior detalhe no item “C” deste Estudo.

No que concerne ao **procedimento licitatório** em si, este poderá ser subdividido em duas etapas distintas, uma interna e outra externa. A etapa interna é aquela realizada anteriormente à convocação dos interessados na participação da licitação, na qual são cumpridos todos os requisitos prévios determinados pela legislação, conforme já apontado. A etapa externa, por sua vez, abará todas as fases envolvidas a partir da publicação do respectivo edital até a fase de adjudicação.

¹⁸ Urge consignar, nesse ponto, importante observação acerca das cláusulas atinentes à forma de apresentação das propostas econômicas e dos critérios de julgamento. No que tange à primeira cláusula, o art. 12, III, a define como obrigatória, e ela assim o é. O que aqui se assinala é tão somente a liberdade da Administração de dispor quanto à forma de apresentação dessas propostas, nos limites do referido inciso III – isto é, as propostas podem ser escritas em envelopes lacrados, ou escritas e seguidas de lance em viva voz –, interpretação que se coaduna, portanto, ao descrito no próprio dispositivo. No que concerne à segunda cláusula aqui referida, qual seja, a dos critérios de julgamento, o que se frisou foi tão somente o fato de que a Administração pode escolher dentre os critérios de julgamento elencado no art. 12, II, estendendo-se o campo de escolha aos incisos I e V do art. 15, da Lei nº. 8.987/95. Em outros termos, deve tal cláusula constar do edital de licitação; o que há é tão somente uma liberdade de como dispor, nos estritos limites da lei.

No que concerne ao procedimento licitatório definido pela Lei nº. 11.079/2004, vale ressaltar que esta não estabelece, à semelhança do que ocorre com a Lei nº. 8.987/95, procedimento a ser observado para a realização da concorrência (única modalidade de licitação aplicável às PPPs, conforme já definido), limitando-se a prever, nos seus arts. 11 a 13, algumas normas que ou complementam as Leis nº. 8.666/93 e 8.987/95, ou as afastam, ainda que parcialmente.

O art. 13 da referida lei salienta, igualmente, que o edital de licitação da PPP poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, isto é, tal possibilidade constitui uma faculdade do poder concedente, que a adotará de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Idêntica previsão encontra abrigo na Lei Estadual nº. 5.068/2007, em seu art. 14, que assinala que o edital poderá prever a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**. Essa possibilidade de inversão de fases na licitação de uma PPP encontrou inspiração na Lei 10.520/2002, que instituiu o pregão como modalidade de licitação, embora nesta lei a inversão possua caráter obrigatório, ao passo que, no caso das parcerias público-privadas, a inversão é somente uma alternativa a ser considerada pelo Poder Concedente.

Outra inovação importante plasmada na Lei nº. 11.079/2004 encontra-se no seu art. 12, IV, o qual proclama que o edital poderá prever a possibilidade de **saneamento de falhas**, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento licitatório, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório, dispositivo legal que tem por efeito, assim, evitar a exclusão de licitantes da competição por motivos de ordem meramente formal.

Da leitura da Lei nº. 11.079/2004, concluiu-se, ainda, que, à semelhança do que vige na Lei nº. 8.987/95, a inexistência de projeto básico não constitui impedimento para que a licitação de uma PPP tenha seu curso normal. Em outros termos, uma das peculiaridades do regime de licitação para a contratação de PPPs consiste na **elaboração dos projetos – básico e executivo – pelos contratados**.

Já no que se refere às **condições de participação no certame**, a Lei nº. 11.079/2004 prevê, em seu art. 11, que o instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas da citada lei e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15 e os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº. 8.987/95, o que significa a possibilidade de participação de empresas em consórcio em licitação de PPP.

Novidades importantes introduzidas pelas Leis de nº 8.987/95 e 11.079/2004 dizem respeito à ampliação do rol de **critérios de julgamento**, em face do definido na Lei nº. 8.666/93. Embora a Lei nº 8.666/93 adote como preferência o critério de julgamento baseado no melhor preço, a Lei nº 8.987/95 representou um avanço ao traçar novas soluções normativas que conferem à Administração Pública a possibilidade de satisfazer aos seus imperativos da maneira mais adequada, isto é, sem que necessariamente tenha de se socorrer da proposta mais econômica, e sim da que atenda de maneira mais plena aos seus misteres, respeitando-se, em última análise, aos anseios de observância ao interesse público, uma vez que o Poder Público passa a não ficar tão adstrito ao preço, atentando-se também à qualidade da oferta em jogo.

Na Lei nº 8.987/95, especificamente, os critérios de julgamento encontram-se elencados no art. 15, os quais, dada a sua diversidade, demonstram esse intento de flexibilização dos critérios de julgamento. Da leitura do mencionado dispositivo legal, tem-se que a Lei nº 8.987/95 adotou como principal critério de julgamento para fins de seleção dos licitantes outros que não o de melhor preço, ou seja, os critérios de melhor técnica, o de combinação entre técnica e preço e o da melhor oferta pela outorga da concessão.

A Lei nº 11.079/2004 seguiu a mesma orientação definida na lei de concessões, e previu o seguinte em seu art. 12, II:

Art. 12. [...] II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

- a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Na hipótese aventada na alínea *b* do dispositivo acima transcrito, a melhor proposta será aquela que oferecer o **melhor custo-benefício**, conforme a equação entre esses critérios, a ser previamente conjecturada pela Administração.¹⁹ Em outros termos,

¹⁹ Se o interesse público, desta feita, exigir mais acentuadamente a observância de exigências técnicas e qualitativas na execução do contrato, dar-se-á maior peso para a nota obtida na proposta técnica. Se, a seu turno, houver a necessidade de observância de alguma exigência técnica, mas a qualidade “média” for aceitável, a proposta econômica receberá maior peso do que a proposta técnica. Além disso, pode-se também estabelecer uma nota mínima necessária na proposta técnica. Desse modo, após a habilitação de todos os licitantes que obtiveram a nota mínima exigida, o vencedor será aquele que apresentar o menor preço.

vale ressaltar que a técnica é exigível justamente para a garantia de fiel execução dos serviços. Desta forma, conclui-se que o critério de julgamento mais adequado é o do tipo técnica e preço, haja vista que estes elementos, em uma conjugação ideal, se relevam fundamentais para a execução do objeto da Parceria Público-Privada.

Nesta toada, tanto o menor valor quanto a mais apurada expertise serão avaliadas, partindo de uma média ponderada entre estas notas, conforme os critérios e pesos estabelecidos no termo de referência do edital.

Para o julgamento das propostas econômicas, serão considerados dois valores: (i) o valor da contraprestação, a ser paga pelo Poder Concedente; e (ii) o valor da contraprestação a ser paga pela remuneração dos serviços, sendo vencedora a proposta que apresentá-los em patamar mais baixo.

Já em relação às propostas técnicas, é recomendada a adoção expressa no termo de referência do Edital de um padrão mínimo a ser comprovado pelos licitantes, sob pena de desclassificação imediata.

Quanto à **contratação do concessionário**, é cabível a análise das normas sobre contratos de PPP inseridas na Lei nº. 11.079/2004.

O art. 12 da lei em tela traz o procedimento a ser seguido para a celebração do contrato de PPP, frisando que o certame obedecerá a algumas regras.

A primeira delas traduz-se no fato de que o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima definida no edital, os quais não poderão participar das etapas seguintes. Este regramento, aliás, já era admitido no art. 114, da Lei nº. 8.666/93, aplicável, no que couber, às PPPs.

Ponto que merece destaque, igualmente, na licitação para contratação de PPP guarda relação com a responsabilidade pela elaboração de projetos básico e executivo. Nesse passo, o art. 3º da Lei nº. 11.079/2004 determina a aplicação do art. 31 da Lei nº. 9.074/95 às concessões administrativas, dispositivo esse que admite a participação, direta ou indiretamente, dos autores ou responsáveis pelos projetos básico ou executivo nas licitações e na execução de obras ou serviços.

A mesma regra vale, aliás, para as concessões patrocinadas, com esteio no disposto no art. 3º, §1º, da Lei nº. 11.079/2004, haja vista que tal dispositivo prevê a aplicação subsidiária da Lei nº. 8.987/95 e da legislação correlata para tais concessões, o que inclui, por certo, a Lei nº. 9.074/95, a qual dispõe sobre normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Quanto a esse aspecto, assim, a Lei de PPP prevê regramento diferente frente ao constante da Lei nº. 8.666/93, conforme se observa do seu art. 9º, I. Em relação ao projeto básico, vale ressaltar que, quando o projeto envolver a execução de obras, a Administração Pública não é obrigada a elaborar o projeto básico, o que não a exime de definir os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização²⁰.

Adentrando em alguns pormenores no tocante ao que seriam os elementos do projeto básico, é de bom alvitre salientar que a Administração fica incumbida de algumas exigências, como proceder à caracterização do serviço, determinar a alocação dos riscos, destacar as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro, atribuindo à futura concessionária a elaboração dos projetos básico e executivo.

Os estudos a serem apresentados pelo Poder Público, via elementos do projeto básico, deverão possuir, no mínimo, um nível de detalhamento de anteprojeto, albergando documentos técnicos que permitam, minimamente, a futura elaboração do projeto básico, cabendo aqui salientar que o grau de aprofundamento dos elementos dependerá, por óbvio, da natureza e da complexidade do projeto em jogo.

Ponto passível de análise, ainda, corresponde ao art. 9º, da Lei nº. 11.079/2004, o qual estabelece que o contrato de PPP deve ser sempre celebrado com uma **sociedade de propósito específico – SPE**. Frise-se, ainda, que a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, conforme prevê o art. 9º, §1º, da Lei nº. 11.079/2004.

O §5º do art. 9º, a seu turno, contempla uma exceção ao plasmado no citado §4º, ao salientar que, em caso de inadimplemento de contratos de financiamento, instituição financeira controlada pelo Poder Público poderá adquirir a maioria do capital votante da SPE.

Sendo estes os aspectos jurídicos mais relevantes do regime federal de Parcerias Público-Privadas, incumbe-nos, agora, apresentar as peculiaridades que a legislação do Estado do Ceará institui a respeito desta modalidade de contratação.

III.2. A Legislação Estadual de Parcerias Público Privadas

²⁰ Conforme leciona Maurício Portugal Ribeiro: “[...] no caso do projeto de concessão ou PPP envolver obras, a Lei de Concessões, no que é seguida pela Lei de PPP, exige que a Administração disponibilize os “elementos do projeto básico” da obra (art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/1995). “Elementos do projeto básico” é bem menos do que o projeto básico da obra.” RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

Em 07 de julho de 2009, foi promulgada a **Lei Estadual nº 14.391**, que instituiu normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública do Estado do Ceará.

Em linhas gerais, a disciplina jurídica da Lei Estadual segue os mesmos comandos normativos da Lei Federal nº 11.109/2004. Entretanto, as atualizações e modificações introduzidas na legislação federal após a promulgação da Lei Estadual nº 14.391/09 não foram incorporadas pelo marco regulatório do Estado do Ceará. Por esta razão, a legislação estadual apresenta algumas especificidades em relação à legislação federal de PPPs, as quais merecem destaque.

Primeiramente, o valor mínimo do contrato estabelecido pelo §4º do art. 2º é superior ao limite fixado pela legislação federal, uma vez que é vedada a celebração de contratos de PPP cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), e não apenas R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Vale dizer que este valor previsto na Lei Estadual era o valor mínimo originalmente estabelecido na Lei nº 11.109/04 para a contratação de PPPs, mas que foi posteriormente alterado pela Lei 13.529/2017.

Além das diretrizes estabelecidas pelo art. 4º da Lei Federal para a contratação de PPPs, o art. 4º da Lei Estadual inclui uma diretriz adicional a ser observada, que impõe a responsabilidade social e ambiental na concepção e execução dos contratos (inciso VIII).

