

CADERNO JURÍDICO Nº 001/2013 – CPPP/SEPL

Processo Administrativo nº 11.945.194-9

O presente **CADERNO JURÍDICO** tem por escopo a análise de pontos relevantes das Minutas de **EDITAL** e **CONTRATO** e seus **ANEXOS**, as quais tem por objeto a realização de **LICITAÇÃO**, na modalidade **CONCORRÊNCIA** nº [●]/2014, com o intuito de buscar a proposta mais vantajosa para a celebração de **PARCERIA PÚBLICO PRIVADA**, na modalidade **CONCESSÃO PATROCINADA** para a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**.

I. Atendimento das formalidades legais

No que tange ao atendimento das formalidades legais, o procedimento constante no protocolado em epígrafe se deu em conformidade com o previsto na legislação aplicável.

O Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI teve início por meio do Processo Administrativo nº **11.945.194-9**, no qual empresa **ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A.** solicitou autorização ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado do Paraná para realizar estudos de viabilidade técnica, jurídica, econômica e financeira para a “duplicação da PR-323 e Rodovias adjacentes”.

A solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse provocada pela empresa **ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A.** foi aprovada, por unanimidade de votos, na 6ª Reunião do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas, realizada no dia 18 de abril de 2013 (fl. 34). A autorização foi concedida por meio da Resolução nº 01/2013, publicada no D.I.O.E. e em jornal de grande circulação no dia 23 de abril de 2013 (fls. 36 a 40).

De acordo com o contido no artigo 4º, § 3º do Decreto Estadual nº 6.823, de 21 de dezembro de 2012, bem como no artigo 11 do Decreto

Estadual nº 5.272, de 16 de julho de 2012, foi constituído um Grupo Técnico Setorial da Secretaria de Infraestrutura e Logística – GTS/SEIL para atuar, acompanhar e orientar a elaboração dos estudos de viabilidade referentes à **EXPLORAÇÃO do CORREDOR DA PR-323** (fl. 42).

O Plano de Trabalho apresentado pela empresa **ODEBRECHT TRANSPORT E PARTICIPAÇÕES S.A.** (fls. 43 a 52) foi devidamente analisado e aprovado, com algumas recomendações, por meio de Parecer Conjunto emitido pela Coordenação de Parcerias Público-Privadas – CPP/SEPL e do Grupo Técnico Setorial – GTS/SEIL (fls. 54 a 72).

Para a elaboração dos estudos, foram realizadas diversas reuniões entre a equipe técnica da **ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A.**, a Coordenação de Parcerias Público-Privadas – CPP/SEPL e o Grupo Técnico Setorial – GTS/SEIL, consoante as Atas de Reuniões de folhas 83 a 107.

Os estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e jurídica foram entregues no dia 11 de outubro de 2013 (fl. 109), estando acostados aos autos em epígrafe na folha de nº 110.

A Coordenação de Parcerias Público-Privadas – CPP/SEPL, em conjunto com o Grupo Técnico Setorial – GTS/SEIL adequou as Minutas de **EDITAL** e **CONTRATO** apresentadas pela empresa **ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A.** às ponderações realizadas no decorrer dos estudos, bem como às necessidades do Estado do Paraná no que tange à **EXPLORAÇÃO do CORREDOR DA PR-323**.

As Minutas de **EDITAL** e **CONTRATO** reelaboradas pela CPPP/SEPL e o GTS/SEIL, bem como seus **ANEXOS** foram objeto de Consulta Pública, no período entre os dias 18/11/2012 e 18/12/2012 (fls. 497 a 499), nos termos do artigo 12, inciso VI, da Lei Estadual nº 17.046/2012.

Também foram realizadas 02 (duas) Audiências Públicas, ambas no dia 05/12/2013, sendo a primeira na cidade de Umuarama e a segunda na cidade de Cianorte.

Tanto a Consulta Pública como as Audiências Públicas foram

devidamente divulgadas no **D.I.O.E.** (fl. 500 a 501) como em jornal de grande circulação (fl. 502).

As sugestões e questionamentos efetuados (I) durante a Audiência Pública realizada no Município de Umuarama (fls. 509 a 513); (II) durante a Audiência Pública realizada no Município de Cianorte (fls. 514 a 521); e (III) no decorrer da Consulta Pública (fls. 522 a 567), foram respondidas e acostadas ao processo nos documentos de folhas 568 a 595. Também foram disponibilizadas no site www.sepl.pr.gov.br, no banner Consulta Pública.

