COMISSÃO DE GESTÃO PÚBLICA E COMISSÃO DE INFRAESTRUTURA E SUSTENTABILIDADE

PARECER

I. OBJETO

Honra o Exmo. Sr. Dr. Cassio Telles, eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, com pedido de parecer jurídico destinado a abordar aspectos relevantes acerca da configuração de licitação, a ser promovida pela União, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, para a concessão de serviços públicos rodoviários no âmbito territorial do Estado do Paraná – em especial, formulando um contraste entre o critério de julgamento pelo menor valor de tarifa e o critério de julgamento envolvendo a combinação de menor valor de tarifa e maior valor de pagamento pela outorga do serviço público e administração e exploração das rodovias.

I.a. Considerações preliminares e escopo da análise

Em 10 de maio de 1996 foi editada a Lei Federal nº 9277/1996. Por intermédio de dita norma ficou a "União, por intermédio do Ministério dos Transportes, autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, aos municípios, estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais" (art. 1º). Previu a Lei que a delegação seria formalizada mediante convênio (art. 3º).

O convênio de que trata a Lei nº 9277/96 foi celebrado em 25 de outubro de 1996, e teve como parte delegante a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e interveniente o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER. O objeto do convênio foi a delegação, da

União para o Estado do Paraná, nos termos da Lei, da administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias federais.

Na avença ficou estabelecido o encargo, para o Estado do Paraná, de promover licitação para outorga de concessão dos serviços rodoviários para a iniciativa privada, nos termos de programa de exploração de rodovias PER - aprovado pelo delegante (União).

No cumprimento dos encargos assumidos por delegação, o Estado do Paraná realizou, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem – DER/PR, licitações para a efetivação das concessões.

Os contratos de concessão foram assinados em novembro de 1997. Foi fixado o prazo máximo de 24 anos para vigência destes contratos de concessão que formam o denominado “Anel de Integração”.

Em razão da proximidade da expiração de vigência destes contratos de concessão, que tiveram por objeto a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação, e a exploração das rodovias principais, e a recuperação, conservação e manutenção de trechos rodoviários de acesso, foram iniciados, pela União – por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - os procedimentos administrativos para a licitação e contratação de novas concessões, relativas às rodovias federais situadas no Estado do Paraná.

O preâmbulo da minuta de instrumento convocatório da licitação destinada à concessão tem o seguinte teor:

> A União, por meio da ANTT, torna público, por meio do presente Edital de Concessão n° [●]/[●], as condições da desestatização, na modalidade de Concorrência Internacional, com a finalidade de selecionar a melhor proposta visando à celebração de Contrato de Concessão de serviço público para a exploração da Concessão.
> A presente desestatização será regida pelas regras previstas neste Edital e nos seus Anexos, e pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; Lei nº 9.491, de 9 de

setembro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998; Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016; Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; Decreto nº 2.444, de 30 de Dezembro de 1997, e; subsidiariamente, pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas vigentes sobre a matéria.

O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República opinou favoravelmente pela qualificação no âmbito do PPI do referido Sistema Rodoviário, nos termos da Resolução CPPI nº 52, de 8 de maio de 2019.

Foi realizada audiência pública no período de [●] até [●], em atendimento à Resolução ANTT nº 5.624, de 21 de dezembro de 2017, com sessões presenciais em [●], audiências essas informadas ao público por meio de publicação no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação nacional, no Estado do Paraná e no Distrito Federal, no dia [●] de janeiro de 2021, e no sítio eletrônico da ANTT [www.antt.gov.br], a partir de [●] de janeiro de 2021.

O critério de julgamento das melhores propostas econômicas para cada Lote será a combinação do critério de menor Valor de Tarifa de Pedágio, com o de maior Valor de Outorga, nos termos do art. 15, inciso III, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, pelo artigo 34-A, § 2º, IV, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. As propostas e demais documentos necessários à participação no Leilão serão recebidos entre as [●] horas e [●] horas do dia [●] de [●] de [●]. A abertura das propostas será realizada em sessão pública a iniciar-se em [●] de [●] de [●], às [●] horas, na sede da B3 S.A., no endereço [●].

O Edital da presente desestatização, seus anexos, bem como todas as informações, estudos e projetos disponíveis sobre os Sistemas Rodoviários poderão ser obtidos no sítio eletrônico da ANTT, [www.antt.gov.br], incidindo sobre a disponibilização destas informações e estudos as regras previstas para tanto neste Edital.

O objeto desta análise é uma abordagem, sucinta, sobre alguns aspectos relevantes relativos à modelagem e configuração jurídica dos futuros contratos de concessão, bem como acerca de alguns aspectos jurídicos relativos à licitação que precederá a celebração dos contratos.

Registre-se que não houve ainda a publicação dos instrumentos convocatórios das licitações destinadas a estas concessões de serviços públicos. Contudo, já foram divulgadas algumas minutas que contém regras que potencialmente serão veiculadas e submeterão todo o processo das contratações, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.[1]

II. DOS SISTEMAS RODOVIÁRIOS QUE SERÃO OBJETO DA CONCESSÃO E DA DISTRIBUIÇÃO DAS RODOVIAS EM LOTES

A licitação, se não forem realizadas alterações substanciais na modelagem até o momento divulgada, será veiculada na modalidade de leilão internacional.