Por outro lado, o art. 5º da Lei Estadual não incluiu, dentre as cláusulas contratuais obrigatórias nas PPPs, aquilo que previsto pelo inciso XI do art. 5º da Lei Federal, que exige previsão no contrato do cronograma e dos 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, quando a contraprestação da Administração Pública for paga por meio de cessão de créditos não tributários. Trata-se de exigência incluída pela Lei nº 12.766/2012.

Outra distinção importante diz respeito à transferência do controle da SPE aos financiadores. A Lei Estadual nº 14.391/09 faculta ao contrato de PPP a previsão dos requisitos e condições para que a Administração autorize tal transferência, com o objetivo de promover a reestruturação financeira da SPE e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. É interessante notar que a Lei Federal nº 13.097/2015 conferiu tratamento mais amplo à matéria, prevendo a possibilidade não apenas da transferência do controle, mas também a administração temporária da SPE. Além disso, estas duas medidas podem ser autorizadas não apenas aos financiadores, mas também aos garantidores com quem a SPE não mantenha vínculo societário direto.

Também não há previsão expressa na legislação estadual quanto à possibilidade de aporte de recursos pelo Poder Público em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado pelo contrato ou em lei específica, tal como previsto pela Lei Federal nº 11.109/04, com a redação dada pela Lei 12.766/2012. Nada obstante, a Lei Estadual nº 15.277/2012 cuidou de autorizar o Poder Executivo do Estado do Ceará *“a celebrar contratos de Parceria Público-Privada que prevejam a realização de aportes de recursos em favor do parceiro privado para a construção e aquisição de bens reversíveis, nos termos da Legislação Federal”* (art. 1º), ressalvada a autorização prévia do Conselho Gestor de PPPs (art. 2º).

Nessa linha, prevê o art. 3º do mencionado Decreto que os aportes de recursos deverão ser previstos em contrato e, quando realizados durante a fase de investimentos, deverão guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas. No mais, admite-se que o aporte de recursos seja realizado por qualquer meio admitido em direito, podendo ser garantido mediante qualquer das modalidades previstas no art.8º, da Lei nº14.391/2009.

Sobre o tema da garantia da contraprestação pública, a Lei Estadual nº 14.391/09 limitou-se a reproduzir o mesmo conteúdo da legislação federal. Entretanto, a Lei Estadual nº 15.745/2014 autorizou o Estado do Ceará a vincular o valor correspondente a até 8% (oito por cento) dos recursos oriundos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE, apurado sempre com base no ano anterior ao vigente, à prestação da garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração no âmbito do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas.

Nesse sentido, a Lei exige que o Estado, para cada contrato de PPP celebrado, mantenha depositado em conta específica vinculada o montante equivalente ao valor da contraprestação mensal prevista no máximo para os próximos 6 (seis) meses (art. 2º).

Ainda no que se refere ao procedimento de licitação, a Lei Estadual não incorporou o requisito previsto no §4º do art. 10 da Lei Federal, incluído pela Lei nº 12.766/12, segundo o qual *“os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.”*

Feitas estas considerações, é importante dizer que a Lei Estadual nº 14.391/09 ainda institui o **Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – GCPPP** (posteriormente regulamentado pelo Decreto Estadual nº 29.801/2009), com competência para (i) aprovar a execução de projetos no regime de Parcerias Público-Privadas; (ii) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; (iii) autorizar a abertura de licitação e aprovar o seu edital; (iv) opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação, aditamento ou renovação de Contratos de Parcerias Público-Privadas; (v) apreciar os relatórios de execução dos contratos; e (vi) deliberar sobre casos omissos, controvérsias e conflitos de competência (art. 14).

É também atribuição do GCPPP o envio à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contas do Estado, com periodicidade semestral, de relatórios circunstanciados de desempenho dos contratos de PPPs, os quais deverão ser também disponibilizados ao público, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas (art. 14, §§ 2º e 3º).

Já no que se refere ao acompanhamento e à fiscalização dos contratos de PPP, a Lei Estadual nº 14.391/09 outorgou tais funções à **Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE**, nos projetos que envolvam a prestação de serviços públicos delegados referentes aos serviços de energia elétrica, saneamento, gás canalizado e transporte intermunicipal (art. 16). Tal previsão complementa-se, portanto, às disposições da Lei Estadual nº 12.786/1997, que instituiu a ARCE, e da Lei Estadual nº 14.394/2009, que disciplinou a atuação da Agência especificamente em relação aos serviços públicos de saneamento básico.

Todavia, os serviços concedidos à Cagece já são regulados, haja vista que, na hipótese, a delegação do exercício de um serviço público (abastecimento de água potável) se operou de forma contratual, atraindo as exigências de regulação previstas na Lei 11.445/07. Com efeito, se ocorreu uma delegação, e pela própria condição de se estar no campo de um monopólio natural, a regulação, enquanto mecanismo simulador de concorrência, indutor de eficiência e tutor do direito dos usuários e da própria sustentabilidade da prestação dos serviços, resta justificada.

No entanto, o contrato de concessão é um contrato de “gestão”, em que, por “conta e risco” do concessionário (entendida a expressão nos limites das obrigações assumidas e da matriz de riscos incidente no contrato), este “faz a gestão (assunção de riscos e organização, estruturação, racionalização e coordenação de recursos materiais e humanos) do empreendimento”, a fim de atingir os resultados pactuados.

Portanto, o ordinário em um contrato de concessão, em que há um plexo de riscos atrelados à exploração do serviço, é o concessionário ter liberdade para escolha dos

meios necessários ao atingimento dos fins e metas pactuados, de modo que, em ocorrendo ingerências, haverá deslocamento dos riscos com a correlata assunção dos ônus respectivos pela parte que procedeu à interferência.

Em outras palavras, a entidade reguladora realiza a regulação econômica e de qualidade dos serviços, mas interfere o mínimo nas escolhas empresariais (meios) do concessionário, sob pena de ensejar argumentos de ingerência e consequentes disputas de exclusão de responsabilidade ou de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, no modelo de concessão administrativa do presente projeto, entende-se não ser cabível específica regulação por agência do respectivo contrato. Alude-se à “específica” em virtude de os contratos de concessão do serviço público de abastecimento de água potável já serem regulados. Na regulação que hoje acontece, as agências não se debruam sobre nenhum contrato-meio realizado pela Cagece: a métrica e as balizas são as metas de expansão, os parâmetros de qualidade dos serviços, os resultados. Por exemplo, se a obra prevista neste projeto fosse realizada via empreitada ordinária (contratada por licitação) e a posterior operação fosse terceirizada (via licitação), os reguladores não regulariam cada um desses específicos contratos.

Por certo o vulto e até mesmo a complexidade do arranjo contratual de longo prazo de uma concessão administrativa são elementos especiais, que a segurança jurídica deve imantar, inclusive para a própria atratividade do modelo e consequente competitividade na concorrência. Mas a experiência e a doutrina consagraram boas práticas de regulação por contrato que podem suprir e funcionar quando não há um regulador institucional natural ou com maturidade, tais como as previsões de verificador independente e de arbitragem.

Dessa forma, como se trata de uma concessão administrativa de atividade-meio, com o objetivo de diversificar a matriz hídrica do sistema de abastecimento público de água, entende-se que esta deva ser regulada por contrato, com os mecanismos próprios para tanto, obviamente respeitando as normas da regulação setorial competente do serviço “final” que possam interferir no serviço “meio”.

Em complemento à Lei Estadual nº 14.391/09, foi promulgado o Decreto Estadual nº 30.328/2010, que institui o **procedimento de manifestação de interesse – PMI em projetos de parcerias público-privadas**, com o objetivo de orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de PPP.

Conforme definição trazida pelo art. 2º do mencionado Decreto, considera-se PMI *“o procedimento instituído por órgão ou entidade da administração estadual, por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres de interessados em*

projetos de concessão patrocinada”. Assim é que podem fazer uso do PMI os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo estadual que tiverem interesse em obter estas informações para a realização de projetos de sua competência (art. 2º, parágrafo único).

É certo que a realização de PMI não implica a abertura de processo licitatório, nem resulta em garantia de contratação futura, salvo disposição expressa em contrário. Tampouco está vinculada à utilização de dados ou informações obtidos por meio dos interessados participantes do PMI em futura eventual contratação. É faculdade do órgão solicitante a utilização, total ou parcial, das informações e estudos obtidos via PMI (art. 3º).

O art. 9º do Decreto Estadual autoriza a participarem do PMI as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, sendo que esta participação dos interessados não impede a sua participação em futura licitação promovida pelo órgão ou entidade solicitante.

Via de regra, o PMI inicia-se com a publicação, no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do aviso respectivo, conferindo a todos os interessados a oportunidade de apresentar os estudos, na forma prevista (art. 4º). Entretanto, o órgão solicitante pode optar, a seu critério, por autorizar diretamente pessoa jurídica ou física a realizar e apresentar os estudos necessários ao desenvolvimento de projetos de parcerias público-privadas (cf. art. 14-A, introduzido pelo Decreto Estadual nº 30.646/2011). Mesmo neste caso, é importante ressaltar que outros interessados podem apresentar pedido de realização de estudos para o correspondente projeto (art. 14-A, §2º).

É importante salientar que os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 11). É, contudo, admitida a transferência do ônus do pagamento de eventuais valores ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, §2º).

No mais, o órgão ou entidade solicitante pode combinar as informações obtidas via PMI com as informações técnicas disponíveis em outros órgãos e entidades da Administração, sem prejuízo de outras informações obtidas junto a outras entidades e a consultores externos eventualmente contratados para esse fim (art. 13).

IV. A PARCERIA E O MODELO JURÍDICO PROPOSTO

IV.1. As peculiaridades do projeto e as premissas para a estruturação do modelo jurídico

Como se sabe, o presente Projeto insere-se num contexto histórico de convivência da região nordeste do país com condições de escassez de água. Muitos foram os programas e projetos já criados a fim de minimizar os efeitos da seca sobre a população e a economia local, os quais ainda se mostram insuficientes para enfrentar de maneira eficiente e satisfatória os longos períodos de precipitação abaixo da média.

O que se verifica é que os impactos causados pelas secas e pelos esforços relacionados a respostas emergenciais geram altos custos financeiros para o Estado e, no limite, para a sociedade. Além disso, há severos impactos sobre o desenvolvimento da economia local e o aumento do desemprego na região. Também em âmbito social são sentidos os efeitos da escassez de água, que afeta sobremaneira as condições de vida da população local e trazem impactos na área da saúde, educação e meio ambiente. Não por outra razão é que tem sido registradas nas últimas décadas migrações sazonais durante as secas ou nos períodos de grandes safras da região nordeste.

É neste contexto que se insere a estruturação do presente Projeto de PPP, como parte dos esforços do governo estadual na estabilização dos recursos hídricos do Estado do Ceará (e, mais especificamente, na Região Metropolitana de Fortaleza, principal área consumidora de água), auxiliando o fornecimento de água para todos os habitantes.

O objeto da presente parceria é a construção e a operação de uma usina de dessalinização de água marinha, com capacidade de 1m³/s, na Região Metropolitana de Fortaleza, por meio da celebração de uma parceria público-privada, tal como definido pelo próprio Edital de PMI nº 01/2017/CAGECE.

Além destas premissas, é certo que a estruturação do modelo jurídico ora proposto foi estruturado em plena conformidade com as diretrizes e normas legais constantes dos marcos regulatórios aplicáveis ao Projeto, já analisadas nos Tópicos II e III do presente relatório, bem como com as diretrizes apresentadas no Edital de PMI nº 01/2017/CAGECE.

É com base nestas considerações e premissas que apresentamos, pois, o levantamento das alternativas cogitadas para os possíveis modelos contratuais a serem adotados para o presente projeto, como abaixo restará melhor demonstrado.

