



PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MARCO LEGAL DE CONCESSÕES E PPPs

FERNANDO VERNALHA

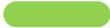
fernando.vernalha@vgplaw.com.br



Pós-doutorado pela Columbia Law School (NY, USA - Visiting Scholar 2017). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições. Autor de livros, artigos e palestras na área do Direito Público e da Infraestrutura. Sócio-fundador do VGP Advogados.



I. TEMAS DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS



I.I. PROPOSTAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO PMI





I.I.I. DIAGNÓSTICO

Mais de **60%** dos projetos em desenvolvimento se originam de PMIs (dados de 2013 a 2017)*

- **Razões que justificaram a preferência pelo PMI:**

- Falta de recursos das APs para investir em projetos
- Falta de expertise técnica das APs para estruturar e gerir projetos
- Dificuldades na contratação de consultorias

Baixa taxa de conversão de PMIs em contratos de concessão/PPP*

160 PMIs lançados em 2015



48 consulta pública



42 editais de licitação



13 contratos assinados

(taxa de conversão de 8%)

Razões do insucesso dos PMIs

- **Perspectiva do Poder Público:**
 - Risco de captura
 - Risco de ineficácia do PMI
- **Perspectiva do mercado:**
 - Riscos de o projeto não ser selecionado
 - Risco de o PMI não se converter em contrato por inércia da Administração Pública
- **Principais causas:**
 - Baixa capacidade institucional e técnica das Administrações
 - Precariedade do PMI
 - Viés concorrencial do PMI

* Dados da **Radar PPP**



I.1.2. PROPOSTAS

➤ I.1.2.1. INSTITUIÇÃO DE NORMAS GERAIS SOBRE PMI, PREVENDO-SE:

A) Programa de PMI atrelado à:

- i. divulgação anual da carteira de projetos da Administração;
- ii. indicação da estrutura administrativa com corpo técnico habilitado (próprio ou externo) encarregada de proferir as análises e decisões acerca do PMI.

B) Possibilidade de cobrança de review fee para a submissão de proposta de projeto (MIP).

- i. O review fee será preferencialmente quantificado em função dos custos suportados pela da Administração para proceder às respectivas análises.



I.1.2. PROPOSTAS

C) Viabilidade de autorizações exclusivas (sem exigir-se a renúncia ao direito do autor do projeto em disputar a licitação) para o desenvolvimento dos estudos e projetos.

- i. Preservação da discricionariedade técnica da Administração na outorga da autorização exclusiva, exigindo-se motivação;
- ii. Compartilhamento da decisão com o respectivo Tribunal de Contas;
- iii. Possibilidade de instituir-se uma etapa *concorrencial* após a entrega do projeto, com vistas a submeter as soluções apresentadas a interessados, que poderão formular críticas e propostas de alteração ou de complementação dos estudos e projetos.

D) Possibilidade de que a compensação econômica do autor do projeto seja implementada parcial ou totalmente por direitos a serem exercidos no âmbito da licitação, complementarmente à hipótese de ressarcimento dos custos de projeto pelo signatário do contrato de concessão, como sendo:

- i. direito de equiparação ou desempate de lances (*Right to Match – Swiss Challenge System*);
- ii. direito a obter bônus no âmbito de sua proposta equivalente a um percentual do valor estimado do contrato (*Bonus System*).



I.1.2. PROPOSTAS

- E) Restrição do cancelamento/revogação do PMI a hipóteses excepcionais e devidamente motivadas.***

 - F) Obrigação da Administração Pública em divulgar, juntamente com o edital de chamamento público, um cronograma fundamentado para o desenvolvimento do PMI.***

 - G) Possibilidade de que os PMIs possam abranger a aquisição de serviços de apoio técnico aos municípios, com vistas a habilitá-los à produção das análises e decisões técnicas sobre os projetos discutidos no PMI.***

 - H) Instituição de um Portal Nacional dos PMIs, exigindo que esses procedimentos sejam todos registrados e permanentemente atualizados, com vistas a melhorar a sua divulgação e o seu controle.***

 - I) Aplicabilidade do PMI à contratação administrativa em geral.***
- 



I.1.2. PROPOSTAS

➤ I.1.2.2. MEDIDA ADMINISTRATIVA PROPOSTA

Programa de Qualidade para a gestão de projetos subnacionais, que envolva a criação de uma agência nacional encarregada de auxiliar, monitorar e normatizar a estruturação de projetos subnacionais, com atribuição para a edição de “normas de referência” vinculativa aos entes que aderirem ao programa, que prevejam:

i. Observância preferencial de um conjunto de documentos referenciais (*toolkit*);

ii. Submissão dos quadros do ente federado a treinamentos periódicos;

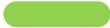
iii. Obrigatoriedade de disponibilização dos documentos e da informação sobre os atos e sobre a governança adotada em portal específico criado pela Agência;

iv. Submissão do ente a rotinas de visitas de inspeção e auditoria pela Agência, com vistas à obtenção do selo Governança/PPP;

v. Obrigatoriedade de divulgação das licitações derivadas dos projetos também no sistema próprio da Agência.