O denominado sistema "Rodovias Integradas do Paraná", é integrado por subsistemas objeto da concessão, que estão distribuídos nos seguintes lotes para fins de licitação e contratação:

Lote 1 – Sistema Rodoviário BR-277, BR-373, BR-376, BR-476, PR-418, PR-423 e PR-427
Lote 2 – Sistema Rodoviário BR-153, BR-277, BR-369, BR-373, PR-092, PR-151, PR-239, PR-407, PR-508 e PR-855
Lote 3 – Sistema Rodoviário BR-369, BR-376, PR-090, PR-170, PR-323 e PR-445
Lote 4 – Sistema Rodoviário BR-272, BR-369, BR-376, PR-182, PR-272, PR-317, PR-323, PR-444, PR-862, PR-897 e PR-986

[1] Disponíveis em: https://anttgov.sharepoint.com/sites/sucon/dataroom/Documentos/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2Fsucon%2Fdataroom%2FDocumentos%2FPortal%2FAudi%C3%AAncia%20P%C3%BAblica%20n%C2%BA%20001%5F2021%20%2D%20Paran%C3%A1&p=true&originalPath=aHR0cHM6Ly9hbnR0Z292LnNoYXJlcG9pbnQuY29tLzpmOi9zL3N1Y29uL2RhdGFyb29tL0VzMjZPRy14R19oTWtOaE5ISnEwUzlBQjlVY1phZlBvYThoRXRIaVRsYmw1bXc_cnRpbWU9RldIQzdnSFYyRWc

Lote 5 – Sistema Rodoviário BR-158, BR-163, BR-369, BR-467 e PR-317
Lote 6 – Sistema Rodoviário BR-163, BR-277, PR-158, PR-180, PR-182, PR-280 e PR-483

Os lotes, como sói acontecer em licitações por lotes, serão disputados e contratados de modo autônomo e independente.

III. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS LICITAÇÕES PARA CONCESSÃO

A Lei nº 8987/95 estabelece que uma licitação destinada à concessão de serviços públicos pode ser julgada pelos seguintes critérios:

> Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:
> I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
> II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
> III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
> IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
> V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
> VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
> VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

A Lei confere ao Administrador, portanto, uma considerável margem de liberdade de escolha sobre qual o melhor e mais adequado critério de julgamento para uma determinada licitação.

Não há precedência legal entre um e outro critério de julgamento, e, sob o aspecto axiológico, não há, à prima facie, relação de hierarquia ou prevalência entre os tipos de licitação.

No exercício de competência discricionária, a União, por intermédio da ANTT, elegeu como critério de julgamento aquele previsto no inciso III do art. 15 da Lei nº 8987/95: a combinação do critério de menor tarifa do serviço público a ser prestado com a maior oferta de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão. Sob o prisma da legalidade estrita, esta decisão é legítima.

III.a.1. Considerações específicas sobre os critérios de menor valor de tarifa e maior oferta de pagamento pela outorga

Como dito, a decisão acerca do critério de julgamento de uma licitação se insere no plano da discricionariedade administrativa, vinculada (i) aos princípios e regras legais e constitucionais; e (ii) à legitimidade dos fundamentos e justificativas técnicas e econômico-financeiras que dão sustentação à decisão.

Isto parece evidente, uma vez que a validade de qualquer decisão administrativa, de natureza vinculada ou de natureza discricionária, está condicionada à subordinação aos valores, regras e princípios legais e constitucionais, e, à legitimidade e validade dos motivos de fato e de direito que devem lhe dar suporte (motivação).

A escolha, por um ou outro critério de julgamento de licitação deve, nesta medida, ser justificada no processo administrativo correspondente, sopesados os argumentos a favor ou contra – determinado critério -, bem como os riscos envolvidos na escolha.

Desta feita, reitere-se, a liberdade de escolha no que tange a critério de julgamento não é absoluta, mas condicionada a tais fatores: (i) motivação legítima (especialmente sob os aspectos técnico e econômico-financeiro); e (ii) submissão à Lei e à Constituição, o que parece evidente – culminando na conclusão de que o critério de julgamento eleito será

legítimo na medida em que, de modo concreto e substancial, atenda e preserve o interesse público nas suas dimensões fundamentais relativas ao caso concreto.

III.a.2. Critério isolado de menor valor de tarifa: riscos e oportunidades inerentes ao modelo

Sob o prisma do risco, uma das críticas que se pode fazer acerca da adoção isolada do critério de menor valor de tarifa, é a de que os licitantes, no afã de se sagrarem vencedores do certame, apresentem proposta de preço extremamente baixa, gerando valor de tarifa que não se sustenta como elemento de contraprestação pecuniária do concessionário, destinada ao custeio de todas as despesas e encargos contratuais, seja de que natureza forem.

Em outros termos, o critério de menor valor de tarifa pode gerar preço público insuficiente para assegurar a excelência da execução contratual, gerando potencialidade de inexecução e, de resto, de prejuízos para o sistema em geral e para os usuários em especial – que estarão pagando tarifa sem a contraprestação em efetivos serviços públicos adequados – objeto da concessão.

Sob o prisma da oportunidade, o critério isolado de menor preço de tarifa tem a potencialidade de produzir menor custo econômico para os usuários, em decorrência da disputa de lances, fechados ou abertos – desde que, adotadas cautelas administrativas para garantir a efetiva e adequada execução do contrato de concessão.

III.a.3. Gerenciamento do risco inerente ao critério de julgamento pelo menor valor de tarifa

Todo e qualquer processo licitatório que envolve disputa pelo menor preço, especialmente aqueles dotados de lances, produzem riscos. A disputa de preço pode, efetivamente, induzir ou resultar em preços inexequíveis (o preço que não é suficiente para arcar com os custos da execução contratual), senão irrisórios. Este risco não é exclusivo dos

processos licitatórios destinados à concessão de serviços públicos, mas comum a qualquer licitação marcada pela disputa de preços.

