

O QUE PRECISA MUDAR NA LEI GERAL DE CONCESSÕES (E PPPs)?

FERNANDO VERNALHA

Doutor em Direito (UFPR), *Visting Scholar* na *Columbia University School of Law*, NY, EUA (2017).
Autor de livros e artigos na área do Direito Público. Advogado e sócio fundador do VGP Advogados

1. Por que atualizar a legislação geral de concessões?

A Lei Geral de Concessões é de 1995, tempo em que o país vivia um sem número de transformações relevantes no perfil do Estado e no modo de prestação de serviços públicos. Deixávamos para trás o modelo do *Welfare State* para buscar um Estado regulador, que tinha como um de seus principais desdobramentos a desestatização de bens e serviços. As concessões, que já eram conhecidas da realidade brasileira, adquiriram outro valor, passando a se constituir na principal ferramenta estatal para substituir a *prestação* pelo *controle* dos serviços públicos. A quebra de monopólios e a desintegração de alguns serviços públicos (*unbundling*) abriram um amplo espaço para a proliferação das concessões (e autorizações), que passaram a adquirir figurinos variados para vestir os mais diversos arranjos de prestação de serviços públicos. Foi importante, naquele momento, construir um marco legal para disciplinar as “novas” concessões. Adveio, neste contexto, a Lei 8.987/95, que trouxe normas gerais para regular o tema.

Essa Lei contém muitas virtudes e ainda se mostra atual quanto à disciplina de diversos aspectos dos contratos de concessão. Mas a experiência com os ciclos concessionários que se iniciaram sob a sua égide revelou outros entraves e desafios, que fugiram aos limites da legislação. A complexidade da realidade expôs a insuficiência do arcabouço normativo para o tratamento de muitos temas relacionados ao desenvolvimento das concessões. É verdade que essa insuficiência é, em boa medida, fruto do sentido e alcance que esta Lei passou a ter em função da interpretação

SÃO PAULO (SP)

Rua Olimpíadas, 200 | 2º Andar
Vila Olímpia | Ed. Aspen | CEP 04551-000

BRASÍLIA (DF)

SHS Quadra 06 | Conj. C, Bl. E | Sl. 1201
Asa Sul | Complexo Brasil 21 | CEP 70316-000

CURITIBA (PR)

Rua Mateus Leme, 575 | São Francisco
Palacete Villa Sophia | CEP 80510-192

que lhe foi dada pelas instâncias de controle – que detêm uma espécie de monopólio de sua melhor interpretação. Muitos temas acabaram merecendo uma abordagem desvirtuada pelo controlador, que prestigiou não apenas uma leitura muito restritiva da versatilidade e da adaptabilidade da concessão, como permissiva da *revisibilidade* das escolhas técnicas do regulador e do administrador público. Como consequência, os ciclos de concessões foram marcados por muitos litígios e intervenções do controle. Isso gerou ineficiências e impediu, em muitos casos, que as concessões pudessem gerar os melhores resultados.

Passados quase 25 anos, vivemos a expectativa de um novo movimento de renovação do modelo concessionário. Talvez menos expressivo e desafiador do que aquele que ensejou a criação da Lei 8.987/95, mas ainda assim relevante para endereçar os diversos problemas diagnosticados na experiência com contratos de longo prazo no Brasil. É fundamental, por isso, que a gestação da nova legislação esteja fundamentada num diagnóstico realista sobre os problemas que acometem as concessões. No cardápio dos temas mais impactantes, estão (i) a dificuldade de contratação de projetos (atualmente, um dos principais gargalos para a geração de projetos de qualidade), (ii) os limites à adaptabilidade da concessão, a extensão das prerrogativas administrativas, (iii) o excesso de interferências administrativas e políticas em decisões relevantes, (iv) a obsolescência do foro judicial para a resolução de divergências e litígios etc. Muitos destes problemas são fruto de interpretações do regime da concessão forjadas a partir de dogmas e premissas jurídicas arbitrárias, em desprestígio de uma visão pragmática (e econômica) do contrato. Os entendimentos foram se formando sem considerar sua repercussão econômica no âmbito da concessão, com referibilidade apenas em concepções jurídicas abstratas (como, por exemplo, o apego excessivo ao princípio da licitação, inibindo alterações importantes no programa concessionário com vistas a ampliar a sua eficiência).

O contexto atual exige não apenas a expansão do uso do instrumento da concessão, dada uma agenda difícil de investimentos em infraestrutura e a crise fiscal de muitas Administrações, como a sua renovação. Isso demandará o esforço das instituições em promover ajustes na legislação que estejam vocacionados a ampliar a *eficiência* dos programas concessionários. Penso que esse deva ser o objetivo principal

deste *facelift* no regime de concessões: ajustar seu conteúdo com vistas a assegurar uma regulação que induza a adoção de soluções eficientes para as concessões.