IV.2. Da alternativa proposta

Propõe-se a celebração de um **contrato de concessão administrativa entre a CAGECE e a Concessionária**.

O objeto, no caso, seria o mesmo das demais alternativas, estando consubstanciado na implantação/construção e operação de uma planta de dessalinização de água marinha com capacidade de 1 m³/s, para a Região Metropolitana de Fortaleza

A contraprestação pública também estaria segmentada em duas parcelas: fixa e variável.

Quanto às **garantias**, será constituída pela **cessão de fluxo futuro dos recebíveis da CAGECE**.

IV.3. Licitação

V.3.1. Critérios de participação

Tema relevante na análise de editais de licitação diz respeito às condições de participação de interessados no certame.

Tendo a finalidade de garantir à Administração a contratação da melhor proposta, eliminando concorrentes sem condições mínimas de fielmente executar o contrato, as regras de participação não devem deixar de promover a maior competitividade possível no certame.

Lastreado nessa premissa, o edital foi bastante amplo no que se refere ao espectro dos eventuais interessados, uma vez que (i) permitiu a participação de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, (ii) facultou a possibilidade de instituições financeiras, entidades de previdência complementar e fundos de investimentos atenderem ao certame, e, por fim, (iii) liberou a participação de empresas consorciadas.

Convém tecer maiores considerações sobre a participação de empresas consorciadas.

A decisão em torno da admissão ou não de consórcios, marcada pelo seu viés discricionário, está ligada ao desejo da Administração de fomentar a competição de interessados.

O incremento da competitividade pode se dar tanto por meio da aceitação dos consórcios no certame, quanto pela sua proibição ou limitação do número de participantes. Tudo depende das circunstâncias concretas que cercam a licitação.

Nesse sentido, posicionou-se o TCU:

“Sobre a falta de motivação para a UFJF vedar a participação na tomada de preços n.º 28/2008 (item 3.2 do edital - fl. 40 do volume principal), de pessoas físicas e de consórcios de empresa, consigno que a jurisprudência do TCU traz o entendimento que a formação de consórcio tanto pode fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), como cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si) (Acórdão TCU nº 2.813/2004 - Primeira Câmara, Relatório do Ministro-Relator).

Ou seja, a vedação ou a admissão de consórcio em licitação deve ter em vista possibilitar maior concorrência, que conforme o caso concreto pode ocorrer em uma ou outra situação.

No presente caso, a formação de consórcios possibilitará que objetos variados sejam executados pela soma de esforços de empresas com distintas capacidades.

Ao fundamentar sua decisão acerca da participação de consórcios em licitações cujo objeto apresenta alta complexidade, o TCU já consignou que:

“Em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio .”

Como se vê, a escolha pela permissão de consórcios é discricionária, cabendo à Administração decidir os limites dessa medida em consonância com os princípios regentes da atividade pública, bem como as especificidades de cada certame.

Tendo em mente todas as implicações da admissão ou não de consórcios, percebe-se que, no caso do objeto contratual em apreço, nada há que impeça a sua aceitação.

Em primeiro lugar, o objeto contratual demanda a aglutinação de competências que, apresentam cada qual especificidades que justificam a união de empresas. Executar o contrato implica a capacidade para realizar: (i) investimentos financeiros; (ii) realizar as obras necessárias a prestação da construção de Planta de Dessalinização

de água marinha na Região Metropolitana de Fortaleza com capacidade de 1m³/s, (um metro cúbico por segundo) a incluir construção de unidades integrantes dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais de produção e distribuição de água potável, até o ponto de entrega no sistema existente (da CAGECE) e os respectivos instrumentos de medição e (iii) prestação de serviços de operação, manutenção do sistema referido

Soma-se isso ao caráter inovador do objeto contratual, considerando-se que o empreendimento de dessalinização de tal porte é pioneiro no Brasil.

Segundo as análises técnicas oferecidas pela Administração, é maior a probabilidade de que distintas empresas possam se juntar para exercer as obrigações atinentes ao contrato.

Nesse sentido, a opção pela participação de consórcios é condizente com o desejo de proporcionar uma maior presença de interessados na licitação.

Em que pese permitir a participação de consórcios de empresas, o estudo original optou por limitar o número de componentes de cada consórcio ao máximo de três integrantes, uma vez que a permissão de formação de associações empresariais muito amplas prejudicaria a competição no certame, considerando a possibilidade de geração de distorções na competição, assimetrias no mercado e redução drástica do número de participantes no certame.

Contudo, em detida análise sobre o tema, após recebimento de contribuições da Consulta Pública ocorrida em fevereiro de 2019, a Administração revisou a questão quanto ao número máximo admitido de consorciadas, fixando-o em 4 (quatro).

Entende-se que a adequada mensuração do limite de empresas a participar do consórcio está relacionada ao número de competências necessárias à boa execução do projeto e para este empreendimento, além do investidor, há as competências relacionadas à construção da planta, à construção do sistema de captação, de adução e do emissário submarino e de operação do empreendimento. Assim, ponderou-se pela adoção de limite de quatro e não três, como originalmente sugerido.

A limitação do número de consorciadas visa ainda evitar a pulverização de responsabilidades que possam elevar o risco de atraso no cronograma do empreendimento, nos termos do que prevê o ACÓRDÃO Nº 718/2011 – TCU – Plenário, e ainda, possibilitar que diversos atores que competiriam separadamente, face à não limitação, possam se unir trazendo prejuízos à competitividade.

V.3.1.2. Julgamento da licitação

É comum nas licitações a discussão sobre a margem de discricionariedade da Administração na seleção dos critérios de julgamento das propostas.

Sabe-se que o artigo 12 da Lei Federal n.º 11.079/2004 faculta à Administração diversos critérios de julgamento da licitação, distintos daqueles já previstos no artigo 15 da Lei Federal n.º 8.987/1995 para as concessões comuns. Contudo, tal qual o diploma das concessões comuns, e mesmo a Lei de Licitações e Contratos, não estabeleceu parâmetros para a escolha da Administração dentre os critérios estabelecidos.

Desta forma, remanesce também nas licitações de PPP's a discussão sobre como deve se guiar a Administração ao fixar a forma pela qual julgará a licitação.

Na modelagem original constou sugestão para adoção do critério de julgamento Técnica e Preço. Todavia, a Administração no exercício do poder discricionário, partindo-se da premissa de que as tecnologias a serem empregadas não terão grande variação e que a complexidade de um empreendimento não necessariamente reclama a realização de licitação do tipo técnica, ponderou-se ser conveniente alterar o tipo para menor preço, considerando ainda que nas licitações do tipo técnica e preço os licitantes concentram a competição na técnica e o item preço perde relevância na disputa, podendo resultar em contratação menos vantajosa, o que não é desejável, sobretudo por seus reflexos na tarifa.

Orientaram ainda a decisão quanto a alteração do critério de julgamento o fato de certo grau de subjetivismo ser inerente a esse critério e que permeia desde o estabelecimento dos pesos entre a melhor técnica e o menor preço até a distribuição da relevância entre os quesitos da melhor técnica. Nesse sentido, diante de um projeto oriundo de uma PMI acentuam-se os riscos de assimetrias de informação, já que poderia haver a indução do poder concedente a adotar critérios que o particular já se sabe detentor dos meios de comprovar e como isso obter a maior pontuação.

Destaque-se ainda que a proposta original continha entre os parâmetros o item Planejamento da Concessão que trazia elevado grau de subjetivismo para a avaliação e que já contava com duas licitantes conhecedoras do problema, as quais já trariam certa vantagem e tal fato poderia macular a isonomia do certame.

Não menos diferente, seria a dificuldade quanto aos itens que demonstram a cumulação de experiências das empresas e responsáveis, as quais também poderiam carregar certo viés.

Assim, a opção foi modificar o critério de julgamento, adotando-se cuidados para não atrair riscos quanto à qualidade do parceiro selecionado, entre elas a comprovação cumulativa em itens relevantes. Além da adoção de outras cautelas, como revisão das sanções, eleição de eventos tidos como mais gravosos, elevação do valor da garantia da execução e exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo.

De outro turno, avaliou-se ainda que se tratando de projeto de PPP no qual o parceiro privado é o responsável pela operação posterior do empreendimento, o risco quanto à qualidade da execução das obras é a ele alocado, minimizando-se a necessidade de sofisticadas análises técnicas que retardariam o certame, poderiam ocasionar contratações menos competitivas e mais onerosas.

V.3.1.3. Fases da licitação

O Estudo original optou pela não inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, seguindo-se modelo tradicional aplicável às licitações e contratos avaliando que a inversão não traria ganhos de eficiência no processo licitatório.

De outro turno, a Administração, encontra respaldo para a inversão de fases no art. 13 da Lei Federal n.º 11.079/04 e avalia que a modelagem permite significativa redução na duração do processo licitatório, requisito essencial no cenário de escassez hídrica do Estado, atendendo assim ao princípio da eficiência administrativa, e que, não dispensará a necessária análise da habilitação, havendo ainda critérios prévia e objetivamente definidos capazes de aferir qualificação técnica do licitante.

V.3.1.4. Habilitação

A habilitação é sempre um tema fundamental nos processos licitatórios: por meio dela, busca a Administração assegurar que o futuro contratado possuirá condições técnicas, força econômica e idoneidade jurídica e fiscal para arcar com as responsabilidades decorrentes da concessão.

Justamente por estabelecer critérios que condicionam a participação de interessados, o efeito óbvio da habilitação é o de definir um perfil de licitante, que, espera-se, cumprirá com segurança as obrigações assumidas.

Daí o cuidado com que se deve revestir a escolha dos critérios de habilitação: devem guardar pertinência com o objeto do certame, evitando-se a imposição de condições exacerbadas, excludentes de empresas e interessados que poderiam executar o objeto contratual sem grandes dificuldades. Pretende-se, portanto, o equilíbrio entre segurança da Administração e a abertura máxima do edital aos interessados efetivamente capazes de executar o objeto.

De acordo com a estrutura estabelecida pela Lei nº 8.666/93, a habilitação pode abranger a análise das condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômicas dos licitantes.

A habilitação jurídica se destina à demonstração da capacidade do licitante de exercer os atos da vida civil, inclusive o de contratar. A regularidade fiscal e trabalhista, por sua vez, tem um duplo propósito, já que, ao tempo em que atende à vedação contida no artigo 195, §3º, da Constituição, e que impede o Poder Público de contratar com a pessoa jurídica em débito com a seguridade social, também é um meio de a Administração apurar a saúde financeira de uma empresa, já que o débito fiscal é um indicativo neste sentido.

A qualificação técnica conforta a Administração no sentido de que o contrato será corretamente executado, tendo o concorrente, o conhecimento e a experiência prévia adequados à prestação dos serviços.

A qualificação econômico-financeira, por sua vez, permite à Administração apurar a saúde financeira da licitante e, com isto, assegurar-se que esta terá capacidade de assumir as obrigações financeiras do contrato, em especial quanto à realização dos investimentos necessários à prestação dos serviços da concessão.

Tendo em vista que a lei é bem clara quanto aos requisitos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista e, bem assim, que o edital ora analisado se limitou a replicar as exigências legais, torna-se desnecessário se aprofundar na análise destes dois temas, passando-se de imediato aos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.

a) Habilitação técnica

A Administração, constrita que está pelo interesse público, deve atuar de forma mais segura possível, sendo-lhe defeso a tomada de atitudes arriscadas nos procedimentos de contratação.

Neste sentido, poderá o órgão licitante estabelecer a necessidade de as empresas que atendam ao certame comprovarem sua capacidade técnica, notadamente sua experiência pregressa como indicativo de competência para executar o contrato.

O permissivo legal para tanto é conferido pelo art. 30, da Lei de licitações, especialmente pelo seu inciso II.