O adequado gerenciamento pode reduzir, senão eliminar, o risco de preço inexequível. Em face deste peculiar risco, a Administração Pública conta com instrumentos legais de proteção ou de mitigação.

Não há, assim, uma relação absoluta, direta e incontornável entre critério de menor tarifa e risco grave de execução contratual insatisfatória ou de inexecução contratual.

Não se pode, contudo, deixar de considerar que os contratos de concessão tem natureza e conformação muito complexa.

A estrutura fundamental do contrato de concessão é de natureza econômico-financeira, o que revela um componente de especificidade e de complexidade notável:

(i) o concessionário assume encargos contratuais e encargos extracontratuais (como os financiamentos e encargos financeiros, por exemplo), que terá que honrar;

(ii) alguns encargos são de cumprimento imediato ou de curto prazo (como por exemplo, os de mera manutenção rodoviária ou de atendimento de ocorrências de trânsito) outros encargos serão cumpridos em médio, longo ou longuíssimo prazo (obras e serviços de engenharia futuros, ou amortização de financiamentos, por exemplo);

(iii) para dar conta de tais encargos ou conjunto de obrigações, terá direito de cobrar tarifas diretamente dos usuários. Perceberá receitas e as destinará, basicamente, para (a) honrar compromissos financeiros assumidos; (b) amortizar investimentos em bens; (c) cumprir as etapas dos cronogramas físico-financeiros de obras e serviços de engenharia; (d) cumprir todas as obrigações contratuais e determinadas por Lei; e (e) ser remunerado pela prestação dos serviços na forma prevista no contrato. O

cumprimento destes encargos será adequado a fluxos de caixa também complexos.

Esta estrutura apresentada em síntese, possibilita deduzir que, em razão de sua peculiar complexidade, a relação de concessão está sujeita a riscos relevantes, alguns inexistentes em outras espécies de contratos celebrados pela Administração Pública. Um deles, talvez o mais notável: o risco do transcurso do tempo.

Os riscos de execução contratual que se verificam em muitos contratos, como risco de demanda, riscos de regulação, riscos cambiais, riscos hidrológicos, riscos geológicos, riscos ambientais, dentre outros, são potencializados e adjetivados no contrato de concessão em função de sua longa duração – o que pode levar à uma suposição prefacial de que o critério de julgamento pelo menor valor de tarifa pode resultar em um valor de tarifa muito baixo, insuficiente para gerar as receitas necessárias para arcar com ditos custos e riscos da concessão. Explica-se: os longos prazos de vigência contratual potencializam a imprevisibilidade em relação a eventos futuros.

Evidente que, como antes dito, este risco de tarifa muito baixa como resultado da licitação pelo critério de menor valor de tarifa - aliado ao risco do transcurso do tempo e da imprevisibilidade absoluta de certos riscos futuros - não pode ser desprezado.

Porém, reitere-se, pode ser reduzido ou mesmo afastado por intermédio de gerenciamento de riscos adequado, em sede de planejamento, que apontará o correto tratamento deles, com adoção de cautelas administrativas já na fase de licitação.

Sob o estrito ângulo do critério de julgamento pelo menor valor de tarifa, se pode apontar alguns mecanismos jurídicos eficientes, para evitar o risco de falhas na execução do contrato, sob o argumento de que o valor da tarifa muito baixo pode se mostrar insuficiente para a cobertura integral dos encargos do contratado ao longo do tempo do contrato:

(i) rigor na definição e na avaliação dos requisitos de habilitação técnica e de habilitação econômico-financeira das empresas licitantes. Podem ser feitas exigência de natureza econômico-financeiras que assegurem a participação apenas de empresas dotadas de solidez econômico-financeira. Assim se dá, por hipótese, no caso de licitação de obras de grande porte.

(ii) rigor análise e na definição da estrutura econômico-financeira da relação contratual. A Administração Pública tem o dever de realizar os estudos técnicos preliminares de modo completo, substancial e efetivo. O resultado destes estudos – especialmente os de natureza econômico-financeira – revelará, ao menos no momento presente, todos os elementos para as definições necessárias aos momentos futuros da relação de concessão, em sede de prospecções e de projeções financeiras ajustadas às necessidades públicas.

(iii) os estudos técnicos possibilitam a identificação do valor de tarifa que pode ser reputado inexequível, para fins de desclassificação das propostas de preço que se insiram nesta categoria. Há mecanismos jurídicos específicos para resolver eventuais situações de empate entre propostas de valor de tarifa.

(iv) definição correta e criteriosa de matriz de riscos contratuais – especialmente no que diz respeito aos riscos de demanda. Pode ser definida, por exemplo, uma alocação de risco de demanda a partir da fixação de “bandas” de variação e flutuação de receitas;

(v) cautela e precisão máxima na elaboração dos estudos técnicos preliminares, do gerenciamento dos riscos, dos projetos básicos, projetos executivos e de todos os projetos complementares;

(vi) definição correta e suficiente da "engenharia" econômica e financeira do contrato de concessão;

(vii) fixação de encargos contratuais adequados à estrutura econômico-financeira do contrato de concessão;

(viii) na licitação, a Administração deve adotar rigor máximo no julgamento da habilitação e desclassificação das propostas de valor de tarifa reputadas inexequíveis em face da estrutura econômico-financeira do contrato;

(ix) exigência de garantias de execução contratual;

(x) rigor no controle da execução contratual, para, quando possível, antecipar os riscos de execução. O controle da execução contratual deve ocorrer por intermédio, inclusive, de auditorias independentes. O fundamental é que este controle seja efetivo, substancial, periódico, suficiente e correto.