Com vistas a oferecer uma contribuição às discussões em torno da atualização do marco legal de concessões e PPPs, elaborei as propostas apresentadas adiante, em minuta de Anteprojeto (item 7), como resultado de intensos debates com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção, com especialistas, parlamentares e agentes do governo federal. As propostas foram apresentadas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados encarregada de desenvolver o projeto legislativo para essa atualização e agora são submetidas à crítica pública.

2. O “gargalo” na geração de bons projetos

Um primeiro tema a merecer a atenção do legislador é a via jurídica apropriada para a gestão de projetos concessionários pelas Administrações Públicas. Há um consenso em torno da ideia de que o regime jurídico brasileiro não oferece vias apropriadas para a aquisição de projetos de qualidade pelas Administrações. Embora seja inequívoca a necessidade de as Administrações contarem com uma estrutura administrativa mínima capaz de conduzir os programas concessionários, é certo que boa parte dos projetos não poderá – e nem deverá – ser gestada internamente. A grande maioria das Administrações, especialmente as de menor porte, sequer teria condições de fazê-lo, em vista da ausência de demanda que justificasse a incorporação de profissionais qualificados em suas estruturas. O atual cenário de restrição fiscal também é um fator a impedir a gestão *in-house* de projetos.

Sobram para as Administrações dois caminhos: a (i) contratação de consultorias externas; e o (ii) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Ambos não estão adequadamente regulados pela legislação, merecendo ajustes diversos.

Quanto à contratação de consultorias externas, as Administrações têm se valido tradicionalmente de contratos de prestação de serviço disciplinados pela Lei 8.666/93, que obedecem a um rito bastante burocrático de contratação. Em alguns casos, valem-se da modalidade de pregão, envolvendo etapa de pré-qualificação ou credenciamento. Essas vias são bastante restritas e não permitem que as Administrações possam investigar, negociar e discutir com potenciais consultores

aspectos dos serviços e das propostas, ou mesmo eleger seus contratados por meio de critérios e parâmetros técnicos lastreados na fidúcia.

Minha proposta para superar tais limitações é criar uma sistemática de contratação de serviços de estruturação de projetos que possibilite à Administração direcionar a sua investigação para nichos ou certas consultorias qualificadas, com vistas a obter propostas alinhadas à sua expectativa. Isso se faz por meio de *convites* a consultores que mereçam o reconhecimento de boa reputação ou de boa qualificação. Algo semelhante ao que ocorre no mercado privado.

Além disso, entendo que a sistemática de contratação deva ser flexível e modularizável, pressupondo a autonomia discricionária do *designer* da licitação para montar a estrutura processual que lhe pareça a mais eficiente para cada caso. Assim, a licitação para a contratação de consultorias poderá ser simples e unifásica ou comportar estágios diversos, assim como pode orientar-se por critérios de técnica, preço ou ambos – inclusive, com preços pré-estabelecidos -, oferecendo ao gestor uma “caixa de ferramentas” para que ele possa montar o processo de seleção do consultor de acordo com as características do projeto e do mercado de consultoria especializada.

Tal como proposta, a sistemática é inspirada no *processo de colação* – que constou da natimorta pela Medida Provisória 882 (resgatada que foi do Projeto do PPP Mais) -, mas recebeu, na configuração proposta neste texto, maior versatilidade em comparação com a ideia original. Penso que com essa inovação teríamos uma via mais ágil e adequada para a contratação de consultorias, oferecendo-se mais realismo e menos formalismo ao modo de contratação de serviços para a elaboração de projetos de longo prazo. A proposta ampara-se numa premissa de confiança na capacidade do gestor de proceder às análises e realizar as melhores escolhas.

O outro caminho é o PMI, que se ressentiu de um déficit de regulação nacional e tem sido matizado pela legislação – particularmente, pela via infralegal – regional ou local. É curioso, aliás, que toda a construção do PMI tenha se erguido da lacônica norma do artigo 21 da Lei 8.987/95. Mas é perceptível um modelo relativamente comum de PMI que se disseminou entre Estados e Municípios, inspirado, em boa medida, no modelo federal criado pelo Decreto 8.428/2015.