É inquestionável que a exigência de qualificação técnica, por si só, representa óbice ao acesso de empresas aos procedimentos licitatórios. *Prima facie*, poderia se pensar que se estaria violando preceitos basilares da realização dos certames públicos, a obstar a participação de interessados, eis que apenas aqueles cumpridores das exigências de qualificação poderiam atender à convocação da Administração.

No entanto, a garantia da qual deve se cercar a Administração quanto à segura e correta execução do contrato representa ponto fundamental para a validade e eficácia das licitações. De nada adiantaria o atendimento de um número grande de empresas interessadas se dentre elas se encontrassem várias que não reúnam as condições de executar o contrato. A eventual vitória de alguma delas certamente acarretaria um prejuízo futuro à Administração, diante da inexecução do contrato, frustrando-se os objetivos de interesse público inerentes à licitação e à contratação.

Não por acaso os Tribunais Judiciais e de Contas já sedimentaram a validade em se exigir atestados de qualificação técnica nos certames organizados pelo Poder Público. Assim, acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.

1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.

2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de legalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)".

3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não-provido²¹.(Destacou-se)"

É conveniente esclarecer que, no que toca à exigência de atestados, os tribunais, com o passar do tempo, construíram a possibilidade de que os editais possam determinar tanto a comprovação de experiências da pessoa jurídica participante da licitação, correntemente denominada "capacidade técnico-operacional", quanto a comprovação de que o licitante possui em seu quadro permanente profissionais que tenham desenvolvimento atividades similares ao objeto licitado, tratando-se, nesse caso, da aferição da "capacidade técnico-profissional" do licitante, já que diz respeito à qualificação dos recursos humanos que tem à sua disposição.

Essa diferenciação é relevante na medida em que o edital sob exame apresenta, fundamentalmente, conforme será analisado no tópico adiante, exigências de habilitação técnica-operacional (as quais, com base em entendimento uníssono da

²¹ Superior Tribunal de Justiça, REsp.295.806, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha., DJ 06.03.2005.No mesmo sentido :. REsp n.º 361.736/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 31.03.2003.

doutrina e jurisprudência, permitem a definição de quantitativos mínimos nos atestados) e também exigências de habitação técnico-profissional.

Estabelecidas as justificativas fundamentais da habilitação técnica, passa-se, naturalmente, à discussão dos critérios que devem ser utilizados pela Administração ao estabelecer as exigências a esse respeito.

A.1) A fixação das exigências de habilitação em face da jurisprudência e dos parâmetros legais

Há farta jurisprudência determinando o exercício de compatibilidade entre o objeto licitado e as exigências para fins de comprovação de qualificação-técnica.

No que toca à escolha concreta de experiências anteriores relevantes, tem-se que a lei, diante da inviabilidade da definição exaustiva, no próprio texto legal, de todas as hipóteses possíveis de atividades pregressas, certamente oferece margem a que o Administrador, tendo em vista as características concretas do objeto do edital, possa determinar a apresentação de uma variada gama de comprovações, desde que guardem relação e pertinência com as obrigações a serem desempenhadas com a contratação e que não configurem requisitos desmesurados e incompatíveis com a competitividade necessária ao certame.

É dizer, não há, na legislação, uma definição ou limitação *a priori* das possíveis exigências de experiências passadas, devendo estas ser construídas em face das características do objeto editalício, sempre em função da segurança da execução contratual e da preservação da maior competitividade possível.

Em sua análise dos Estudos da PMI, a Administração entendeu por reformular a qualificação técnica originalmente proposta para o que segue:

65.3. Comprovação, cumulativamente, da capacidade técnico-operacional da LICITANTE, para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto desta licitação, a ser feita por intermédio de Atestado(s) ou Certidão (ões) fornecidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em que figurem o nome da LICITANTE na condição de "Contratada", cujas parcelas de maior relevância técnica tenham sido:

a) Construção de UNIDADE DE DESSALINIZAÇÃO para fins de abastecimento humano e com capacidade mínima de produção de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);

b) Construção de Emissário submarino para disposição de efluentes com pelo menos 1000 mm (mil milímetros) de diâmetro e 650 m (seiscentos e cinquenta metros) de comprimento;

c) Construção de Sistema de Captação direta de água do mar com pelo menos 1600 mm (mil e seiscentos milímetros) de diâmetro e 800 m (oitocentos metros) de comprimento;

d) Operação de PLANTA DE DESSALINIZAÇÃO para fins de abastecimento humano e com capacidade mínima de produção de 1 m³/s (um metro cúbico por segundo).

e) Instalação de adutora de água tratada com pelo menos 800 mm (oitocentos milímetros) de diâmetro e 3.900 m (três mil e novecentos metros) de comprimento.

65.3.1 A comprovação da experiência prevista nos itens 65.3, “a” e “d”, dar-se-á, para cada qual, mediante a apresentação de um único atestado, vedado qualquer somatório de serviços, obras ou quantitativos, para atendimento das condições necessárias à respectiva qualificação técnica.

65.3.2 Admite-se, para os itens 65.3 “b”, “c”, e “e” a soma de atestado única e exclusivamente para os quantitativos mínimos das extensões mencionadas.

Dessa forma, não foi acatada a exigência de Comprovação de captação junto a terceiros de, pelo menos, R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões e quatrocentos mil reais) para a realização de investimentos voltados à construção, instalação, reforma, ampliação ou modernização de infraestrutura de saneamento básico, com prazo de amortização superior a 5 (cinco) anos, dado o caráter excessivamente restritivo da exigência que além de fixar um montante da captação ainda delimitava que fosse para empreendimentos de saneamento básico e com prazo de amortização específico. Ademais, a depender da estrutura de capital a ser adotada para o projeto, a exigência poderia restar desalinhada.

A Administração ampliou e deixou mais claro as parcelas relevantes para a habilitação técnica em relação ao preconizado no estudo original, levando-se em consideração a importância de valor (Curva ABC) e complexidade técnica. Foram utilizadas recomendações do TCU constantes no Documento de Orientação - Adsup 3/2012 (DO - Adsup 3/2012) para a construção da Curva ABC, que resultou no enquadramento da construção da Planta de Dessalinização, da Instalação da Adutora de Água Tratada e da Captação de Água Marinha como Faixa A (80%), e Emissário submarino como Faixa B (10%). A inclusão deste último item como parcela relevante, apesar de enquadrado na Faixa B, é facilmente justificável pela elevada complexidade

técnica de sua execução, sendo necessário adotar técnicas construtivas especializadas e avançadas em ambiente costeiro e marinho. Todos os itens da Faixa A, além de representativos quanto aos seus valores, também carregam elevada complexidade técnica.

A estação elevatória de água tratada, considerada originalmente na habilitação técnica, foi retirada pela Administração por não ser considerada parcela relevante, classificada em último lugar (Faixa C) dentre os itens principais do Projeto.

Quanto aos parâmetros quantitativos adotados na habilitação técnica, o entendimento consolidado do TCU tem sido no sentido de admitir que a exigência de comprovação de experiência em percentual de até cinquenta por cento dos quantitativos a executar. (Acórdãos TCU nºs 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008, 2.147/2009 e 1.432/2010, todos do Plenário).

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. (Súmula TCU nº 263).

Portanto, houve adequação quanto à extensão do emissário e do sistema de captação, em decorrência de ajustes do anteprojeto de engenharia e para atender aos Acórdãos do TCU supramencionados. Assim, as extensões adotadas são inferiores a 50% do estimado em projeto, corroborando, inclusive, para a ampliação de competitividade.

Já os diâmetros adotados para captação, emissário de adutora foram estabelecidos da seguinte forma:

- Diâmetro da captação = 1600 mm: o mesmo adotado em projeto no sentido de preservar todas as peculiaridades relativas às velocidades tecnicamente recomendadas;
- Diâmetro do emissário final = 1000 mm: adotado ligeiramente inferior ao de projeto (1200 mm) para ampliar a competitividade, mantendo ainda a velocidade do

emissário em níveis aceitáveis, na ordem de 2,3 m/s, para uma vazão de projeto de 1,8 m³/s;

- Adutora de água tratada: 800 mm: adotado o diâmetro intermediário entre os três diâmetros utilizados no projeto para adução de água tratada (710, 800 e 1000mm), sendo também o diâmetro de maior extensão (5,3 km), quando comparado com o diâmetro de 710 mm (1,2 km) e com o de 1000 mm (1,3 km). Ressalte-se que a complexidade técnica para execução é basicamente a mesma para os diâmetros do projeto, inclusive quando se tratar de intervenções especiais, como o MND – Método Não Destrutivo, que utiliza o mesmo maquinário de grande porte para diâmetros superiores a 600mm, conforme preconiza especialistas da ABRATT – Associação Brasileira de Tecnologia não Destrutiva, filiada à ISTT - International Society for Trenchless Technology.

Contudo, após segunda consulta pública, duas contribuições apontaram necessidade de revisão da qualificação técnica, com o argumento de que a complexidade de instalação de uma adutora de água bruta ou tratada é a mesma, o que resultou na necessidade de modificar o item 65.3. “e” para suprimir a expressão “tratada”. Ademais, as minutas foram objeto de revisão quanto a este item, de forma a não aparentar duplicidade de exigência quanto à qualificação técnica de execução de obras lineares, quais sejam captação de água bruta e adução de água tratada, a captação de água marinha foi revista, passando a representar a captação submarina, resultando em alteração em sua extensão.

Assim, as exigências de qualificação técnica operacional, foram fixadas em:

- a. Construção de UNIDADE DE DESSALINIZAÇÃO para fins de abastecimento humano e com capacidade mínima de produção de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);
- b. Construção de EMISSÁRIO SUBMARINO para disposição de efluentes com pelo menos 1200mm (mil e duzentos milímetros) de diâmetro externo e 600 m (seiscentos metros) de comprimento;
- c. Construção de Sistema de CAPTAÇÃO SUBMARINA de água do mar com pelo menos 1.600 mm (mil e seiscentos

milímetros) de diâmetro externo e 1.250 m (mil duzentos e cinquenta metros) de comprimento;

d. Operação de PLANTA DE DESSALINIZAÇÃO para fins de abastecimento humano e com capacidade mínima de produção de 1 m³/s (um metro cúbico por segundo);

e. Instalação de adutora de água tratada com pelo menos 800 mm (oitocentos milímetros) de diâmetro externo e 3.900 m (três mil e novecentos metros) de comprimento.

Outra modificação refere-se à vedação ao somatório de atestados, adotada no estudo original. Nesse sentido, entende-se não ser possível a restrição para a demonstração de experiência nos itens relacionados a: extensão do emissário submarino, da adutora e do sistema de captação, admitindo-se pois o somatório.

Já a qualificação técnica profissional previa que detentores demonstrassem:

a) operação de PLANTA de dessalinização com capacidade mínima de produção de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);

b) operação de estação elevatória de água tratada com capacidade mínima de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);

Optou-se por modificar a referida exigência para:

a. Operação de PLANTA DE DESSALINIZAÇÃO com capacidade mínima de produção de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);

b. Construção de UNIDADE DE DESSALINIZAÇÃO com capacidade mínima de produção de 1m³/s (um metro cúbico por segundo);

Uma vez que a estação elevatória corresponde a parte integrante da planta, a demonstração da experiência já estaria alcançada pelo atestado da letra “a”, ao passo que a demonstração da experiência do responsável técnico em construção seria mais apropriada para qualificar tecnicamente a licitante.

b) Habilitação econômico-financeira

Foram opções apresentadas no estudo:

B.1) Garantia da Proposta e a exigência de patrimônio líquido mínimo

B.2) Índices contábeis, entre eles:

ILG (Índice de Liquidez Geral) maior ou igual a 0,9; $ILG = (AC + RLP) / (PC + ELP)$; ILC (Índice de Liquidez Corrente) maior ou igual a 0,9; $ILC = AC / PC$; IE (Índice de Endividamento) menor ou igual a 0,7; $IE = (PC + ELP) / AT$;

Foram previstos ainda, índices específicos para licitantes com características contábeis diversas, quais sejam:

- Índice de Alavancagem (IA) igual ou inferior a 14: aplicável aos licitantes que sejam fundos de investimento
- Índice de Cobertura de Benefícios (ICB) igual ou superior a 0,7: aplicável para licitantes que sejam entidades de previdência complementar.