(xi) definição correta e adequada do regime de sanções e de responsabilização do concessionário por inexecução contratual atribuível, por culpa ou dolo, à insuficiência de arrecadação tarifária de corrente do valor proposto de tarifa;

Conclui-se, assim, ser possível a adoção do critério de julgamento pelo menor valor de tarifa, em licitação destinada à concessão de serviços públicos, com diminuição expressiva, ou mesmo supressão, do risco de que a disputa licitatória produza tarifas muito baixas, insuficientes para dar conta do cumprimento dos encargos contratuais e prestação dos serviços adequados.

III. b. 1 Considerações acerca do critério de julgamento adotado pela ANTT

O leilão para concessão dos sistemas rodoviários que integram o denominado sistema "Rodovias Integradas Paraná", segundo informações até o momento divulgadas, adotará o critério julgamento pela combinação do menor valor de tarifa com a maior oferta de pagamento pela outorga

dos serviços públicos de exploração e administração das rodovias – vulgarmente denominado de “modelo híbrido”.

Os proponentes, na fase determinada, apresentarão uma Proposta Econômica Escrita. Esta proposta econômica escrita é constituída por uma proposta de Valor de Tarifa de Pedágio, e uma proposta de Valor de Outorga (rectius, valor de pagamento pela outorga).

Em sede de Proposta de Valor de Tarifa, os licitantes não apresentarão exatamente uma proposta de valor de tarifa, mas indicarão um percentual que será aplicado sobre valores de tarifa de referência, para cada um dos trechos rodoviários. Este valor de tarifa referência, sobre o qual incidirá o percentual de desconto, será definido e divulgado pela ANTT.

Nos termos do modelo proposto em minuta de instrumento convocatório, será sagrado vencedor do certame o licitante que apresentar a melhor Proposta Econômica Escrita (envolvendo o maior percentual de desconto sobre as tarifas de referência e o maior valor de pagamento pela outorga).

A sistemática de julgamento prevista em minuta de edital é, em síntese, a seguinte:

1. A comissão de outorga avalia a conformidade das Propostas Econômicas Escritas (que conterão o valor da tarifa de pedágio e o valor da outorga) com os requisitos previstos no edital;

2. Serão classificadas as proponentes que apresentarem proposta econômica escrita e garantia de proposta de acordo com os requisitos e valores mínimos estabelecidos no instrumento convocatório;

3. A Comissão de Outorga desclassificará a Proponente cuja Proposta Econômica Escrita não atenda à totalidade das exigências estabelecidas na legislação aplicável e no Edital e, ainda, aquela cuja oferta esteja submetida a condição ou termo não previsto no edital;

4. Iniciada a sessão pública do leilão, serão abertas as propostas econômicas escritas, observando primeiramente o valor da tarifa de pedágio ofertado (maior desconto sobre tarifa de referência);

5. Caso nenhuma proponente apresente valor da tarifa de pedágio com desconto máximo, não haverá Etapa de Lances e será declarada vencedora aquela que apresentar o menor valor da tarifa de pedágio – leia-se maior desconto sobre as tarifas de referência fixadas pela ANTT;

6. Se apenas uma proponente apresentar valor da tarifa de pedágio com desconto máximo, esta proponente será declarada vencedora, considerando também o respectivo valor de outorga ofertado, sem a realização de etapa de lances;

7. Na hipótese de mais de uma proponente ofertar valor da tarifa de pedágio com desconto máximo, a comissão de outorga as considerará classificadas para a verificação das suas respectivas ofertas de valor de outorga. Neste caso, proceder-se-á à classificação preliminar das proponentes de acordo com as suas respectivas ofertas de valor de outorga, em ordem decrescente;

8. Serão classificadas para a etapa de lances a proponente classificada preliminarmente em primeiro lugar, e as proponentes que tenham indicado valor de outorga até 10% (dez por cento) inferior ao maior valor apresentado;

9. Feita esta segregação de proponentes, terá início a etapa de lances, com base no maior valor de outorga ofertado e de acordo com o seguinte regramento:

(i) O diretor da sessão poderá fixar um tempo máximo entre lances;

(ii) cada lance deverá superar o valor da outorga anteriormente ofertado pela própria proponente, considerando que o Lance deverá respeitar o intervalo mínimo entre lances determinado pelo diretor da sessão e não poderá ter valor idêntico ao lance de outra proponente;

(iii) O diretor da sessão declarará o encerramento da etapa de lances quando, terminado o prazo dado para oferta de novos Lances, nenhuma proponente se manifestar com novo lance, declarando-se, ato subsequente, o resultado final da etapa de lances, em ordem decrescente, e a proponente vencedora; e

(iv) Imediatamente após o término da etapa de lances, a proponente vencedora deverá ratificar o valor de tarifa de pedágio e o seu lance final de valor de outorga, conforme o caso, mediante apresentação de carta neste sentido;

10. Não havendo mais proponentes classificadas nesta faixa percentual de valor de outorga, a proponente classificada preliminarmente em primeiro lugar será declarada vencedora, reputando-se, neste caso, a proposta econômica escrita como equivalente à proposta econômica final.

Atente-se para que, pela sistemática adotada, há duas situações que podem levar ao encerramento da disputa licitatória sem que seja realizada uma etapa de lances para buscar propostas de outorga ainda mais vantajosas do que as originalmente apresentadas por escrito:

1. Caso nenhuma empresa licitante apresente proposta de valor de tarifa com desconto máximo: será declarada vencedora imediatamente a proponente que ofertar o maior desconto;

2. Caso apenas uma empresa licitante apresente proposta de valor de tarifa com desconto máximo: será declarada vencedora imediatamente a proponente que ofertar a única proposta contemplando o desconto máximo.