O problema é que o PMI, embora represente em termos quantitativos a principal via para a originação de projetos (ou melhor: da intenção de obter projetos), não tem funcionado bem. Da perspectiva das Administrações, sua recorrente falta de capacidade técnica e institucional para conduzir o processo – que acomete principalmente as Administrações de menor porte – tem ensejado tanto o *risco de captura* (do interesse público pelo interesse do mercado) quanto o *risco da ineficácia* do processo. Sem que as Administrações consigam conduzir esses procedimentos, analisar e criticar as soluções técnicas oferecidas pelos participantes, os PMIs ou seguem sob o risco de captura ou acabam morrendo precocemente.

Já da perspectiva do mercado, os PMIs são considerados temerários em vista não apenas do risco inerente à sua dimensão concursal ou concorrencial (risco da escolha do projeto alheio), mas do mesmo risco de mortalidade. O fato de haver uma pluralidade de estruturadores disputando o PMI, num contexto em que a elaboração destes projetos pode demandar investimentos significativos, amplia excessivamente os riscos de participação, desencorajando o ingresso de *players* sérios e potencialmente qualificados para a entrega de projetos de qualidade. Ademais, pode afigurar-se economicamente irracional estimular agentes diversos a consumir recursos da sociedade para a elaboração do mesmo projeto¹.

Além disso, o PMI tem sido um expediente precário, revogável ou cancelável discricionariamente pelas Administrações, o que amplia o seu risco de mortalidade, na percepção do mercado de consultores e estruturadores.

Logo, os riscos excessivos inerentes ao PMI, que têm origem na baixa capacidade técnica das Administrações, na sua dimensão concursal e no seu caráter precário, acabam prejudicando não apenas a qualidade dos projetos, mas de seus participantes. Isso enseja um círculo vicioso, em que o aumento da taxa de mortalidade de PMIs desencoraja participantes qualificados, o que prejudica a qualidade dos projetos e contribui para sua mortalidade, e assim por diante.

¹ Não estou afirmando que o PMI concorrencial deva ser banido, pois há hipóteses a justificá-lo. Mas é necessário acolher também a sua versão exclusiva, o que pode melhorar os incentivos para o engajamento de participantes qualificados.

Para tentar superar esses problemas, algumas das propostas que apresento são: (i) instituir pressupostos e requisitos para o cancelamento dos PMIs, o que contribuirá não só para melhorar o incentivo a que as Administrações planejem adequadamente o expediente, mas para melhorar o engajamento de bons participantes; (ii) prever a hipótese de autorização exclusiva, viabilizando a produção do projeto por apenas um proponente, admitindo-se que críticas e adaptações possam ser subsequentemente implementadas em etapa concursal subsequente (assim como na consulta pública, o que já ocorre atualmente); (iii) admitir outras formas de compensação econômica ao autor do projeto.

3. Reafirmação da *alterabilidade* do contrato de concessão - suscetibilidade do programa concessionário a adaptações no longo prazo

Um outro ponto de grande relevância para o desenvolvimento eficiente de contratos de longo prazo é a sua suscetibilidade a adaptações ao longo do tempo. Parece evidente que um contrato de longo prazo esteja sob o risco de diversas alterações durante o seu ciclo de vida. E é claro que o contrato de concessão deverá trazer uma disciplina tanto quanto possível detalhada para regular as modificações no programa concessionário. Mas é impossível antecipar todas as hipóteses de alteração, assim como inadequado estabelecer delimitações rígidas para elas. Ou seja: o contrato de concessão será inevitavelmente incompleto, na acepção de que será adaptável às novas circunstâncias.

A adaptabilidade do contrato de concessão, no entanto, é uma espécie de “tabu jurídico”. É costumeiro que as alterações em contratos de concessão sejam objeto de intensa discussão e intervenção pelas instâncias de controle, que patrocinam uma visão muito restritiva sobre elas, fundamentada na preservação das regras da licitação. Há um quê de 8.666 nestes enfoques: o vício de tentar enxergar as concessões pelas lentes do regime da contratação ordinária. Isso tem inibido alterações mais expressivas no programa de concessões, que muitas vezes podem se traduzir em soluções mais eficientes para a execução do contrato, como tem envolvido os aditamentos na concessão em litígios, interrupções etc., ensejando os custos que lhes são inerentes. Parece-me que essa percepção do controlador tem carecido de uma avaliação mais

aprofundada da relação de custo-benefício subjacente. É preciso compreender que o prestígio à imaculabilidade da licitação desmerece a implementação de soluções mais eficientes ao longo da execução da concessão.

Por isso, entendo que um ajuste importante a ser feito no regime jurídico da concessão seja a reafirmação da adaptabilidade da concessão, prevendo-se que o seu objeto possa ser adaptado ou alterado durante a sua execução, por proposição do poder concedente ou da concessionária, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas ou econômicas ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto. Ainda, é importante incorporar na legislação – algo que já foi endereçado pelo art. 22 da Lei 13.448/2017 para contratos de parceria ali especificados - a insubmissão das alterações na concessão aos limites prescritos pelo art. 65 da Lei 8.666/93.