Assim discorreu a proponente do estudo:

Assentada a legalidade dos índices contábeis eleitos pelo edital para atestar a qualificação econômico-financeira dos licitantes, resta saber se o patamar de cada índice, descrito no edital, é pertinente à presente licitação.

Neste sentido, não se trata propriamente de definir um valor ótimo para cada índice, mas, sim, de apurar se os valores previstos pelo edital em cada caso coadunam com as particularidades do contrato a ser executado. Fosse o contrário, o artigo 31 da Lei n.º 8.666/1993 teria se ocupado de estabelecer valores fixos para os índices contábeis, cerceando qualquer discricionariedade da Administração neste mister.

(...)

Por isso que, a partir do permissivo legal, a decisão discricionária da Administração quanto à definição dos valores dos índices contábeis exigidos em licitação deverá se pautar, necessariamente, pelas características do objeto licitado.

Os índices e os seus respectivos valores informados no edital em apreço são, conforme estudos técnicos, pertinentes ao objeto licitado.

Nos termos da SÚMULA 289 do TCU, além de justificada no processo a adoção de índices contábeis deve atender a parâmetros atualizados de mercado e às características do objeto licitado.

Todavia, quando instada a se manifestar acerca da razoabilidade dos valores sugeridos, a proponente não trouxe estudos técnicos que pudessem auxiliar a administração na adoção dos valores sem afastar o risco de eventual restrição indevida



à competitividade. Assim, a opção foi por suprimir a exigência elevando-se o valor da garantia da proposta.

Originalmente, a garantia correspondia a 0,5% do valor de contrato, avaliado este em aproximadamente R\$ 503 milhões, resultando em R\$ 2,5 milhões.

Porém, após discussões com o Comitê Gestor de Parcerias, entendeu-se que o valor do contrato não poderia estar restrito apenas ao valor dos investimentos, mas sim ao somatório de todas as contraprestações ao longo do período de concessão o que elevou o valor do contrato para aproximadamente R\$ 3,3 bilhões.

Assim, considerando o novo valor do contrato, se mantido o mesmo percentual, o valor da garantia seria elevado para R\$ 16,5 milhões, o que seria um acréscimo acentuado em relação à proposta original. Dessa forma, adotou-se o percentual de 0,25%, que representa garantia da ordem de R\$ 8,4 milhões, valor que se eleva em 15% quando prestado por consorciadas, o que se avalia ser razoável para a seleção dos parceiros, sem restringir indevidamente a competitividade.

Além da garantia da proposta, também foi exigida a demonstração de que a licitante dispusesse de patrimônio líquido correspondente a no mínimo 10% do valor estimado da contratação, acrescido de 30% para o caso de consorciadas.

Nesse sentido, o TCU já se manifestou pela possibilidade de cumular a exigência de patrimônio líquido, capital social e garantia da proposta, segundo o Tribunal de Contas da União - TCU (TCU Acórdão 101/2007 e TC 008.896/2005).

A ponderação que se faz é que enquanto o patrimônio líquido representa o valor contábil que sócios e/ou acionistas têm na empresa em um determinado momento, ele indica o porte e a saúde financeira real e atual da empresa, o que não acontece para o caso dos índices. Por outro lado, a garantia da proposta, na contratação pública, exerce papel diverso do patrimônio líquido, ela é uma exigência feita para assegurar à Administração a lisura e a seriedade da proposta dos licitantes, bem como que estes a manterão firme até a celebração do contrato. Assim, em caso de desistência do licitante vencedor, a garantia da proposta será atribuída à Administração. A reversão do valor da garantia para a Administração representa, em breve análise, uma penalidade ao licitante desistente, por não manter firme a proposta.

Contudo, após realização da 2ª. Consulta, em que foi suscitada a cumulação indevida das duas exigências, acrescentando-se jurisprudência específica para um contrato de concessão, ponderou-se assim pela exclusão da exigência de garantia da proposta:

ACÓRDÃO TCU 2743/2016

9.3. dar ciência ao ICMBio de que, para fins de habilitação econômico-financeira, a exigência cumulada de capital social mínimo, ou de patrimônio líquido mínimo ou de garantia de proposta fere o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993;

Assim, em razão do objeto licitado, que envolve grande vulto de recursos a serem investidos fez-se necessário sopesar qual seria o interesse a preservar com a manutenção de uma ou outra exigência. Ponderando-se pela manutenção apenas da exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo, diante da necessidade de conhecer o porte das licitantes e pela peculiaridade de ser um requisito de habilitação a ser mantido por toda vigência do contrato, o que representa um requisito mais perene para efeito de qualificação econômico-financeira.

IV.3.2. Objeto da parceria

Como visto, é necessário que o contrato de PPP delimite com exatidão as obras e os serviços compreendidos no seu objeto. Conforme se extrai do Edital de PMI nº 01/2017/CAGECE, o objeto da presente contratação é a implantação e operação de uma Usina de Dessalinização para Região Metropolitana de Fortaleza, obedecidas a legislação vigente e as disposições estabelecidas no respectivo Contrato de Concessão e seus anexos.

Tal como proposto na cláusula 5ª da minuta de Contrato o objeto corresponde a outorga dos:

- a. SERVIÇOS DA CONCESSÃO que compreendem a elaboração de projetos, a construção, operação e manutenção de Planta de Dessalinização de água marinha com capacidade de 1m³/s (um metro cúbico por segundo), a serem prestados pela concessionária nos termos descritos no ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA, excluídos os SERVIÇOS COMPLEMENTARES. Incluem-se ainda nos SERVIÇOS DA CONCESSÃO a construção, a

operação e a manutenção das unidades integrantes dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais de entrega de água potável, obedecendo a legislação pertinente, e ainda as ligações até os PONTOS DE ENTREGA, seus respectivos instrumentos de medição e a disposição final dos rejeitos gerados pela planta;

b. SERVIÇOS COMPLEMENTARES autorizados para fins de obtenção de RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS.

IV.3.3. Obrigações das partes e intervenientes

Os direitos e obrigações do Poder Concedente e da Concessionária encontram-se disciplinados de forma minuciosa nos termos da minuta de Contrato de Concessão.

Em linhas gerais, as principais obrigações do Poder Concedente concernem à operação e manutenção do sistema de abastecimento de água existente, ao pagamento da contraprestação pecuniária mensal devida à Concessionária por intermédio da atuação de banco administrador de contas, à preservação e higidez da garantia pública, autorizações e alvarás necessários à execução das obras ou dos serviços da Concessão que não tenham sido atribuídos a Concessionária, à declaração de utilidade pública e desapropriação do terreno em que será instalada a usina, dentre outros.

Dentre as obrigações da Concessionária, por sua vez, encontram-se, em essência: a prestação adequada dos serviços da Concessão; o fornecimento de toda e qualquer informação disponível relativa aos serviços da Concessão; a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do Contrato; permissão, aos encarregados pela fiscalização, de livre acesso às obras, aos equipamentos, às instalações e às escriturações vinculadas à Concessão; zelo pela integridade dos bens afetos à Concessão, a captação, aplicação e gestão dos recursos financeiros necessários à prestação dos serviços;

Foram promovidas alterações nas obrigações das partes, com destaque para:

Elaboração do EIA/RIMA pela concessionária; Transferência do processo de licença prévia do concedente para a concessionária após constituição da SPE; Atuação da entidade reguladora foi suprimida pelo entendimento de não haver atuação direta nesse contrato, mas sim na regulação do setor. Assunção do poder concedente da obrigação de desapropriar o terreno para construção da planta e contratar o verificador independente.

IV.3.4. Prazo e valor

Para o presente Projeto, propõe-se que **o prazo da Concessão seja de 30 (trinta anos)**, havendo possibilidade de prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos das respectivas disposições contratuais.

Além disso, tendo em vista os estudos econômico-financeiros constantes do Estudo 8 e do Estudo 12, o valor corresponde ao montante total da receita fixa e variável da CONCESSIONÁRIA pelo PRAZO DA CONCESSÃO.

IV.3.5. Mecanismos de remuneração

Este tema compreende diversas variáveis definidas pelos estudos econômico-financeiros. Neste sentido, conforme as conclusões oriundas destes estudos, propõe-se para o presente Projeto que a remuneração do parceiro privado seja feita pelo pagamento de uma **contraprestação pública, compreendendo uma parcela fixa e outra variável, além de receitas extraordinárias que poderão ser auferidas pela Concessionária**, conforme previsto na cláusula 28 da minuta de Contrato de Concessão.

Para se chegar ao valor da contraprestação pública, foram projetados os investimentos e custos para construir e operar a planta de dessalinização.

Assim é que, de um lado, a **parcela fixa da contraprestação pública** remunerará o parceiro privado objetivando a amortização de todos os investimentos por ele realizados para a execução do objeto contratual, bem como a mobilização de sua estrutura fixa de prestação do serviço delegado. O cálculo desta contraprestação fixa será feito de forma a gerar uma taxa interna de retorno atrativa para o parceiro privado, remunerando tanto os investimentos, como os custos operacionais. E, em contrapartida, a CAGECE terá ganhos de receita com água tratada.

Por sua vez, a **parcela variável** obtida por $V \cdot T_f$, onde V = Volume total mensal efetivo fornecido nos PONTOS DE ENTREGA (m³) e T_f = Tarifa em R\$/m³ definida como a razão entre a PARCELA VARIÁVEL DIÁRIA da PROPOSTA COMERCIAL e a produção máxima diária de 86.400 m³ (1m³/s por 24 horas contínuas). Vale dizer que a contraprestação pública será paga pelo Poder Concedente mensalmente, nos termos estabelecidos pela cláusula 28 da minuta do Contrato.

Além da contraprestação pública, a remuneração da Concessionária poderá ser complementada por **receitas extraordinárias** decorrentes de serviços que vierem a ser autorizados pelo Poder Concedente, as quais poderão ser auferidas com exclusividade

pela Concessionária, direta ou indiretamente, nos termos da cláusula 28 do Contrato, considerando-se desde já autorizados os serviços de fornecimento de água para o atacado.

Conceitualmente, após análise dos estudos, manteve-se a remuneração do parceiro privado com pagamento de uma contraprestação pública, compreendendo uma parcela fixa e outra variável, além de receitas extraordinárias que poderão ser auferidas pela Concessionária, conforme previsto na cláusula 28 da minuta de Contrato de Concessão, contudo, foram promovidas alterações nos cálculos as quais estão refletidas nos respectivos estudos.

O pagamento da contraprestação pública mensal será feito nos termos da cláusula 30 da minuta de Contrato, contudo, foram promovidas alterações nos procedimentos de pagamento, a fim de refletir e adequar ao processo comercial e financeiro do PODER CONCEDENTE.

Além da contraprestação pública, a remuneração da Concessionária poderá ser complementada por receitas extraordinárias decorrentes de serviços que vierem a ser autorizados pelo Poder Concedente, contudo foi excluída a previsão de estarem previamente autorizados os serviços de fornecimento de água para o atacado, e foi incluída a obrigação de que o parceiro privado apresente um plano de negócios específico para exploração das receitas extraordinárias que vier a identificar.

IV.3.6. Critérios de Reajuste e Revisão

Arelada ao tema da remuneração da Concessionária, está a temática do reajuste e da revisão contratual.

O reajuste anual consiste na atualização do valor da contraprestação pecuniária do Poder Concedente a cada 12 (doze) meses da data de apresentação da proposta.