Percebe-se que, nas duas hipóteses em que haverá supressão da etapa de lances para disputa pelo maior valo de outorga, a Administração concedente o fez para prestigiar o menor valor de tarifa já ofertado.

Sob outro enfoque, é preciso registrar que, ao menos em tese, a supressão de etapa de lances favorece a realização de conluios ou de acordos espúrios entre os licitantes. Ou seja, a etapa de lances tem a qualidade potencial de reduzir os riscos de atos ilícitos contra a Administração Pública, nos exatos termos do contido na Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção.

III.b.2. Critério de julgamento envolvendo a combinação de menor valor de tarifa com maior valor de pagamento pela outorga da concessão: riscos e oportunidades inerentes ao modelo

Sob o prisma do risco, se pode aferir que o modelo "híbrido" implica a potencialidade de que não se obtenha, na disputa licitatória, valor de tarifa menor do que aquele que seria obtido em licitação que adotasse isoladamente o critério de julgamento pelo menor valor de tarifa.

Na medida em que a Administração Pública fixa, desde logo, o limite máximo de desconto a ser admitido na disputa pelo valor da tarifa, está, por evidente, estipulando um valor mínimo de tarifa, e limitando a possibilidade de obter valores de tarifa menores, a critério e em razão da possibilidade econômica e financeira de cada um dos proponentes.

Noutros termos, está realizando uma opção administrativa por estabelecer um valor mínimo de tarifa de pedágio (que seria aquele valor mínimo possível para dar sustentação econômico-financeira à relação de concessão), em detrimento da possibilidade de obter valores de tarifa menores, estes definidos de modo autônomo, pelos proponentes, de acordo com a realidade fática, jurídica, econômica e financeira de cada um deles.

Sob o ângulo da oportunidade, é inegável que a Administração Pública, em disputa de preço pela outorga da concessão busca, simultaneamente (i) a angariação de receita, que pode ser utilizada na forma da Lei, em outros objetivos de interesse público; e (ii) preservar a relação de concessão dos riscos de tarifas com valor inexequível (valor que

não é suficiente para, de acordo com a engenharia financeira do projeto, arcar com os custos e encargos contratuais).

Noutros termos, está realizando uma opção administrativa por valores de tarifa escoimados de eventuais vícios decorrentes de disputa acirrada entre os proponentes, e, por uma oportunidade efetiva de arrecadação de dinheiro.

III.b.3 Considerações sobre a premissa de que o critério de julgamento pela maior oferta de pagamento pela outorga da concessão tem relação direta com a qualidade dos licitantes

Ao menos em tese, é possível concluir que há uma relação direta e imediata entre o critério de julgamento pelo maior valor de pagamento pela outorga da concessão e a qualidade dos potenciais licitantes.

Explica-se: a necessidade de vultosos investimentos apenas para ter o direito de exploração dos serviços públicos – por intermédio de pagamento pela outorga – implica, em tese, repita-se, formação de um mercado concorrencial mais seleto, formado por proponentes dispostos e comprometidos com o investimento inicial, e com a amortização dele ao longo do prazo de vigência contratual, que será longo.

O propósito firme de recuperação do capital investido no pagamento pela outorga da concessão teria o condão de induzir a uma execução contratual mais cuidadosa, precisa e correta, de modo a propiciar a recuperação do investimento e o legítimo retorno econômico projetado para a relação de concessão (incluída a lucratividade legítima).

Em que pese se poder considerar verdadeira esta premissa, é possível afirmar que este modelo de licitação não é a única forma de atrair proponentes efetivamente comprometidos com a execução do contrato e com a relação de concessão.

O maior fator de atratividade em projeto de concessão de serviços públicos, o que parece óbvio, é a sua potencialidade de retorno econômico e financeiro para o concessionário, em especial, a parcela relativa à lucratividade.

Uma ótima estruturação econômico-financeira da relação da concessão, a correta distribuição dos riscos contratuais – em matriz de riscos suficiente e adequada -, a justa definição dos encargos do concessionário; previsão de garantias efetivas de execução contratual, previsão de rigoroso regime sancionatório e de dosimetria de sanções para o caso de inadimplemento, bem como fixação de rigorosos requisitos de habilitação na licitação, são alguns dos fatores que podem levar á formação de um universo de proponentes comprometidos com a execução da concessão.

Outro fator relevantíssimo para assegurar a atratividade dos projetos de concessão é garantir a segurança jurídica no que tange à relação originalmente pactuada. Vale dizer, estabelecer mecanismos jurídicos que garantam ao concessionário que a relação de concessão não será submetida, especialmente, ao risco político.

Com isto se quer dizer que a utilização do critério de julgamento pela maior oferta de pagamento pela outorga é um dos meios, porém não o único, de formação de universo de competidores aptos a propostas concretas, sérias e efetivas – bem como, comprometidos com a adequada execução do contrato de concessão e com a prestação dos serviços adequados.

III.b.4 Considerações acerca da destinação do valor pago pela outorga da concessão

Não há uniformidade em doutrina acerca da possibilidade jurídica de utilização dos recursos oriundos do pagamento pela outorga da concessão na própria relação de concessão – utilização dos recursos do pagamento da outorga, por exemplo, para custear obras previstas para serem realizadas pelo concessionário.