4. Melhorando a qualidade técnica das decisões administrativas e reduzindo o risco de interferências administrativas e políticas na concessão

Não é possível ignorar que a execução de contratos administrativos no Brasil vem sendo marcada por um nível não desprezível de interferências administrativas e políticas. Além disso, a depender do porte e da capacidade institucional da Administração, muitas decisões administrativas relacionadas a direitos do concessionário ressentem-se de defeitos técnicos relevantes. Essas patologias decorrem no mais das vezes da ausência de uma governança adequada para que o poder concedente construa a sua decisão.

Baseado neste diagnóstico, entendo ser necessário ampliar a participação de experts, consultorias e auditorias independentes na formação destas decisões, com vistas a melhorar a sua fidelidade e qualidade técnicas e mitigar os riscos de sua manipulação arbitrária.

Neste sentido, parece-me que a próxima legislação deva não apenas estimular a participação de verificadores independentes na aferição dos resultados da concessão (o que já é uma prática de PPPs e concessões no Brasil), mas de *experts* e consultorias capacitadas para a produção de cálculos e aferições técnicas integradas em decisões

potencialmente restritivas de direitos do concessionário (como a intervenção e a caducidade).

Ainda com vistas a mitigar estes riscos e reduzir os custos de litígio, entendo que a participação de *dispute boards* para dirimir dúvidas e resolver divergências de natureza técnica possa ser um expediente muito útil. Como nossa legislação não contempla expressamente essa figura (embora já temos diversos contratos que prevejam a atuação de comitês técnicos), e tendo em vista tratar-se de tema sensível à luz das interpretações mais ortodoxas, é necessário que a próxima lei estabeleça a possibilidade de sua utilização e seus possíveis efeitos jurídicos.

Dado, ademais, o cacoete histórico das instâncias de controle em limitar o alcance de normas permissivas de métodos alternativos ao *enforcement* público, o que abrange a atuação de comitês técnicos e auditores independentes no âmbito da fiscalização da concessão, seria relevante que a legislação estabelecesse (ainda que exemplificativamente) uma relação de temas e assuntos que possam ser objeto destas deliberações. Assim, há temas diversos que poderão, quando for o caso, merecer a deliberação pelos *dispute boards*, como: (i) aprovação de projetos executados pelo parceiro privado; (ii) divergências de natureza técnica ou contábil relativamente ao pagamento de ressarcimentos indenizatórios e de reequilíbrio econômico-financeiro; (iii) adequação técnica e correção contábil de aditivos contratuais a propósito de adaptações, ajustes e alterações, programadas ou não, no objeto da concessão; (iv) divergências quanto ao cálculo do reajuste de tarifa e da atualização de contraprestação pública, inclusive quanto a encargos moratórios, quando for o caso; (v) divergências quanto a aspectos técnicos fundamentais relacionados à alegação das partes quanto ao cumprimento ou descumprimento de encargos pela outra, nos limites definidos em contrato; e (vi) resolução de dúvidas ou de ambiguidade relativamente ao conteúdo das obrigações contratuais e quanto aos fatos relevantes que possam interferir na sua execução.

5. Mitigação de prerrogativas administrativas

A execução do contrato de concessão poderá ser impactada por algumas decisões administrativas de efeito *auto-executório*, que produzem efeitos potencialmente

restritivos à esfera de direitos do concessionário sem necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário. Trata-se das chamadas *prerrogativas administrativas*, que historicamente têm sido a causa de muita insegurança por parte daqueles que contratam com as Administrações². Lembre-se que a Administração poderá alterar unilateralmente o contrato de concessão, extingui-lo por encampação (esta depende de autorização legislativa) ou caducidade, assim como poderá decretar a sua intervenção ou aplicar sanções ao concessionário etc. Todos estes atos, que via de regra são produzidos internamente pelas Administrações, quando exteriorizados produzem efeitos jurídicos desde logo, modificativos da relação jurídico-contratual.

Como muitas destas prerrogativas são percebidas como risco relevante para os investidores e para os demais *stakeholders* envolvidos no contrato, dado o risco de serem utilizadas de modo arbitrário ou descurando-se dos direitos do concessionário que lhe estão relacionadas (como a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão), é importante que a legislação limite a sua utilização, a partir da integração de instâncias externas na elaboração de sua decisão, como o árbitro, o juiz, ou mesmo o próprio comitê técnico previsto em contrato (ou mesmo prevendo-se a possibilidade de *acordos integrativos*, em alguns casos, para regular o cumprimento de obrigações acessórias pelas partes, como o reequilíbrio econômico-financeiro, o pagamento de indenizações, a expedição de providências para desapropriações, a obtenção de licenciamentos etc).