Com relação à viabilidade técnica, os estudos passaram por fase de convalidação do Grupo Técnico Setorial – GTS/SEIL, conforme Parecer Técnico de folhas nº 596 a 736.

No que tange às áreas econômica e financeira, a Coordenação de Parcerias Público-Privadas – CPP/SEPL emitiu Parecer de fls. 737 a 782, demonstrando a viabilidade de celebração de contrato de Parceria Público-Privada objetivando à **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**.

Em decorrência dos questionamentos e sugestões apresentados na fase de Consulta Pública, bem como diante dos Pareceres Técnicos, foram realizados alguns aperfeiçoamentos na Minuta de **CONTRATO**. Já no que tange a Minuta de **EDITAL** esta não sofreu alteração, salvo para especificar melhor o valor da **LICITAÇÃO**.

As alterações à Minuta do **CONTRATO** disponibilizado durante o prazo de Consulta Pública serão mencionadas no decorrer desta Análise. Conquanto, ressalta-se que em nenhum momento houve alterações significativas no tocante ao escopo das Minutas disponibilizadas à Consulta Pública.

Por derradeiro, informa-se que, quando ambas as Minutas sob análise apresentarem disposições idênticas serão objeto de esclarecimento junto com a Análise da Minuta de Edital.

II. Análise da Minuta de Edital

O **EDITAL** está dividido em 05 (cinco) partes, quais sejam:

- Preâmbulo
- Capítulo I – Disposições Preliminares
- Capítulo II – Regulamento da Licitação
- Capítulo III – Regras de Procedimento da Licitação
- Capítulo IV – Condições Gerais de Contratação

No **Preâmbulo**, o **EDITAL** prevê **LICITAÇÃO**, a ser realizada pelo Estado do Paraná, por intermédio do **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER/PR**, na modalidade **CONCORRÊNCIA**, do tipo menor valor de **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA** a ser paga pela Administração Pública, com o intuito de selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração de **CONTRATO** de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**, na modalidade **CONCESSÃO PATROCINADA** destinada à **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**.

1. DO INSTITUTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

As **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS** foram instituídas, como modalidade de contrato administrativo, pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Referida Lei dispõe sobre “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública”. Já no Estado do Paraná, a Lei Estadual nº 17.046, de 12 de janeiro de 2012 cria o Programa de Parcerias Público-Privadas do Paraná – **PARANÁ PARCERIAS**, bem como estatui normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas - PPPs no âmbito estadual. Por sua vez, o Decreto Estadual nº 5.272, de 16 de julho de 2012 regulamenta a Lei Estadual de PPPs.

O artigo 2º da Lei Estadual nº 17.046/2012 define **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA** como “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

No que tange ao Projeto em análise, cumpre esclarecer que os

estudos demonstraram a necessidade da realização de investimentos em serviços de Infraestrutura Rodoviária por meio do regime da **CONCESSÃO**, onde a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323** será custeada a partir da cobrança de **TARIFAS DE PEDÁGIO** dos **USUÁRIOS**, cuja receita contribuirá para a amortização dos investimentos realizados ao longo do prazo de Concessão da Rodovia.

Todavia, no decorrer dos estudos vislumbrou-se que o Projeto demonstrou a incapacidade de se estruturar economicamente somente a partir de uma receita tarifária “socialmente adequada” a ser cobrada dos **USUÁRIOS**, como ocorre em uma concessão comum disciplinada pela Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, bem como pela Lei Complementar Estadual nº 76, de 21 de dezembro de 1995.

Destarte, considerando-se que as receitas auferidas ao longo do ciclo de vida do Projeto não seriam suficientes para cobrir os custos de operação e os investimentos necessários para a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**, recorreu-se ao instituto das **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**, com o intuito de incrementar a colaboração da iniciativa privada na implantação e gestão da Rodovia, sendo o aporte de recursos suportado pelo parceiro privado e financiado, parcialmente, pelo Poder Público.

Ademais, o **CONTRATO** de **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS** prevê uma série de mecanismos com o intuito de reduzir os custos do Projeto e, ao mesmo tempo, buscar a eficiência e qualidade dos **SERVIÇOS**, como a alocação objetiva de riscos entre as **PARTES**; remuneração do parceiro privado pautada em parâmetros de desempenho; garantias públicas e privadas ao Projeto; sustentabilidade financeira, bem como vantagens socioeconômicas do Projeto.