No material divulgado pela ANTT, em relação ao critério de julgamento das licitações, há uma disposição no sentido de que "não há interferência da outorga upfront no fluxo de caixa projetado. Certame é separado da concessão, preservando capacidade financeira contra desvios em relação às projeções iniciais".[2]

Tal disposição pode levar a uma interpretação inicial no sentido de que não seria possível a utilização dos recursos de pagamento da outorga na própria execução dos contratos de concessão, pois já estaria definido o fluxo de caixa projetado.

De qualquer sorte, o que parece relevante ressaltar, é que não há impedimento legal para a utilização dos recursos do pagamento da outorga na execução do próprio contrato de concessão.

Os recursos arrecadados com o pagamento da outorga, como antes dito, ingressam nos cofres públicos como receita, e podem ser utilizados como despesa autorizada na forma da lei de orçamento anual – a critério discricionário, por parte da Administração Pública.

O fundamental é que, ao ingressar tal receita na estrutura econômico-financeira da relação de concessão, deverá ser revista a equação econômico financeira dela, com a realização dos ajustes necessários. Embora possa parecer complexa esta reformulação, é tecnicamente possível, e de fato, pode gerar benefícios para os usuários e para a prestação dos serviços.

IV. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MODICIDADE DAS TARIFAS

A prestação de serviços públicos é uma das mais relevantes funções estatais. Há previsão expressa no art. 175 da Constituição Federal de que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[2] file:///C:/Users/User/Documents/Paranaeses%2013012021%20completa%20(4).pdf, pg. 36.

Depreende-se do texto constitucional que os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado (por seus próprios meios) ou, mediante transferência da titularidade da prestação para terceiros, principalmente por intermédio dos institutos da concessão, da permissão ou da autorização de serviços públicos.

Trata-se de dever jurídico inafastável este dever de prestar serviços públicos. Defende-se, inclusive, a partir do texto constitucional, a existência de um princípio implícito, o princípio do "dever da prestação de serviços públicos": como os serviços públicos não são atividade econômica livre para a iniciativa privada, ou seja, as empresas privadas não podem livremente explorar esta espécie de atividade econômica – dependerão sempre, para tal, de uma concessão, de uma permissão ou de uma autorização estatal -; e, como, a priori, serviços públicos são atividades econômicas sem as quais a sociedade não pode ficar, deduz-se este dever de prestação, direta ou indireta, pelo Estado.

Agregue-se a este raciocínio, o princípio da continuidade dos serviços públicos, por força do qual os serviços públicos sequer podem sofre paralisação ou solução de continuidade.

Os serviços públicos são atividade econômica, elevada a esta categoria por disposição legal ou constitucional, que para serem prestados demandam a realização de despesas de custeio.

O custeio da prestação dos serviços públicos pode se dar basicamente por duas formas: (i) por intermédio do sistema tributário ("todo mundo paga"); ou (ii) por intermédio do sistema tarifário ("paga quem usa" – tarifa de pedágio, tarifa de transporte coletivo, etc).

O custeio dos serviços públicos pelo sistema de tarifas tem um componente inegável de justiça distributiva, na medida em que somente os usuários dele arcam com o seu custo.

Este modelo de custeio é legítimo, adequado e por vezes desejável, e, sob certo aspecto, muito mais justo do que aquele produzido pelo sistema tributário (pelo qual, se invertem recursos arrecadados com a cobrança universal de impostos, taxas ou contribuições para o custeio de serviços públicos, que nem sempre serão fruídos de modo também universal – ou seja, todos os contribuintes arcam com o custo deles, mas nem todos usufruem deles).

Conquanto seja legítima a opção administrativa pelo custeio dos serviços públicos por intermédio do sistema de tarifas, é fundamental ter em conta que a configuração do modelo tarifário de determinada relação jurídica voltada à concessão do serviço público deve atender a todos os princípios e regras legais e constitucionais.

Uma das regras-princípio que deve ser observado é o da modicidade da tarifa.

Princípio, porque implicitamente dedutível da Constituição Federal – capacidade contributiva – e regra porque prevista expressamente no art. 6º da Lei nº 8987/95:

> Art. 6o Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> § 1o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Assim, se, certo que é legítima a prestação de determinado serviço público com o custeio sustentado pela cobrança de tarifas dos usuários, também certo que o valor da tarifa deverá, nos termos da Lei, ser módico.

Aqui reside a grande dificuldade: o que de fato significa “modicidade de tarifa”? Pode-se estabelecer uma certa similaridade entre o princípio da modicidade das tarifas, com o princípio-regra da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º da Constituição Federal:

> Art. 145
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A fixação do valor da tarifa, nos termos do princípio-regra da modicidade das tarifas, deve levar em conta a capacidade econômica dos usuários e os seus impactos na cadeia produtiva e nos sistemas de atividades econômicas.

Reconheça-se: não se trata de atribuição destituída de complexidade, ao reverso, a de identificar o valor limite para a tarifa, acima do qual estará violado o princípio-regra da modicidade.

Mas, com efeito, compete ao Poder Concedente, titular do serviço público, demonstrar, por intermédio da devida e necessária motivação de natureza técnica e econômico-financeira que o valor da tarifa que será cobrada dos usuários:

(i) é o menor possível, avaliadas e consideradas todas as alternativas administrativa e juridicamente possíveis (à guisa de exemplo, a instituição de uma modelo de concessão patrocinada – parceria público privada – na qual há contraprestação pecuniária do Poder Concedente ao concessionário, com o objetivo de reduzir o valor das tarifas, é uma das alternativas ao modelo de concessão comum);

(ii) foi fixado somente após substanciais, efetivos, concretos e reais estudos técnicos e econômico-financeiros que comprovem que é o menor possível de ser praticado;

(iii) foi fixado somente após estudo rigoroso acerca dos impactos do valor em relação à capacidade de pagamento dos usuários em geral, e dos impactos do valor no conjunto da atividade econômica, em especial.