Conforme proposto na minuta de Contrato, a contraprestação pública mensal deverá ser reajustada anualmente, conforme Lei Federal nº 10.192/01, considerando as peculiaridades da parcela fixa e da parcela variável da contraprestação pública, nos termos definidos pela cláusula 29 do Contrato.

Além disso, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, previu-se a realização de revisão ordinária 12 meses após o início e a cada 5 anos contados da primeira revisão. Este procedimento tem por finalidade a revisão dos

parâmetros da Concessão, nos termos em que previstos pela cláusula 36 da minuta do Contrato (critérios de desempenho e monitoramento, alocação de riscos e especificações mínima para incorporar avanços tecnológicos).

Além destas revisões ordinárias, está prevista a revisão extraordinária do Contrato, que consiste no tradicional reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão, caso verificada a ocorrência de evento inserido na álea contratual do Poder Concedente ou da Concessionária, que impacte a equação econômica originalmente avençada.

IV.3.7. Equilíbrio econômico financeiro, alocação de riscos e equilíbrio contratual

O equilíbrio econômico-financeiro, também denominado equação econômico-financeira do contrato, pode ser conceituado como a relação entre os encargos e benefícios acordados entre as partes contratantes.

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos possui estatuto constitucional²², que se desdobra em comandos normativos em diversos diplomas infraconstitucionais, como, por exemplo, na Lei Federal nº 8.666/93 (alínea d, do inciso II, do artigo 65, no § 2º, do artigo 58 e no artigo 57, § 1º)²³.

No caso das concessões, o tema é expressamente abordado na Lei Federal nº 8.987/95, que em seus art. 9º, §§2º, 3º e 4º²⁴ e art. 10º, reproduz regras convergentes com aquela prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

²²Importante lição sobre o conteúdo da intangibilidade do equilíbrio econômico financeiro é lavrada por Marçal Justen Filho: “[A] equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições. Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das retribuições. (...) Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de magnetização dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da relação jurídica: à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo.” JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, São Paulo: Dialética, 2003, páginas 390-391.

²³ Para o que aqui importa, os dispositivos citados da Lei de Licitações e Contratos Administrativos são os seguintes: “Artigo 57. (...) § 1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo (...). Artigo 58. (...) § 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo (modificação unilateral do contrato pela Administração), as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

²⁴ A seguir, os dispositivos citados: “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o

Embora a Lei Federal nº 11.079/04 (Lei de Parceria Público-Privada) não trate expressamente do tema e, no caso das concessões administrativas, sequer faça remissão à aplicação dos artigos 9º e 10º da Lei 8.987/95, não há que se cogitar da negativa a esse direito nessa modalidade contratual, já que o tema possui assento na própria Constituição.

A manutenção do equilíbrio do contrato não se afigura de interesse exclusivo do concessionário; para além de significar respeito aos direitos patrimoniais daquele que colabora com a Administração mediante o desempenho da atividade delegada, a estabilidade da equação econômico-financeira é garantia de continuidade dos serviços e o fato de que se poderá sempre exigir do contratado os padrões de qualidade do serviço ao qual se vinculou.

Isto posto, é relevante notar que o regime de equilíbrio das concessões possui particularidades em relação ao equilíbrio dos demais contratos administrativos.

Os contratos de concessão são incompletos por definição (adota-se aqui o conteúdo econômico da expressão e seus reflexos na produção jurídica de contratos²⁵).

E o são não por um mero defeito de qualidade que remonta à sua produção, mas em decorrência de diversos fatores que envolvem a eventual assimetria de informações, a possibilidade de adoção de práticas oportunistas pelas partes e a natural racionalidade limitada dos agentes contratantes.

equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso."

²⁵ Conforme leciona Raquel Sztajn: *"Incompletude contratual: Para os economistas contratos de execução continuada ou diferida, diversamente daqueles de execução instantânea, devem ser analisados sob distinta perspectiva. Quanto mais longo for o tempo entre a celebração do contrato e sua execução, quando o negócio envolver a produção de bens especiais destinados a fins específicos, não-padronizados, e, portanto, não facilmente renegociáveis, postulam-se novos problemas em nada similares àqueles tradicionalmente estudados no Direito.*

A imprevisibilidade de ocorrência de eventos que possam afetar as prestações das partes, a execução do contrato, se amplificam. Até mesmo a confiança que as partes depositem uma na outra pode ser frustrada. O risco de que qualquer das partes adotar comportamento oportunista para obter vantagens extraordinárias, pode ser equiparado à assimetria de informações. Sobre assimetria de informações pode-se pensar em seleção adversa ou uso de informação oculta; prática de ações temerárias em que a parte assume riscos fora do controle da outra; finalmente a impossibilidade de terceiros, estranhos à relação, usualmente Tribunais, perceberem que a informação era igualmente detida pelas partes.(...) Portanto, para os economistas, contratos incompletos são os que não prevêem regras aplicáveis a toda e qualquer mudança do "estado da natureza", e considerando que o contrato visa a modelar a troca, produção e oferta de bens e serviços nos mercados para satisfazer a necessidades sociais, quaisquer restrições à renegociação do contrato devem ter base legal." SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67626/70236. Acesso em 22 de dezembro de 2013.

No que toca ao último aspecto, é impossível a produção de regras que sejam capazes de exaurir de forma completa todos os cenários que poderiam afetar avenças de grande complexidade e longa duração, especialmente quando as influências no contrato não residem apenas nas ações dos agentes contratantes, mas também em uma série de fatores provocados por terceiros alheios à relação jurídica contratual.

Destaca-se ainda a desigualdade entre as partes típica desse modelo contratual: de um lado o Poder Público, com seu poder de alteração unilateral do contrato e sua sujeição a vicissitudes políticas e, de outro, o particular, muitas vezes detentor de informações mais consistentes sobre os serviços objeto de regulação contratual.

É evidente que a incompletude dos contratos de concessão traz preocupações quanto à gestão do objeto contratual, exigindo a criação de instrumentos que se prestam à mitigação dos aspectos negativos dessa característica, em busca de um modelo que, se não completo, ao menos seja dotado da maior eficiência possível diante das circunstâncias fáticas à disposição.

Isso demanda a construção de modelos de recomposição que não sejam fechados de forma absoluta, mas que consistam, na verdade, em quadros ou molduras, ou seja, ferramentas de avaliação econômico-financeira que podem ser usadas a qualquer momento e que, nesse processo, serão alimentadas com dados atuais e realistas (na medida do possível) a respeito do problema enfrentado.

Diante do exposto, é possível extrair importantes considerações conclusivas a respeito do reequilíbrio em concessões:

- (i) envolve cenários mais complexos ou de longa duração, em que as regras contratuais nem sempre se conformarão à realidade subjacente, demandando do operador do contrato um esforço integrativo ou de interpretação mais intenso;
- (ii) demanda instrumentos de recomposição que possam garantir a segurança jurídica (e a previsibilidade necessária às relações contratuais) com certa dose de flexibilidade, a fim de que informações atualizadas e realistas a respeito de evento causador do impacto contratual sejam utilizadas como forma de garantir a manutenção plena da equação contratual. Nesse sentido, favorece a criação de mecanismos de aferição do equilíbrio contratual de caráter técnico, que possam traduzir em critérios econômicos os elementos que integram a equação contratual, critérios esses a serem alimentados com dados de mercado e atuais sobre evento causador do desequilíbrio;

(iii) privilegia soluções consensuais, que atendam a essência dos objetivos contratuais ou, em caso de divergências, busca utilizar parâmetros técnicos de decisão estabelecidos desde o início da relação contratual.

Bem se vê que essas particularidades tornam o equilíbrio econômico-financeiro das concessões um processo mais requintado e sensível que o aplicável, por exemplo, aos simples contratos de empreitada. Vejamos, assim, como o tema foi abordado no contrato em apreço.

Como visto acima, o artigo 4º da Lei nº 11.079/04 inseriu a “*repartição objetiva de riscos entre as partes*” como diretriz para a contratação de parceria público-privada. Além disso, a repartição de riscos também é cláusula essencial ao contrato.

A estruturação do presente Projeto levou em consideração a alocação de riscos delineada no Estudo¹² – Análise de Riscos e *Value for Money*, que atribui, em linhas gerais, riscos de acordo com a capacidade de cada uma das partes evitar ou suportar as consequências dos riscos a ela alocados.

Em linha com esta repartição de riscos, o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro foi assegurado pelas cláusulas 33,35 e 36.

A repartição de riscos entre as partes, consignada nos artigos 4º, VI e 5º, III da Lei Federal nº 11.079/04, deve ser realizada em consonância com as características de cada projeto, em função de análises técnicas e econômicas específicas.

Uma vez plasmada no contrato, a repartição ou alocação de riscos vincula as partes, devendo ser levada em consideração na análise dos pleitos de recomposição contratual²⁶.

Assim sendo, antes mesmo de se cogitar da avaliação do impacto do evento causador de desequilíbrio, há que considerar que, na concessão, há compartilhamento de riscos, existindo, dessa forma, certos eventos cuja ocorrência não justificaria a postulação de recomposição, porquanto excluídos pelo contrato ou atribuídos como encargo da parte a quem a ocorrência vier a ensejar prejuízo.

Destaque-se que a análise do mérito da alocação de riscos é muito mais de cunho técnico-econômico do que jurídico. Assim, a análise de razoabilidade das disposições contratuais relativas à alocação de riscos deve se ater à verificação dos estudos que

²⁶Na dicção de Floriano de Azevedo Marques Neto: “*Como qualquer negócio jurídico, um empreendimento executado em PPP, envolve riscos, que podemos singelamente traduzir na possibilidade de alguma das variáveis contratuais não se verificar ou revelar-se, ao longo do ajuste, diversa do que originalmente esperado. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro nada mais é do que uma solução jurídica para alocação dos riscos inerentes ao contrato administrativo*”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e Revisão nas Parcerias Público- Privadas in SOUZA, Mariana Campos.(Org.) Parceria Público Privada: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 71.

motivaram a repartição feita pelo instrumento contratual ou a adoção de medidas mitigadoras, o que efetivamente ocorreu no caso em apreço.

Sem prejuízo dessa ponderação, pode-se afirmar, de modo geral, que a divisão buscou alocar os riscos na esfera de responsabilidade da parte detentora de melhores condições para sua gestão.

É certo ainda que, nas concessões, os particulares assumem em larga medida riscos em relação aos quais possuem melhor gestão, ou seja, riscos cuja prevenção e mitigação sejam realizados pelo concessionário de forma mais econômica e vantajosa.²⁷

A assunção de maiores riscos pelos particulares, circunstância que reduz as hipóteses de recomposição contratual, denota a potencial benéfico das PPP's para o Poder Público.

Assim, fatos que, em contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, normalmente resultariam em recomposição do equilíbrio contratual em favor do privado, podem ser tratados como riscos a serem assumidos pelo contratado - tais como os riscos de demanda e de projeto - reforçando, em termos comparativos, as vantagens que podem ser extraídas do modelo de parceria público-privada.

Esse desenho das PPPs torna o contrato mais eficiente e pode fornecer incentivo a condutas desejadas bem como desincentivo a condutas não desejadas.