2. DA CONCESSÃO PATROCINADA

A **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA** para **EXPLORAÇÃO DO CORREDOR DA PR-323** será realizada na modalidade de **CONCESSÃO**

PATROCINADA.

O § 1º do artigo 2º da Lei Estadual nº 17.046/2012 define **CONCESSÃO PATROCINADA** como “*concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*”.

Mormente no que tange a definição de **CONCESSÃO PATROCINADA**, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ ensina que

é possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou o parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Ora, não se pode olvidar que a **LICITAÇÃO** em análise encaixa-se no conceito legal de **CONCESSÃO PATROCINADA**, ao estabelecer (I) a concessão da **EXPLORAÇÃO DO CORREDOR DA PR-323**; (II) a cobrança de tarifas dos **USUÁRIOS** da Rodovia; e (III) o pagamento de Contraprestação Adicional à Tarifa pelo **PODER CONCEDENTE**.

Assim, como demonstrado no estudo de viabilidade econômico-financeira, a execução do Projeto depende da pluralidade de subsídios, efetivando-se por meio de **CONCESSÃO PATROCINADA**, tendo em vista que o *Value for Money* constatou a inviabilidade da **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323** por meio de obra pública, consoante o procedimento da Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007, bem como de concessão comum, amparada na Lei Complementar Estadual nº 76/1985, uma vez que a Tarifa, nesta modalidade, seria excessivamente alta. Destarte, a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323** será custeada pela **TARIFA DE PEDÁGIO** a ser paga pelos **USUÁRIOS** e complementada pela **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA** a ser paga pelo **PODER CONCEDENTE**.

Portanto, a viabilidade financeira do Projeto depende de subsídios públicos adicionados à **TARIFA DE PEDÁGIO**, o que se dará por meio da

CONCESSÃO PATROCINADA.

3. DA CONCORRÊNCIA

O **EDITAL** prevê, também, que a **LICITAÇÃO** para **EXPLORAÇÃO DO CORREDOR DA PR-323** será realizada na modalidade **CONCORRÊNCIA**, conforme determina o artigo 12, *caput*, da Lei Estadual nº 17.046/2012.

4. DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO

Como critério de julgamento, os estudos realizados indicaram o menor valor mensal da **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL A TARIFA**, conforme previsto no artigo 14, inciso II, alínea “a”, da Lei estadual nº 17.046/2012 (fl. 11).

Conforme justificado nos estudos de viabilidade entregues, “*A opção pelo critério exclusivamente econômico de seleção justifica-se não apenas na experiência acumulada com licitações para concessões rodoviárias no Brasil, mas também na desnecessidade de avaliações qualitativas de propostas técnicas sofisticadas, contentando-se o interesse administrativo com a aferição de requisitos técnicos mínimos e de qualificação técnica mínima a ser demonstrada pelos candidatos ao Contrato de PPP (aferição que se processa na fase de habilitação técnica)*”.

Conquanto, trata-se de decisão discricionária, a qual compete ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas deliberar acerca da questão.

5. DO PODER CONCEDENTE

Tanto o artigo 175 da Constituição Federal quanto o artigo 146 da Constituição do Estado do Paraná autorizam que a prestação de serviços públicos seja delegada a terceiro, por meio de concessão ou permissão. No entanto, a delegação deve ser feita por aquele que detém a titularidade da prestação do serviço.

A perfeita identificação da pessoa jurídica competente para delegar serviço público se mostra imprescindível para a segurança jurídica que se busca no **CONTRATO** de **CONCESSÃO PATROCINADA** em apreço, na medida em que, nos dizeres de Caio Tácito², “a primeira condição de legalidade é a competência do agente”.

Neste contexto, precípuo ressaltar que, tratando-se de construção, manutenção e ampliação das estradas o **PODER CONCEDENTE** é o próprio Poder Público. Assim, no que tange a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**, é o Estado do Paraná. A possibilidade de concessão deste serviço a terceiro está prevista no artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 76/1995.