Tomado em conta o dever jurídico da prestação de um serviço público, bem como a concreta e inafastável necessidade de seu custeio, tarifa módica pode ser entendida como (i) a de menor valor possível em face do conjunto de encargos e obrigações que são ou serão assumidos pelo concessionário; (ii) aquela que se justifica em contraste com todas as outras alternativas administrativas para o custeio da prestação dos serviço público; e (iii) aquela que pode ser cobrada dos usuários (pessoas físicas e os integrantes da cadeia produtiva nacional) sem sacrifício injustificável e insuportável de sua integridade financeira e patrimonial.

Cabe ao Poder Concedente demonstrar que qualquer valor de tarifa pretendido atende ao requisito legal e constitucional da modicidade.

V. CONSIDERAÇÕES REFERENTES À RELAÇÃO ENTRE A LOCALIZAÇÃO DOS PONTOS DE COBRANÇA DE TARIFA DE PEDÁGIO (“PRAÇAS DE PEDÁGIO”) E OS PRINCÍPIOS DA MODICIDADE DAS TARIFAS, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O sistema jurídico-constitucional brasileiro é informado por diversos princípios, dentre eles, o antes referido princípio da modicidade das tarifas, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

Uma das decisões administrativas de relevância no que tange aos aspectos econômicos e financeiros da relação de concessão, é a localização das denominadas “praças de pedágio”, ou pontos de cobrança das tarifas.

A depender de sua localização, estes pontos de cobrança podem gerar ônus financeiro excessivo, e mesmo desproporcional, para determinados grupos ou categorias de usuários (registre-se, à guisa de exemplo, o caso dos denominados “Municípios dormitório”; ou o caso de Municípios que guardem intensa atividade econômica recíproca em razão da proximidade um do outro).

Este aspecto deve ser objeto de avaliação quando da definição acerca da localização destes pontos de cobrança, de modo a evitar a violação, por reflexo – casos em que o valor da tarifa não é nominalmente elevado, mas a necessidade de uso diário da rodovia torna o preço público insuportável para determinados usuários -, do princípio da modicidade das tarifas, da isonomia entre os usuários de rodovias, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta feita, a localização das “praças de pedágio” deve atender a tais referidos princípios, e fundada em estudos técnicos, econômicos e financeiros adequados e consistentes, que serão o fundamento de fato da decisão.

VI. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DE ENCARGOS DE NATUREZA AMBIENTAL PARA OS CONCESSIONÁRIOS

As contratações públicas tem uma função social. O art. 3º da Lei nº 8666/93 estabelece que uma das finalidades de qualquer licitação é também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

É um dever jurídico da Administração Pública estabelecer requisitos de sustentabilidade em suas contratações, inclusive aquelas destinadas à concessão de serviços públicos.

Acerca de contratações públicas sustentáveis, algumas considerações já realizadas antes, que, “mutatis mutandi”, tem aplicação nesta hipótese em exame:

> Uma outra definição importante na formação do contrato administrativo é respeitante à incorporação de requisitos de sustentabilidade ambiental na formatação da contratação. Contratação pública sustentável é aquela que leva em conta e incorpora elementos, aspectos e requisitos de sustentabilidade (ambiental e social) em todas as fases do processo de contratação, desde as definições da fase interna, passando pela fase de execução contratual, até o recebimento definitivo do objeto, tudo de acordo com normas fixadas no edital da licitação e no contrato administrativo.
>
> A incorporação de elementos, condições e requisitos de sustentabilidade nas regras da disputa licitatória pressupõe a superação de um paradigma tradicionalmente incutido e preservado no âmbito das licitações: o de que as exigências de qualidade ou de capacidade do licitante não podem exceder o estritamente necessário em relação ao específico objeto da licitação. Durante muito tempo, interpretou-se literalmente a lei de licitações no sentido de que qualquer exigência que fosse irrelevante ou impertinente para o específico objeto do contrato seria ilegal. Desta feita, à guisa de exemplo, se considerado tão somente o específico objeto do contrato, não haveria justificativa legal para a aquisição de papel reciclado, pois para o específico objetivo de registrar por impressão textos e documentos o fato de ser o papel reciclado seria irrelevante – reciclado ou não, a finalidade específica do uso do papel seria atingida igualmente.
>
> A incorporação de requisitos e elementos de sustentabilidade na descrição do objeto transcende tal lógica exatamente porque parte da premissa de que uma contratação pública busca também a obtenção de outros valores constitucionais, além da economicidade – a melhor qualidade pelo menor preço.
>
> Aliás, esta é a fórmula da eficiência privada, a que conjuga melhor qualidade e menor preço. Eficiência administrativa é uma noção mais ampla, que conjuga e agrega outros valores além de qualidade e preço. A eficiência administrativa da contratação pressupõe a melhor qualidade, pelo melhor preço, desde que cumpridos os valores e princípios constitucionais que são designados ao Estado. Daí que a melhor contratação não será necessariamente a de menor preço e de maior qualidade, mas aquela que, além destes elementos, incorpore os valores constitucionais obrigatórios para a Administração Pública. Dentre tais valores constitucionais de persecução obrigatória por parte do Estado, como dito, está a preservação e a conservação do meio ambiente. Assim, por interpretação sistemática, é inegável que para a persecução e obtenção deste objetivo constitucional a Administração Pública deverá se valer de todo e qualquer instrumento de gestão legítimo.