I. TEMAS DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS



I.2. PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DA DISCIPLINA DA LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE PROJETOS DE CONCESSÃO E PPP





I.2.1. DIAGNÓSTICO

Regime excessivamente burocrático (custoso e moroso) e ineficaz para alcançar a contratação de consultores qualificados





I.2.2. PROPOSTAS

Aperfeiçoamento da disciplina processo de colação (MP 882/2019 - inseriu parágrafos inseridos no art. 16 da Lei no 13.334/2016)

- a) Ampliar o âmbito de aplicação do processo de colação, estendendo-o para a elaboração de quaisquer estudos e projetos de concessões e PPPs pelas Administrações Públicas;

- b) Prever a autonomia discricionária da Administração para a definição dos critérios técnicos de seleção e da estrutura procedimental da licitação;

- c) Prever a possibilidade de a contratação derivada da colação abranger mais de um projeto, admitindo-se remuneração baseada no consumo de *time-sheet*, a partir da definição de preço-teto global por projeto.



2. TEMAS DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP





2.1. DIAGNÓSTICO

A contratação de longo prazo é permeada por riscos jurídicos diversos, tais como:

i. Risco de interferências administrativas e políticas

ii. Risco de descumprimento contratual pelas partes (ausência de *enforcement* de contratos no Brasil)

iii. Risco de eventos econômicos extraordinários e impactantes do equilíbrio econômico-financeiro

iv. Risco regulatório

v. Riscos do controle



2.2. PROPOSTAS

2.2. PROPOSTAS PARA APERFEIÇOAR A DISCIPLINA DO REGIME DE CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP, POR MEIO DA ATUALIZAÇÃO DAS NORMAS GERAIS CONTIDAS NAS LEIS 8.987/95 E 11.079/2004

Atualização das normas atinentes à fiscalização dos contratos:

A) Admitir a participação de verificadores independentes na aferição dos resultados do contrato de concessão e PPP;

B) Instituir-se a participação preferencial de auditores independentes na elaboração de cálculos de reequilíbrio econômico-financeiro, na quantificação de indenizações devidas às partes, assim como na redefinição de parâmetros econômico-financeiros da concessão, a depender do modelo regulatório adotado;



2.2. PROPOSTAS

Atualização das normas atinentes à solução de litígios:

C) Admitir a constituição de comitês técnicos formados por profissionais qualificados indicados pelo poder concedente e pelo concessionário, de acordo com os parâmetros do contrato, para o acompanhamento da sua execução, com atribuição para deliberar sobre divergências acerca de temas relevantes, como indenizações, reequilíbrio econômico-financeiro, aplicação de multas e sanções às partes etc, admitindo-se o *caráter vinculativo* de suas deliberações a depender dos termos do contrato;

D) Prever a arbitragem como método preferencial para dirimir controvérsias e compor litígios sobre a execução de contratos de concessão e PPP ;



2.2. PROPOSTAS

Atualização das normas atinentes às prerrogativas administrativas:

E) Condicionar a implementação pelo Poder Concedente de alterações unilaterais (como modificação de tarifa, alteração de projeto, alteração das cláusulas regulamentares da concessão etc) nos contratos de concessão a uma autorização do árbitro ou do juiz, conforme o caso;

F) Condicionar a implementação de medidas administrativas como *caducidade* e *intervenção* a uma autorização do árbitro ou do juiz, conforme o caso;

G) Condicionar a decretação de nulidade do contrato de concessão a decisão judicial, vedando-se sua decretação unilateral (dotada de *autoexecutoriedade*) e extrajudicial;



2.2. PROPOSTAS

Atualização das normas atinentes ao controle fiscal das PPPs:

H) Atualizar a forma de contabilização dos compromissos financeiros do poder concedente para fins dos controles orçamentários e fiscais da PPP;

I) Revogar o artigo 28 da Lei 11.079/2004;



2.2. PROPOSTAS

Atualização das normas atinentes à *alterabilidade* das Concessões e PPPs:

J) Admitir adequações no contrato de concessão, com a inclusão de novas obras e serviços, sempre que isso se mostrar vantajoso para o interesse público;

K) Admitir a transferência do controle da concessão para outros fins que não aqueles previstos na Lei (*step in*) e a alteração na composição da SPE ou do consórcio operador;

L) Admitir que os contratos de parcerias prevejam uma etapa preliminar ao início do prazo da concessão, com a finalidade de assegurar a implementação de providências preparatórias das partes ao início do contrato, tais como: a realização de atos administrativos preparatórios à desapropriação, a realização de atos jurídicos liberatórios de responsabilidade do poder concedente, cessão de áreas ou de direitos etc.



PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MARCO LEGAL DE CONCESSÕES E PPPs

FERNANDO VERNALHA

fernando.vernalha@vgplaw.com.br



Pós-doutorado pela Columbia Law School (NY, USA - Visiting Scholar 2017). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições. Autor de livros, artigos e palestras na área do Direito Público e da Infraestrutura. Sócio-fundador do VGP Advogados.