Apesar de a titularidade do serviço ser sempre da Pessoa Jurídica de direito público interno, esta pode criar, por meio de disposição legal, outra pessoa jurídica para a prestação desse serviço. No Estado do Paraná cabe ao **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER/PR**, entidade autárquica estadual, vinculada à Secretaria de Infraestrutura e Logística, criado por meio do Decreto-Lei nº 547, em 18 de dezembro de 1946, a competência para a execução de serviços de construção, reconstrução, melhoramento e pavimentação de estradas do plano rodoviário estadual.

Ademais, de acordo com o Regulamento DER/PR, aprovado pelo Decreto Estadual nº 2.458/2000 e alterado pelo Decreto Estadual nº 4.475/2005, o **DER/PR** é responsável pela execução do Programa Rodoviário no âmbito do Estado, cabendo-lhe programar, executar e controlar todos os serviços técnicos e administrativos concernentes a estudos, projetos, obras, conservação, operação e administração das estradas e obras de arte rodoviárias compreendidas no Plano Rodoviário Estadual, nos planos complementares e nos programas anuais especiais definidos pela Secretaria de Infraestrutura e Logística.

Consoante o disposto no artigo 2º, inciso X, do Decreto Estadual nº 2.458/200, compete, também, ao **DER/PR** “planejar e coordenar as atividades

do sistema de concessões e pedagiamento". Significa dizer que, quando o **DER/PR** não for o titular da prestação do serviço, lhe competirá a função de orquestrar as atividades de concessionários de serviços de Rodovias.

Corroborando com este entendimento, a Lei Complementar Estadual nº 153, de 10 de janeiro de 2013, em seu artigo 2º, autoriza o **DER/PR** a delegar os serviços de transporte público estadual.

Portanto, em conformidade com a legislação no âmbito do Estado do Paraná, o **DER/PR** é competente para representar o Estado nos Contratos de Concessões. Com efeito, o **DER/PR** é o titular nato da prestação do serviço (substituído somente nas hipóteses de concessão) e também é a entidade competente para planejar e coordenar o sistema de concessões e pedagiamento.

Aliás, essa representação já ocorreu na primeira rodada de Concessões de Rodovias. Naqueles contratos o Estado do Paraná figurava na condição de concedente, mas era representado contratualmente pelo **DER/PR**. A presença do Estado, na condição de anuente, garantiu a validade da representação.

6. DO OBJETO

Conforme o subitem **7.1** do **EDITAL**, a **LICITAÇÃO** tem por objeto a outorga de **CONCESSÃO PATROCINADA** para a **EXPLORAÇÃO DO CORREDOR DA PR-323**.

Já o subitem **7.1.1** descreve pormenorizadamente o **CORREDOR DA PR-323**, composto por 03 (três) segmentos de Rodovias Estaduais: a **PR-323**; a **PRC-487** e a **PRC-272**. Idêntica descrição consta do item **5.1.1** do **CONTRATO**.

O subitem **7.3** esclarece o significado de "**EXPLORAÇÃO**" para a presente **LICITAÇÃO**, consistindo na "duplicação, operação, manutenção, conservação e implantação de melhorias do **CORREDOR DA PR-323**", nos termos do **EDITAL** e seus **ANEXOS**.

No tocante ao objeto, infere-se que está em consonância com o disposto

na norma do artigo 5º, § 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 17.046/2012, o qual estabelece a possibilidade de ser objeto de parcerias público-privadas a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infraestrutura pública, preferencialmente voltada para a área de transportes públicos, notadamente rodovias.

Por sua vez o referido artigo 2º, § 4º, inciso III da Lei Estadual nº 17.046/2012 expressamente veda a celebração de **CONTRATO** de **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS** que “tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

Ora, a outorga de **CONCESSÃO PATROCINADA** tem por objeto a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**. Significa dizer que a execução da **OBRA** será um meio para almejar a execução da prestação de **SERVIÇOS** públicos de operação, conservação e operação dos segmentos Rodoviários, nos exatos termos da legislação aplicável.

Por derradeiro, ressalta-se que as competências exclusivas de servidores públicos, não submetidas à delegação por sua própria natureza, não serão transferidas ao parceiro-privado que se limitará a realizar atos materiais relativos a estes serviços.

Neste sentido, tanto o item **7.5.** do **EDITAL** quanto o item **5.13** do **CONTRATO** aludem que “*Não será objeto de delegação, por este **EDITAL**, a edição de ato jurídico com fundamento em poder de autoridade de natureza pública, nem a delegação de atribuição exclusiva do **PODER PÚBLICO**, nos termos da lei.*”

6.1. Da exploração da fração da BR-272

Um ponto que merece destaque diz respeito a possibilidade de **EXPLORAÇÃO** da fração da **BR-272**.