6. Preferências pelos métodos alternativos de resolução de divergências e litígios

Por fim, há um diagnóstico aparentemente comum entre nós acerca da ineficiência e ineficácia do nosso sistema judicial para solucionar controvérsias havidas no seio de contratos públicos de longo prazo. Isso se verifica quanto ao tempo dos processos e

² Para aprofundamento, leia-se” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública”, In *Colunistas*, ano 2016, número 312, <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>.

quanto à falta de especialização dos juízes para os (complexos, muitas vezes) temas relacionados à contratação administrativa. A via da arbitragem consiste numa alternativa incomparavelmente mais ágil e qualificada para o endereçamento das divergências e disputas relacionadas às concessões. Neste particular, é importante que a legislação estabeleça a *preferência* pelo uso da arbitragem, assim como explicitamente, mesmo que exemplificativamente, os temas que poderão ser objeto de discussão e deliberação por essa via.

A existência de uma via mais ágil e efetiva para a realização dos direitos do concessionário concorrerá para a redução dos custos transacionais, promovendo economias à concessão.

7. Anteprojeto de Lei (Atualizações propostas para a Lei Geral de Concessões - Lei 8.987/95):

Lei n. ...

Altera a Lei 8.987/95, que dispõe sobre normas gerais de concessão de serviço público, e a Lei 11.079/2004, que dispõe sobre normas gerais de parceria público-privada.

O PRESIDENTA DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A Lei 8.987/95 passa a vigorar com as seguintes alterações

Art. 18.

.....

X - a relação completa dos bens reversíveis ou, quando esta não for possível de ser elaborada, a identificação conceitual dos atributos e das características de bem reversível, com vistas a orientar a classificação dos bens ao final do contrato;

.....

Art. 22-A. Para a execução de serviços técnicos de estruturação de projetos de concessão, envolvendo a elaboração de estudos técnicos, de engenharia, jurídicos e econômico-financeiros, assim como todas as demais prestações inerentes à sua estruturação, será utilizado preferencialmente o processo de colação, com a observância dos seguintes procedimentos e diretrizes:

I - O processo de colação será realizado por meio do envio de consulta a no mínimo três profissionais, empresas ou entidades capacitadas, que atendam a requisitos de habilitação em função de suas qualidades e atuação anterior em porte e complexidade compatíveis ao objeto a ser contratado;

II - A consulta terá por objeto a apresentação de proposta de honorários para a estruturação integral ou parcial de projeto de parceria público-privada ou de concessão de serviço público ou, ainda, de contratos equivalentes, podendo envolver todas as atividades inerentes à elaboração dos estudos, projetos e levantamentos, apoio técnico no processo de consulta pública, audiência pública e licitação, assim como na divulgação do programa a interessados e demais prestações que integrem o programa concessionário, de acordo com as especificações contidas na consulta;

III – A consulta poderá prever fase única de apresentação de propostas de honorários, a partir da qual se definirá o licitante vencedor segundo os critérios estipulados pela Administração Pública no instrumento convocatório, ou prever a realização de fases sucessivas, sendo permitido à Administração Pública incluir ou excluir consultados para viabilizar a comparação dinâmica, efetiva e realista de propostas, inclusive mediante revisão de seu conteúdo e negociação direta com os proponentes, observados o interesse público e as características do mercado respectivo;

IV – A Administração Pública poderá considerar acréscimos de escopo, metodologias e demais alterações propostas pelos licitantes, ainda que não previstas inicialmente na consulta, facultada aos licitantes a possibilidade de revisão de suas propostas para sua adequação;

V – O critério de seleção da proposta mais vantajosa será definido pela Administração Pública na consulta, de acordo com as características do objeto e do respectivo mercado, observadas as boas práticas de mercado;

VI – Para fins da seleção da proposta vencedora, e de acordo com os termos da consulta, a Administração Pública poderá considerar o menor preço, a melhor técnica, a combinação de preço e técnica, assim como a melhor técnica em função de preços pré-estabelecidos de acordo com pesquisa simplificada de preços, admitindo-se a proposição pelo ofertante ou a estipulação pela Administração de preços unitários por hora trabalhada, assim como de preços máximos globais ou por etapa de execução;

VII – Na hipótese de o regime de remuneração basear-se na hora trabalhada, o valor de remuneração será definido a partir da apresentação pelo contratado de relatórios de hora trabalhada nos marcos temporais definidos na consulta;

VIII - A estruturação do processo de colação obedecerá a procedimento e prazos definidos na consulta, segundo avaliação discricionária da Administração Pública, de acordo com as características do objeto e do respectivo mercado, observadas das boas práticas de mercado;

IX - Ao final do processo de seleção, a Administração poderá contratar os respectivos serviços técnicos com:

a - consórcio privado de profissionais, empresas ou entidades capacitadas; ou

b - profissionais, empresas ou entidades capacitadas, garantida a adequada integração dos estudos a serem desenvolvidos por cada um dos contratados por meio de mecanismos de coordenação a serem previstos nos contratos.