O artigo 4º da Lei nº 11.079/04 inseriu a repartição objetiva de riscos entre “as partes” como diretriz para a contratação de parceria público privada. Além disso, a repartição de riscos também é cláusula essencial ao contrato. A estruturação do presente Projeto levou em consideração a alocação de riscos delineada no Estudo 12 – Análise de Riscos e Value for Money, que atribui, em linhas gerais, riscos de acordo com a capacidade de cada uma das partes para evitar ou suportar as consequências dos riscos a ela alocados. Nesse sentido, foram promovidos ajustes na alocação de riscos

²⁷Segundo Vanice Regina Lírio do Valle, há uma clara relação entre a alocação eficiente de riscos e o quão atraente é um projeto de PPP aos olhos do mercado: “*Enunciada essa primeira idéia, é útil trazer ainda à consideração a ratio pela qual se introduz, no modelo das parcerias público-privadas, a idéia de repartição de riscos: refiro-me ao interesse em promover ‘o incremento de atratividade do negócio, permitindo o aporte pelo ingresso do parceiro privado, de sua particular expertise’.*”

[...]Pois bem; se o risco se partilha como elemento de estímulo ao ingresso e ao profundo envolvimento na sua execução do expert; e se partilha objetivamente, tem-se por consequência que presidirá esse processo de escolha de quem suportará (e em que medida) cada qual dos riscos, justamente, o conjunto de habilidades/possibilidades próprias de cada qual dos parceiros, habilidades essas que ingressam, a rigor, como um dos elementos que fundamentam e legitimam a escolha pública por aquela particular modalidade contratual — e não por uma concessão ordinária, ou por intermédio de execução direta pela própria Administração Pública.”

Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. n. 22, ano 5. Belo Horizonte: Fórum, out.2005.

originalmente propostas, da mesma forma que outros riscos foram identificados ou suprimidos, em todos os casos, as alterações forma refletidas em cláusulas contratuais.

Destacam-se alguns riscos de especial relevo para este projeto.

O risco de desapropriações foi compartilhado entre o Poder Concedente e a concessionária. A princípio, o projeto não previa a realização de desapropriações, condição que não se manteve com a mudança da área. Nesse sentido, o concedente se responsabiliza pela desapropriação do terreno de implantação do projeto, contudo, caso se mostrem necessárias novas desapropriações em virtude de alterações de projeto referencial solicitadas pela concessionária, esta arcará com os ônus da sua realização. Como forma de minimizar efeitos de possível atraso na desapropriação, a emissão da ordem de serviço está condicionada à emissão de permissão de uso do terreno pelo concedente, evitando-se, por exemplo que a concessionária mobilize recursos muito antes do início da concessão e que estes encontrem restrições na aplicação em razão de eventual impedimento para o início das obras.

Outro tema objeto de ajustes foram as licenças ambientais. A administração, ao analisar o projeto, avaliou que um dos riscos no retardamento da emissão das licenças referia-se na etapa de elaboração do EIA/RIMA pelo ente público que poderia limitar o processo devido às restrições de tempo, custo ou qualidade associados aos riscos das contratações públicas. Ademais, foram visualizados ganhos de eficiência ao projeto se os referidos estudos, os projetos básico e executivo e o atendimento a possíveis condicionantes estivessem sob a gestão do parceiro privado, que pode imprimir maior dinamismos e coordenação entre eles.

Por esse motivo, foram promovidas alterações na minuta do contrato e na matriz de riscos, a fim de expressar que o poder concedente se responsabilizará pela solicitação da licença prévia e posterior à constituição da SPE, o licenciamento será transferido ao particular. Nesse cenário, constituem-se riscos do concedente apenas o retardamento da concessão da licença por órgãos públicos, quando demonstrada a atuação escorreita e regular da concessionária.

Ainda quanto às obrigações ambientais, foi inserido no contrato o limite a partir do qual a concessionário fará jus a requerer reequilíbrio por eventual ônus excessivo nos custos das condicionantes ambientais.

Isso exposto, remete-se a análise detalhada da alocação dos riscos ao exposto no Estudo 12.

Por outro lado, cuidou-se de prever os mecanismos pelos quais a recomposição poderá ser implementada, isolada ou conjuntamente. São os seguintes: (i) indenização; (ii) alteração do prazo da Concessão; (iii) revisão no valor máximo de contraprestação

mensal; (iv) alteração no cronograma de investimentos; (v) alteração das especificações mínimas dos equipamentos e mobiliário; (vi) alteração das especificações mínimas dos serviços da Concessão; (vii) alteração dos critérios de desempenho; (viii) alteração de quaisquer outras condições estabelecidas no Contrato, além de (ix) outros mecanismos admitidos em lei.

O mecanismo previsto para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO foi pelo estabelecimento, para investimentos novos, não previstos originalmente do FLUXO DE CAIXA MARGINAL ANUAL de cada evento gerador do desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, a fim de calcular a compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento que ensejou o desequilíbrio.

IV.3.8. Garantia de Execução do Contrato (pelo particular)

Tema importante na estruturação econômico-financeira de projetos de PPPs diz respeito ao arranjo de garantias em favor das partes envolvidas no contrato. Sobretudo pelo alto valor dos recursos envolvidos, bem como o relevante interesse público dos serviços contratados, torna-se relevante a previsão de medidas acautelatórias para aqueles que se dispõem a contratar e a financiar uma PPP. Assim, é inquestionável a importância da garantia prestada pelo particular em referência à execução das suas obrigações contratuais.

O artigo 5º, VIII da Lei nº 11.079/04 determina que o contrato de PPP deverá prever a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 2º, 3º, e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/93²⁸.

O art. 56, da Lei nº 8.666, por sua vez, permite que a contratante possa exigir uma garantia de execução do contrato, cabendo a escolha uma entre as seguintes: (i) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma

²⁸ 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. (...) §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.

§3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (...)

§5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

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; (ii) seguro-garantia; (iii) fiança bancária.

Considerando a alteração no valor do contrato, optou-se por exigir garantia correspondente a 1% do valor a ser contratado, o que resultará em garantia da ordem R\$ 30 milhões. Entende-se que este valor é mais adequado a resguardar a execução e está compatível com a garantia pública a ser prestada.

Também foi excluída a previsão redução prevista no estudo para 50% (cinquenta por cento) do valor após o recebimento provisório das obras, em razão de que no horizonte da contratação, existem outros direitos a preservar em que a redução não se mostraria benéfica, a exemplo de eventual caducidade e obrigações quanto a bens reversíveis.

IV.3.9. Garantia da Contraprestação Pública a ser paga pelo Poder Concedente

Paralelamente à garantia prestada pelo particular, faz-se necessária a prestação de garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, prevista no art. 8º da Lei Federal nº 11.079/2004. Da forma como foi estruturado o regime de pagamentos para a Concessionária pelas atividades que lhe caberão no Contrato de Concessão, os valores a serem por ela percebidos dividem-se em duas parcelas de natureza distinta: (i) a contraprestação pecuniária a ser paga pela Administração, sendo composta de uma parcela fixa e outra parcela variável; e (iii) as receitas extraordinárias da Concessão.

Diante disso, no presente projeto, a garantia prestada pelo Poder Concedente se prestará a assegurar (i) a contraprestação pelos custos operacionais fixos para assegurar o funcionamento de uma usina de dessalinização (parcela fixa), e (ii) a contraprestação pela água efetivamente fornecida (parcela variável), além de (iii) eventuais multas ou indenizações devidas pelo Poder Concedente durante a execução do contrato ou no caso de sua extinção precipitada.

Para a presente contratação, a garantia se constituirá da cessão de fluxo futuro de recebíveis (direitos creditórios) por parte do Poder Concedente correspondente a três contraprestações públicas mensais, estando em valor compatível com a garantia do parceiro privado. Contudo, não restou acatada a utilização de recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE).

IV.3.10. Avaliação de desempenho

Algumas alterações foram feitas na proposição original dos indicadores de desempenho para melhor atender às expectativas do Governo do Estado, da Cagece, da Sociedade e dos Clientes, buscando-se nesta revisão um maior estímulo ao desempenho operacional e ambiental, que resultará em uma maior qualidade dos serviços prestados e em práticas ambientais mais eficientes. As principais mudanças estão listadas a seguir:

- Exclusão, recomendada pelo GTP – Grupo Técnico de Parcerias do CGPPP – Conselho Gestor de PPP do Estado do Ceará, do ISC - Índice de Satisfação do Cliente, pelo aspecto discricionário da apuração do valor mediante pesquisa de satisfação a ser elaborada após o processo licitatório; e, pelo cliente direto se tratar da própria Cagece e não do consumidor final;

Aprimoramento da equação do Índice de Desempenho Geral, em função da exclusão do ISC e da necessidade de aumentar a relevância do quesito ambiental, atendendo à expectativa da sociedade em garantir a prestação dos serviços com elevada segurança operacional e ambiental;

- Aprimoramento da equação do Índice de Qualidade de Água, colocando em evidência e segregando a variável que representa o atendimento ao padrão de potabilidade previsto na legislação brasileira (PCMS) e recomendações da OMS – Organização Mundial de Saúde para padrão de potabilidade proveniente da dessalinização (ROMS).

Essas modificações resultam em um melhor entendimento de cada índice utilizado no IDG – Índice de Desempenho Geral, e eleva a garantia na qualidade da água e no atendimento dos volumes requeridos pela Administração, cumprindo ainda os requisitos exigidos pelos órgãos ambientais.

IV.3.11. Mecanismos de fiscalização e sanções

Nos termos da cláusula 25 do Contrato e das demais obrigações das partes e dos intervenientes, a regulação e a fiscalização da Concessão serão exercidas pelo Poder Concedente com auxílio da entidade reguladora, em atendimento aos princípios de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira,

transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, perseguindo os objetivos constantes da legislação em vigor e das normas administrativas de regulação.

Em caso de inadimplemento, estabelece a cláusula 39 do Contrato que o descumprimento, por parte da Concessionária, de qualquer cláusula ou condição do Contrato e demais normas técnicas pertinentes, ensejará a aplicação das seguintes penalidades, isolada ou cumulativamente: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos; e (iv) caducidade do Contrato.

É válido dizer que a aplicação destas sanções deverá, necessariamente, observar a escala de gradações previstas na cláusula 39 do Contrato, bem como ser precedida de processo administrativo, assegurado o direito da Concessionária ao contraditório e à ampla defesa.

A orientação está em consonância com as melhores práticas e princípios orientadores da função sancionatória estatal, e encontra fundamento direto nas recentes alterações previstas pela Lei nº 13.655, de 2018) que acrescentou os artigos 30 e seguintes à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 22, 2º da LINDB, em especial, prevê que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Foram promovidas alterações na estrutura de sanções a fim de evidenciar as principais condutas puníveis, entre elas o atraso no marco final da obra, a não obtenção de licenças, o não atendimento a ordem de produção.

Os valores originalmente propostos foram revistos e indexados em relação ao valor da contraprestação fixa, a fim de não se tornarem defasados ao longo dos trinta anos de contrato.

IV.3.12. Bens remanescentes e reversíveis

Nos termos da Lei de Concessões e Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), a qual se aplica subsidiariamente às PPPs, o regime de bens da concessão integra o rol de cláusulas obrigatórias tanto do instrumento convocatório quanto do contrato. Assim estabelece o artigo 18 e 23 da Lei nº 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da

legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

X - aos bens reversíveis;

A reversibilidade dos bens é uma decorrência do término da concessão uma vez que, nessa hipótese, extingue-se também o poder do concessionário sobre aqueles bens afetados ao serviço público. Assim define o §1º do artigo 35 da Lei nº 8.987/95, segundo o qual *“extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”*.

Entretanto, a reversão dos bens não ocorre de forma gratuita. No término da concessão é assegurado ao concessionário o direito à indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Da mesma forma, caso o concessionário não cumpra as condições estabelecidas quanto ao dever de reversibilidade dos bens, ao Poder Concedente será assegurada indenização a ser calculada nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo das sanções cabíveis e execução de seguro contratado ou da garantia contratual dada.

Há muito se discute sobre quais seriam os bens do concessionário que, ao cabo da concessão, deveriam ser transferidos para o Poder Concedente. Todos os bens integrantes do patrimônio do concessionário ou somente aqueles essenciais à prestação do serviço público? Essa discussão é relevante na medida em que os bens afetados à concessão se submetem a regras de direito público e, nessa medida, a disposição do concessionário sobre os bens integrantes de seu próprio patrimônio se sujeita a condicionamentos especiais.