O subitem **7.1.2** do **EDITAL** menciona que “poderá” compor o objeto da

LICITAÇÃO a **EXPLORAÇÃO** da fração da **BR-272**, compreendida entre o Município de Guaíra e o Município de Francisco Alves, caso venha a fazer parte da **CONCESSÃO PATROCINADA**. Idêntica previsão consta da Minuta de **CONTRATO**, no item **5.1.2**.

Cumprе esclarecer que, no âmbito dos estudos de viabilidade realizados no decorrer do Procedimento de Manifestação de Interesse, identificou-se a conveniência na integração ao objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA** deste **TRECHO** da **BR-272**.

Ora, não se pode olvidar que o **TRECHO** acima mencionado, atualmente, faz parte de uma Rodovia Federal, de titularidade da União, razão pela qual não compõe o **CORREDOR DA PR-323**. Conquanto, a despeito de não constituir um bem titularizado pelo Estado do Paraná, a melhor formatação do Projeto recomenda a sua integração no objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**, sobretudo no que tange otimização logística do sistema rodoviário a ser delegado.

Ocorre que o Estado do Paraná, no atual momento, não dispõe do plexo de direitos que lhe permita conceder a gestão sobre o **TRECHO** federal. Por outro lado, o Programa de Concessão já deve ser iniciado a partir da plena condição do Estado do Paraná para a delegação à iniciativa privada sob o **CORREDOR DA PR-323**.

Diante deste quadro, surge uma questão relevante atinente à conveniência jurídica em se fazer prever, desde logo, no ato convocatório a possibilidade de extensão do **TRECHO** rodoviário concedido para abarcar futuramente a **BR-272**. Com isto, evita-se os riscos jurídicos futuros para a hipótese de modificação do objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA** sem a previsão editalícia para tanto.

Neste sentido, de acordo com o artigo 18, inciso VII, da Lei Federal nº 8.987/95 e o artigo 19, inciso VII da Lei Complementar Estadual nº 76, de 21 de dezembro de 1995, o **EDITAL** de **LICITAÇÃO** deverá conter:

“VII – os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço”.

Por sua vez, o artigo 23, inciso V da Lei Federal nº 8.987/95, bem como o artigo 24, inciso V, da Lei Complementar Estadual nº 76/1995, que trata das cláusulas essenciais do **CONTRATO** de **CONCESSÃO**, prescreve:

“V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e instalações.”

Significa dizer que, ordinariamente, o objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA** deve vir configurado exaustivamente, delineado e detalhado pelo **EDITAL** de **LICITAÇÃO** e, também, no **CONTRATO**. Assim, eventuais ajustes ou expansões futuras **que sejam previsíveis desde logo** impõe a necessidade de o instrumento convocatório veicular as condições para a futura modificação ou expansão do objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**.

Com efeito, atualmente o **TRECHO** da **BR-272**, compreendido entre o Município de Francisco Alves e Guaíra, muito embora seja uma extensão da **PR-323**, não está incluso no objeto da **LICITAÇÃO**.

Conquanto, de acordo com a previsão legal acima mencionada, é de bom alvitre incluir no **EDITAL** a possibilidade de o **TRECHO** em questão vir a fazer parte da **CONCESSÃO PATROCINADA**, desde que, evidentemente, se respeite a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do **CONTRATO**, conforme previsto no seu item **5.1.2.1**.

Neste sentido, Marçal Justen Filho³ ensina que:

(...) é imperioso que o ato convocatório já disponha, então, acerca de futuras alterações significativas sobre o objeto ou as condições do contrato, previsíveis de antemão. Trata-se de aperfeiçoamento, ampliação ou incremento nas condições de execução do objeto, relativamente às condições iniciais de seu desempenho. Vale dizer, o licitante é convidado a formular proposta para desempenhar o objeto em certas e determinadas condições. Mas, além disso, preveem-se desde logo alterações eventuais, que poderão (ou não) vir a ser impostas pela Administração. O particular assume, então, o dever de arcar com os efeitos dessas futuras modificações. Se o edital nada dispusesse acerca dessas expansões, seria questionável a possibilidade de sua implementação sem a realização de novo e distinto contrato (precedido de outra

licitação). Como o edital já anunciou a ocorrência de tais modificações, todos os potenciais interessados encontravam-se em condições de disputar, formulando a proposta mais vantajosa possível.