X - O contrato poderá autorizar a subcontratação de parcelas dos serviços técnicos, desde que:

a - o contratado inicial assumira a obrigação pela sua execução completa e pela sua coordenação geral; e

b - os subcontratados comprovem a sua capacitação, conforme critérios definidos pela Administração, a quem incumbirá a sua aceitação, observada, ainda, a sua regularidade fiscal e trabalhista.

Parágrafo único. O processo de colação poderá ser utilizado para a contratação de serviços de treinamento e capacitação das Administrações à estruturação de programas de concessões, bem como para dotá-las de conhecimento técnico para

realizar o planejamento administrativo e proceder às análises e avaliações inerentes à implementação e estruturação do programa concessionário.

Art. 22-B. O Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI poderá ser utilizado no âmbito da Administração Pública para a elaboração, atualização ou complementação de projetos, estudos e levantamentos para instruir programas de concessão e de parceria público-privada com vistas a subsidiar total ou parcialmente o desenvolvimento de contratação de concessão ou parceria público-privada, podendo envolver atividade de capacitação e treinamento das Administrações, nos termos desta Lei e do regulamento.

Art. 22-C. Qualquer interessado da iniciativa privada poderá provocar a Administração Pública por meio de Manifestação de Interesse Privado (MIP) com vistas a propor a elaboração de projetos, estudos e levantamentos para instruir programas de concessão ou de parceria público-privada, ou de contratos análogos, a qual, se aprovada, poderá dar origem ao desenvolvimento de um PMI.

Parágrafo único. A Administração Pública poderá condicionar a apresentação de MIPs ao recolhimento de valores estipulados em função do ressarcimento de custos de análise.

Art. 22-D. O desenvolvimento dos projetos, estudos ou levantamentos pelo interessado depende da formalização de um ato de autorização pela Administração Pública, que poderá ser conferido à pessoa física, jurídica ou a consórcio de pessoas físicas ou jurídicas, segundo os critérios definidos no edital de chamamento público.

Parágrafo único. O ato de autorização poderá ser conferido com exclusividade, hipótese em que:

I - a exclusividade da autorização deverá constar do edital de chamamento público de PMI;

II - o ato de autorização exclusiva deverá estar acompanhado da indicação das razões que justificam a opção pelo autorizatário, contendo análise comparativa das credenciais técnicas e jurídicas dos interessados, a partir do exercício de discricionariedade técnica da Administração e de acordo com os critérios e parâmetros definidos no edital de chamamento público;

III - o autor do projeto poderá participar da licitação para a execução do contrato de concessão ou parceria público-privada, salvo disposição diversa contida no edital de chamamento público.

Art. 22-E. O cancelamento do ato de autorização pela Administração fica condicionado à demonstração de fato superveniente devidamente justificado, que demonstre as razões de interesse público que as ensejam, assegurado o ressarcimento indenizatório ao autorizatório na hipótese do eventual aproveitamento do projeto.

Art. 23.....

.....

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, admitindo-se a participação de verificadores e auditores independentes na aferição dos resultados e dos indicadores de serviço, na execução de cálculos de reequilíbrio econômico-financeiro e de indenização às partes, na aprovação de projetos ou no recebimento de parcelas da obra, quando for o caso, assim como na resolução de dúvidas acerca de questões técnicas inerentes à fiscalização da concessão;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e o poder concedente, e sua forma de aplicação;

.....

X - aos bens reversíveis, contendo sua indicação ou a definição conceitual das características e atributos de bem reversível para o fim de sua classificação por ocasião da extinção da concessão.

.....