Ao longo do tempo, duas têm sido as formas de abordar o tema da reversibilidade dos bens das concessões: uma patrimonial e outra funcional²⁹. De acordo com a primeira, mais abrangente, seriam reversíveis todos os bens integrantes do patrimônio do concessionário, como se ao final da concessão retornassem ao Poder Concedente os direitos titularizados pelo concessionário e não o poder-dever de prestar (diretamente ou por meio de nova delegação) o serviço público. E, de acordo com a segunda, a reversão de bens seria não uma forma de recomposição (ou enriquecimento) do patrimônio público, mas uma necessidade para se assegurar que os serviços seguirão prestados regularmente independentemente do concessionário e, bem assim, que o titular da atividade (Poder Concedente) poderá livremente escolher como e com concurso de quem oferecerá estes serviços aos administrados.

Na abordagem patrimonial, o fundamento da reversibilidade dos bens adviria do fato de que, tendo sido estes bens direta ou indiretamente angariados a partir da exploração de uma atividade reservada ao Estado, ao final do prazo de outorga seria obrigatória a incorporação desses ativos ao patrimônio público. Já na abordagem funcional, a reversão dos bens teria por fundamento o princípio da continuidade do serviço público.

A partir destas considerações, não é difícil notar que a segunda interpretação é a que melhor se ajusta ao regime jurídico e aos objetivos das concessões. Sem dúvida, é pertinente considerar que só podem ser tratados como bens reversíveis aqueles imprescindíveis à continuidade da prestação do serviço concedido. Os demais constituirão patrimônio do concessionário, bens privados e, portanto, não tangidos pelo regime público.

Assim, é correto afirmar que nos ativos de um concessionário de serviço público podem coexistir bens reversíveis e bens não reversíveis, pois nada obsta que o concessionário possua em seu acervo patrimonial bens que não sejam imprescindíveis à prestação do serviço concedido, ou seja, bens de caráter meramente patrimonial, sem os quais não há nenhum risco à continuidade do serviço público concedido. A estes bens, não vinculados à prestação do serviço público, há que se preservar o regime de livre disposição patrimonial próprio dos bens privados.

Em vista dessas considerações, o modelo deverá diferenciar os bens vinculados à concessão dos bens efetivamente considerados reversíveis. A importância desta distinção

²⁹ A esse respeito, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Bens Reversíveis nas Concessões Telecomunicações, in Revista de Direito Público da Economia - RDPE, n° 8, Belo Horizonte: Fórum, as fls. 99-121.

é relevante, como vimos, pois nem todos os bens vinculados à concessão deverão ser objeto de reversão ao término do contrato. Muitos deles não apresentam utilidade para a continuidade da prestação dos serviços, destituídos que são da essencialidade inerente aos bens reversíveis.

Dessa forma o Contrato estabeleceu regime especialmente aplicável aos bens reversíveis nos termos da sua cláusula 48.

IV.3.13. Extinção do contrato

Nos termos da cláusula 41 do Contrato, extingue-se a Concessão por: (i) advento do termo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação da Concessão; e (vi) falência ou extinção da Concessionária.

Uma vez extinta a Concessão, opera-se, de pleno direito, a reversão, ao Poder Concedente, dos bens reversíveis livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, inclusive sociais e trabalhistas. Ademais, deverá haver a imediata assunção dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário pelo Poder Concedente.

As regras de reversão e indenização estão devidamente minudenciadas na minuta de contrato proposta.

IV.3.14. Mecanismos de resolução de controvérsia

O artigo 11, inciso III³⁰ da Lei n.º 11.079/2004 trouxe para as parcerias público-privadas³¹ o permissivo para que os respectivos contratos previssem mecanismos privados de resolução de controvérsias entre as partes contratantes.

Nesse contexto, a minuta da avença em análise criou esferas para a solução amigável de conflitos, a partir da instauração de *Dispute Board* (Comitê de Solução de Disputas), nos termos da cláusula 49.1.

O Comitê de Solução de Disputas é composto por três membros (um indicado pelo Poder Concedente, um indicado pela Concessionária e o terceiro indicado de comum acordo pelas partes) e poderá apreciar, em primeira instância, todas as divergências

³⁰Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

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

³¹ A inovação, originalmente restrita às concessões administrativa e patrocinada, foi ampliada às concessões comuns por meio do artigo 23-A da Lei n.º 8.987/1995.

originadas da execução do presente CONTRATO, tais como, mas sem se limitar: elaboração de projetos, execução de obras, descumprimento de prazos contratuais, prestação, desempenho, medição e pagamento dos SERVIÇOS DA CONCESSÃO, inadimplementos contratuais, dentre outros.

De outro lado, previu-se a possibilidade de instauração de arbitragem nos termos da cláusula 49.2, considerando-se que as vias privadas de solução de conflitos entre as partes, pode, potencialmente, oferecer uma solução mais célere dos conflitos existentes entre a concessionária e o Poder Concedente se comparada ao processo judicial.

Além disso, o fato das partes escolherem os árbitros tende a tornar a jurisdição uma prática mais madura, segura e tecnicamente consequente, uma vez que as partes naturalmente escolherão árbitros que tenham experiência e conhecimentos técnicos para decidirem a causa³².

Em que pese alguns posicionamentos contrários, segundo os quais a arbitragem simbolizaria transigência em relação ao interesse público e afronta ao princípio da universalidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deve-se observar que a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos públicos está em total consonância com os princípios e normas jurídicas.

Primeiramente, porque a legislação, como visto, abarca expressamente a hipótese. Ademais, obrigar a administração ou o particular contratado ao cumprimento do contrato ou da lei, por meio de jurisdição mais célere e eficiente, não constitui nenhuma transigência com o interesse público.³³.

Nesse sentido, o STF decidiu por unanimidade no caso que ficou conhecido como “Caso Lage” a favor da *“legitimidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”* (STF AI 52.181, rel. Min. Bilac Pinto)³⁴. A doutrina avaliza essa posição, conforme dão conta os seguintes excertos:

“[...]ao optar pela arbitragem o contratante não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o

³²Cf. **Marcos Augusto Perez**, O Risco no Contrato de concessão de Serviço Público, Minas Gerais, Editora Fórum, 2006, p.183.

³³Idem, O Risco no Contrato de concessão de Serviço Público, Minas Gerais, Editora Fórum, 2006, p.184.

³⁴ No mesmo sentido, cumpre mencionar decisão do STJ que se refere à trechos de julgados do STF para justificar a legalidade de adoção do juízo arbitral em contratos administrativos: “Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público” (em AgRg no MS nº11308 – DF, STJ, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 28.06.2006). O mesmo entendimento é encontrado, a título exemplificativo, nos seguintes acórdãos do STJ: REsp nº 606.345/RS, 2ªT., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 17.05.2007 e REsp nº 612.439/RS, 2ªT., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 25.10.2005.

juiz no procedimento judicial deve ser imparcial, também o arbitro deverá decidir com imparcialidade.”³⁵

“[...]não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade de interesse público.[...] Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispõe de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. [...] Daí por que, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusulas de arbitragem.”³⁶

“Na medida que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar as relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem – será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens. Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente direitos indisponíveis da Administração”.³⁷

Por fim, cumpre destacar que as demais exigência da lei foram devidamente cumpridas, já que, no Contrato constaque a arbitragem deverá ser realizada em língua portuguesa, nos termos do artigo 11 da Lei n.º 11.079/2004.

Como se vê a metodologia de solução de controvérsias adotada pelo Contrato está em harmonia com o que dispõe a legislação federal e estadual sobre a matéria e afinada com os desígnios específicos do contrato de concessão em apreço.

³⁵ WALD, Arnold et al. **O direito de Parceria e a Lei de Concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁶ GRAU, Eros. Arbitragem e contrato Administrativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 20.

³⁷ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: **Revista de Direito Administrativo** 210. Rio de Janeiro, outubro/dezembro 1997, p. 114

De um modo geral, mantiveram-se as principais formas de solução das controvérsias (Dispute Board e Arbitragem) propostos no estudo original, contudo considerando a política de governança estabelecida para as PPPs no Estado do Ceará, alterações foram promovidas na minuta do contrato a fim de refletir o poder decisório do Conselho Gestor de Parcerias Público Privadas, nos termos do art, 2º., VI e IX do Decreto Estadual no. 29.801, de 10 de julho de 2009.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideram-se apresentadas as principais características do quadro jurídico-institucional para a celebração de parceria público-privada para a implantação e operação de usina de dessalinização de água marinha, com capacidade de captação de 1m³/s, na Região Metropolitana de Fortaleza. Como visto, o estudo da legislação e normas regulamentares pertinentes deve ser feito de forma global, a considerar todas as dimensões do Projeto, bem como da legislação de concessões.

As informações contidas no presente relatório jurídico não excluem os demais estudos técnicos e econômico-financeiros, apresentados nos demais Produtos da presente proposta para a modelagem da PPP em tela, aos quais remetemos para referência complementar.

VI. EQUIPE PARTICIPANTE DO ESTUDO

VI.1 Pela CAGECE

Abaixo é listada a equipe da Cagece participante da revisão e complementação do estudo.

CAGECE	
Econômico-financeiro	Adalberto Napoleão de Araújo Neto
Ambiental	Alisson Carlos Melo Oliveira
Jurídico	Fabiana Melo Feijão
Jurídico	Nathália Macêdo de Moraes
Engenharia	Raul Tigre de Arruda Leitão
Engenharia	Ronner Braga Gondim
Coordenação geral	Silvano Porto Pereira

VI.2 Pela AUTORIZADA

Abaixo é listada a equipe indicada pela Autorizada como participante da execução do estudo.

GS INIMA	
Coordenador geral	Eduardo Berrettini
Engenheiro Eletricista	Raul Castaño
Engenheiro Eletricista	Carlos Carretero
Engenheiro de Automação	Albert Vazquez
Engenheiro Mecânico	Francisco Díez
Economista	Fernando Schlieper
Advogado	Rodrigo de Pinho Bertocelli
Desenhista	Alberto Barceló
Desenhista	Manuel Rodríguez
Desenhista	Lola López
Responsável pelo processo	David Gonzales
Responsável pelo pré-tratamento	Almudena Aparicio
Responsável Obras Costeiras e Marítimas	Alberto Casado
Responsável pelos Emissários e Emissários submarinos	Enrique de la Plata
Responsável por SQMA	Cristina San Miguel Avedillo
Responsável pela Eficiência Energética	Luis Miguel Garcia
Responsável pela Hidrodinâmica Marinha	Mario Sanchez
Coordenadora dos Estudos Técnicos Operacionais	Adriana Lucas Alcaraz Lopez
Engenheira de processo	Anna Gironés
Especialista em tubulação	Victor Juan
FUJITA ENGENHARIA	
Coordenador Setorial	Paulo Ayrton Cavalcante Araújo
BF CAPITAL	
Diretor Financeiro	Renato José Silveira Lins Sucupira
Diretor Financeiro	Jacy do Prado Barbosa
Diretor Financeiro	Felipe Guidi
Analista Financeiro	Otávio Fernandes



Analista Financeiro	André Veloso
Analista Financeiro	Gabriel Colturato
Analista Financeiro	Bruno Taveira
MANESCO ADVOGADOS	
Advogado	Florianio Peixoto de Azevedo Marques Neto
Advogado	Wladimir Antônio Ribeiro
Advogado	Marcos Augusto Perez
Advogado	Raquel Lamboglia Guimarães
TEIXEIRA ENGENHARIA	
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Nuno Pinto
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Samuel Paim
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Daniele Cezarete
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Vitor Faria
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Carlos Fernandes Jorge
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Abílio Garcia Castro
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Nuno Martins
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Olivier Passos
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Nuno Vaz
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Mario Augusto
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Célia Tenente
Engenheiro Civil, ou Sanitarista	Nuno Abecassis
Arquiteto	Pedro Vicente
Arquiteto	Rui Nunes Santos
Arquiteta	Maria Inês Nogueira