> Nesse contexto constitucional, que impõe ao Estado deveres em relação ao meio ambiente, a noção de sustentabilidade e a noção de desenvolvimento sustentável, fruto de intensa e profunda reflexão estabelecida em caráter mundial, com o propósito de contribuir para com a criação de meios de manter a vida humana digna na Terra, devem obrigatoriamente permear as condutas e políticas públicas.
> Assim, o administrador público, no exercício da função administrativa, tem o dever de incorporar técnicas, recursos, meios e elementos capazes de conformar a conduta pública à noção de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável.
> As contratações públicas sustentáveis constituem, portanto, uma das vertentes de gestão ambiental, uma das condutas públicas necessárias para incentivar o desenvolvimento sustentável.[3]

Nos termos do Decreto Federal nº 7746/12, são considerados critérios e práticas sustentáveis, dentre outros, que podem ser adotadas em relação à licitação em exame, para a definição de encargos de natureza ambiental:

> Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º , são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras:
> I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
> II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
> III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
> IV - maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
> V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
> VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
> VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e
> VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

[3] SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos Administrativos – Formação e controle interno da execução. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015, p. 67.

A principal disposição de sustentabilidade ambiental prevista na minuta do contrato de concessão (subitem 8.1.1, (i)) é a seguinte:

> (i) a Concessionária também deverá implantar, no prazo máximo de 2 (dois) anos contados da Data da Assunção, Sistemas de Gestão da Qualidade e de Gestão Ambiental para todas as obras e serviços necessários ao cumprimento do objeto do Contrato, com base na série de normas NBR ISO 9.000 e 14.000 da ABNT e suas respectivas atualizações.

Esta referência expressa à norma NBR 14.000 (que versa sobre gestão ambiental) e suas séries poderia ser aprimorada mediante fixação de requisitos de sustentabilidade e de encargos ambientais específicos para os concessionários[4].

A mera referência à NBR 14.000, e ao dever genérico de implantação de sistema de gestão ambiental para todas as obras e serviços necessários ao cumprimento do objeto do contrato pode gerar incerteza jurídica acerca de quais requisitos ou providências de sustentabilidade ambiental deverão ser efetivamente adotados ou cumpridos pelos concessionários.

Desejável seria a definição dos principais requisitos de sustentabilidade ambiental que deverão ser cumpridos pelos concessionários de modo a aprimorar a relação de concessão e cumprir com eficiência e eficácia aos comandos contidos no art. 170, VI e art. 225 da Constituição Federal:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações

[4] Juridicamente exigíveis.

VI. CONCLUSÕES

Pelo exposto, conclui-se que:

1. Compete ao Poder Concedente, no exercício de sua prerrogativa discricionária, a escolha do critério de julgamento de uma licitação para a concessão de serviços públicos;

2. Esta decisão discricionária é vinculada às regras e princípios legais e constitucionais;

3. A escolha do critério de julgamento deve ser substancial e suficientemente motivada no processo administrativo da licitação, demonstrando que é, em comparação com as demais, a que melhor atende o interesse público;

4. A licitação pelo critério isolado pelo menor valor de tarifa pode implicar o risco de tarifa inexequível, contudo, há mecanismos técnico-jurídicos que podem afastar ou reduzir consideravelmente este risco;

5. À prima facie, um critério de julgamento de licitação envolvendo o maior valor de pagamento pela outorga da concessão tem a potencialidade de formar universo de fornecedores mais qualificado – sob o ponto de vista econômico-financeiro –, com potencialidade de redução dos riscos de inexecução contratual futura;

6. O critério de julgamento de licitação envolvendo o maior valor de pagamento pela outorga da concessão, contudo, não é o único meio para a formação de um universo de proponentes qualificado sob o aspecto econômico-financeiro;

7. O sistema jurídico brasileiro oferece mecanismos concretos e efetivos para afastar os riscos de inexecução contratual, mesmo quando da utilização do critério isolado de julgamento pelo menor valor de tarifa;

8. O critério de julgamento eleito deve ser aquele que, considerados todos os elementos de natureza técnica, econômica e financeira fundantes da relação de concessão, atenda o princípio da modicidade das tarifas;

9. A localização dos pontos de cobrança de tarifa deve respeitar os princípios da modicidade das tarifas (passível de sofrer violação de modo indireto ou reflexo), da razoabilidade, e da proporcionalidade; e definida com lastro em critérios técnicos, econômicos e financeiros devidamente demonstrados no processo administrativo;

10. É fundamental que os contratos de concessão contenham encargos e obrigações de natureza ambiental, de modo a conferir eficácia ao disposto nos art. 170, VI, e art. 225 da Constituição Federal;

11. A obrigação contida no item 8.1.1, (i) da minuta do contrato é necessária, mas não suficiente para definir encargos de natureza ambiental que possam ter o cumprimento exigido pela Administração Pública.

12. Não há vedação legal para que os recursos advindos do pagamento pela outorga da concessão sejam invertidos ou aplicados, integral ou parcialmente, na própria execução dos contratos. Neste caso, contudo, é preciso realizar a revisão da estrutura econômico-financeira da relação de concessão, com os ajustes necessários, inclusive no que tange ao fluxo de caixa projetado.

Curitiba, 21 de fevereiro de 2021.

É o parecer.

JOSE ANACLETO ABDUCH SANTOS

Assinado de forma digital por JOSE ANACLETO ABDUCH SANTOS
Dados: 2021.02.23 08:10:04 -03'00'

José Anacleto Abduch Santos
OAB nº 16.177