Art. 23-A. O contrato de concessão preverá preferencialmente o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Parágrafo único. Excetuadas as discussões relacionadas ao conteúdo exclusivamente discricionário dos atos administrativos, poderão ser submetidas à arbitragem

quaisquer divergências relacionadas à execução do contrato de concessão, em especial controvérsias acerca:

I – do inadimplemento de obrigações contratuais pelas partes;

II – da recomposição da equação econômico-financeira da concessão, inclusive quanto à ocorrência da materialização de riscos alocados contratualmente ou legislativamente à responsabilidade das partes, à definição de metodologias e à correção dos cálculos correspondentes etc;

III – da interpretação da matriz de riscos da concessão;

IV – do direito indenizatório das partes relativamente a questões relacionadas à execução do contrato de concessão, inclusive quanto aos critérios e metodologias para e à realização dos cálculos correspondentes;

V – da classificação de bens reversíveis;

VI – da legalidade, legitimidade e razoabilidade de atos e processos administrativos, inclusive quanto à alteração unilateral da concessão pelo poder concedente, à intervenção, à caducidade, à encampação, e a outras hipóteses de extinção da concessão;

VII – da legalidade, legitimidade e razoabilidade da aplicação de sanções à concessionária;

VIII – das hipóteses de transferência da concessão.

Art. 23-B. Os contratos de concessão preverão a constituição de comitês técnicos formados por profissionais capacitados ou auditores independentes, indicados pelo poder concedente e pela concessionária, encarregados de deliberar sobre ou de manifestar opiniões e pareceres técnicos, com força vinculativa ou não às partes, a depender dos termos do contrato, a propósito das seguintes matérias, exemplificativamente:

I - aprovação de projetos executados pelo parceiro privado, no que se refere aos aspectos técnicos, e de correspondência com as metas e parâmetros definidos no edital e no contrato;

II - divergências de natureza técnica ou contábil relativamente ao pagamento de ressarcimentos indenizatórios e de reequilíbrio econômico-financeiro;

III - adequação técnica e correção contábil de aditivos contratuais a propósito de adaptações, ajustes e alterações, programadas ou não, no objeto da concessão;

IV - divergências quanto ao cálculo do reajuste de tarifa e da atualização de contraprestação pública, inclusive quanto a encargos moratórios, quando for o caso;

V - divergências quanto a aspectos técnicos fundamentais relacionados à alegação das partes quanto ao cumprimento ou descumprimento de encargos pela outra, nos limites definidos em contrato;

VI – resolução de dúvidas ou de ambiguidade relativamente ao conteúdo das obrigações contratuais e quanto aos fatos relevantes que possam interferir na sua execução.

Art. 23-C. O objeto dos contratos de concessão poderá ser adaptado ou alterado durante a sua execução, por proposição do poder concedente ou da concessionária, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas ou econômicas ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto.

§ 1º Toda a alteração no objeto da concessão deverá pressupor a manutenção das condições econômicas da proposta classificada na licitação, assegurando-se a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato.

§ 2º Os contratos de concessão de serviço público não estão sujeitos aos limites à alteração do objeto e de valor impostos pelo art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 3º Serão admitidas alterações na concessão que acresçam ou diminuam seu objeto, com a inclusão ou exclusão no programa concessionário de obras e serviços, assim como de tecnologias e serviços acessórios, desde que convenientes para assegurar a maior eficiência na prestação do serviço e na execução do contrato, exigindo-se motivação;

§ 4º As alterações implementadas no contrato de concessão serão acompanhadas da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, a partir de critérios e parâmetros estabelecidos em contrato, ou, ausência deste, em aditivo;

§ 5º O ato de alteração unilateral da concessão pelo poder concedente, inclusive para a hipótese referida no § 4º do artigo 9º desta Lei, apenas produzirá efeitos a partir de sua aprovação pelo comitê técnico referido no artigo 23-D desta Lei, após a demonstração da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro embasada por cálculos realizados ou auditados por consultoria independente;

§ 6º O ato de alteração unilateral da concessão será preferencialmente precedido de negociação entre o poder concedente e a concessionária, com vistas à celebração de um acordo integrativo adjeto ao ato de alteração, que cuidará de estipular todas as condições para a sua implementação, assim como as obrigações da concessionária e do poder concedente, inclusive quanto à realização de providências instrumentais por este e quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro.

23-D. Os contratos de concessão deverão prever regras e procedimentos para a postulação de reequilíbrio econômico-financeiro pela concessionária, prazo para análise e resposta pela Administração não superior a sessenta dias, metodologia de cálculo do valor do desequilíbrio, inclusive da forma de cálculo da taxa de desconto intertemporal e da identificação das formas de reequilíbrio.

Parágrafo único. Será admitida a prorrogação do prazo referido no *caput* deste artigo, na hipótese de sua insuficiência em função de complexidades de análise devidamente justificadas pela Administração

Art. 23-E. A execução do contrato de concessão poderá ser precedida da firmatura de termo para disciplinar prazos e condições ao cumprimento pelas partes de providências e obrigações preliminares à concessão, assim consideradas, exemplificativamente:

- I - a realização de desapropriações e desocupações necessárias ao início da concessão;
- II - a obtenção de licenciamentos ambientais e a regularização de passivos ambientais;
- III - a estruturação de garantias contratuais, inclusive aquelas destinadas a acautelar o parceiro privado, quando ainda não concluídas;
- IV - a obtenção de aceite por agente financiador de longo prazo sobre as garantias públicas, quando for o caso;

V - outras medidas e providências consideradas fundamentais e prévias ao início do curso do prazo da concessão.

Parágrafo único. O termo para o cumprimento de providências e obrigações preliminares referido no caput deste artigo será um anexo obrigatório do edital de licitação do contrato de concessão e conterà prazos próprios e independentes dos prazos e da vigência da concessão.

Art. 24-A. O poder concedente deverá reequilibrar o contrato sempre que durante a sua execução se verifique a materialização de riscos alocados contratualmente à sua esfera de responsabilidade e que repercutam prejuízos ao parceiro privado, ou na hipótese de ocorrência de evento atinente à álea extraordinária e extracontratual de que trata a alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

§ 1º. Quando instituído pelo contrato de concessão comitê técnico cujas atribuições abrangam a análise de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, sua manifestação opinativa ou vinculativa, a depender dos termos contratuais, deverá ser considerada pela Administração em sua resposta.

§ 2º. O contrato de concessão estipulará as formas jurídicas para a implantação do reequilíbrio econômico-financeiro, a serem definidas consensualmente.

§ 3º. A alteração de prazo pode ser prevista pelo contrato de concessão como forma de restabelecer, parcial ou integralmente, o seu equilíbrio econômico-financeiro, sendo inaplicáveis para a hipótese os limites de prazo ou de prorrogabilidade de concessões estabelecidos em contrato ou definidos na legislação.

Art. 24-B. As alterações de prazo nos cronogramas de entrega de projetos, de entregas das obras ou de disponibilização do serviço, e de operação da concessão, a que fizer jus a concessionária em virtude de hipóteses previstas em contrato ou na legislação, não estarão sujeitas aos limites de prazo e de prorrogabilidade definidos em contrato ou em lei.

Art. 24-C. As oportunidades de negócios vinculadas direta ou indiretamente à operação da concessão capazes de gerar receitas alternativas ao projeto, e que não estiverem definidas no edital de licitação e no contrato, poderão ser exploradas pela concessionária, a partir da anuência do poder concedente.

Art. 24-D. As decisões e escolhas do regulador e do administrador público relativamente ao planejamento e à execução da concessão não poderão ser anuladas ou constituir motivo de censura e penalização pelos órgãos de controle em função de divergência de entendimento técnico.

.....

Art. 29.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, admitindo-se em todos os casos a participação de verificadores e auditores independentes e externos aos quadros da Administração, nos termos definidos nesta Lei e no contrato de concessão.

.....

Art. 32.

.....

§ 2º. O ato de intervenção somente produzirá efeitos após sua aprovação pelo comitê técnico, ou mediante autorização do árbitro ou do juiz, salvo a existência de situação de urgência devidamente justificada.

§ 3º. O ato de declaração da intervenção deverá estar fundamentado na demonstração do descumprimento de obrigações contratuais relevantes, capazes de por em grave risco a segurança e a adequação do serviço público ao usuário.

§ 4º. Para fins da declaração de intervenção, quando a demonstração do inadimplemento de obrigações pela concessionária envolver análises e aferições técnicas ou cálculos complexos, estas deverão ser auditadas ou aprovadas por consultores independentes, previamente à submissão da declaração ao comitê técnico, árbitro ou juiz, salvo hipótese de urgência devidamente justificada.

.....

Art. 34-A. O ato de intervenção somente produzirá efeitos após sua aprovação pelo comitê técnico, salvo a existência de situação de urgência devidamente justificada.

.....
Art. 38.
.....

§ 7º. Os efeitos do ato de caducidade estarão condicionados à sua aprovação pelo comitê técnico, árbitro ou juiz.

§ 8º. A utilização ou o apossamento pelo poder concedente de bens da concessionária ensejará prévia ou concomitante indenização.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial ou arbitral especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, os serviços prestados pela concessionária poderão ser interrompidos ou paralisados, mediante decisão liminar proferida pelo árbitro ou pelo juiz.

Art. XXX. A Lei 11.079/2004 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo:

Art. 29-A. Aplicam-se aos contratos de parceria público-privada as disposições dos artigos 22-A a 22-E, 23-A, 23-C, 23-D, 23-E, 24-A a 24-D, da Lei 8.987/95.