A jurisprudência pátria tem acolhido esse entendimento, apontando o risco de violação ao certame licitatório eventuais alterações supervenientes no objeto da concessão, que não estejam previstas inicialmente nos instrumentos convocatórios, ou que imponham modificação substancial no seu objeto.

Cita-se, a título de exemplo, caso analisado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que versou sobre a modificação de contrato de concessão de Rodovia Federal. Tratou-se do julgamento da Apelação Cível nº 2006.70.13.003009-4/PR, no âmbito de ação popular na qual se requereu a nulidade de termo aditivo em contrato de concessão. A modificação intentada teve por objeto a recomposição da equação econômico-financeira do contrato por meio da ampliação do objeto contratual, incorporando-se ao objeto da concessão a Rodovia Federal BR-153 e a Rodovia Estadual PR-092.

O Desembargador Relator do caso, Fernando Quadros da Silva, ao reexaminar a matéria, consignou que, sob o pretexto de desequilíbrio econômico-financeiro, foram acrescidos ao trecho concedido outros 51,6 Km da Rodovia Federal BR-153 e da Rodovia Estadual PR-092, sem que **referidos trechos tenham sido previamente licitados**.

Assim sendo, é recomendável que, para alterações que sejam previsíveis ao tempo da abertura da **LICITAÇÃO**, haja a sua previsão e definição, ainda que em termos gerais, com vistas a atender ao contido nos artigos 19, inciso VII, e artigo 24, inciso V, ambos da Lei Complementar Estadual nº 76/1995, minimizando-se o risco do reconhecimento da impossibilidade de modificação superveniente no objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA** por ausência de previsão acerca da hipótese.

Diante do exposto, vislumbrou-se a necessidade de inclusão da possibilidade de **EXPLORAÇÃO** do **TRECHO** entre o Município de Francisco Alves e o Município de Guaíra, uma vez que o **CONTRATO** prevê a Duplicação do **CORREDOR DA PR-323**, até o Município de Francisco Alves, quando, então,

passará a ser pista simples até o Município de Guaíra.

7. DO PRAZO DA CONCESSÃO PATROCINADA

Conforme subitem **8.1** do **EDITAL**, o prazo de vigência da **CONCESSÃO PATROCINADA** é de 30 (trinta) anos, contados a partir do recebimento, pela **CONCESSIONÁRIA**, da **ORDEM DE INÍCIO** emitida pelo **PODER CONCEDENTE**, podendo ser prorrogado até o limite legal previsto no artigo 16, inciso II, da Lei Estadual nº 17.046/2012.

O artigo acima citado alude que o prazo de vigência do **CONTRATO** de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**, compatível com a amortização de investimentos realizados, não poderá ser inferior a 05 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. Portanto, ao estabelecer um prazo de 30 (trinta) anos, fixou-se um prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados ao longo da **CONCESSÃO PATROCINADA**.

Por sua vez, a Minuta de **CONTRATO** estabelece idêntica previsão no seu item **7.2**. Mormente quanto ao início da contagem do prazo, cumpre esclarecer que a celebração de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA** pressupõe uma série de encargos preliminares, elencados no item 7.4 do **CONTRATO**, o qual, neste ponto, foi alterado para denominar este prazo de **ETAPA PRELIMINAR**. Também foi modificado o prazo de duração desta **ETAPA**, que passa a ser de até 06 (seis) meses, a partir da assinatura do **CONTRATO**, podendo ser prorrogado pelas **PARTES**.

Uma vez cumpridas todas as condições preliminares, previu-se um prazo máximo de até 10 (dez) dias úteis para o **PODER CONCEDENTE** emitir a **ORDEM DE INÍCIO** do **CONTRATO**, quando se iniciará a contagem do prazo de 30 (trinta) anos previsto para a **CONCESSÃO PATROCINADA**, quando, então, o **CONTRATO** passará a produzir os seus efeitos jurídicos para ambas as **PARTES**.

8. DO VALOR DA CONCESSÃO PATROCINADA

O valor estimado da **CONCESSÃO PATROCINADA** é de R\$ 7.736.102.000,00 (sete bilhões, setecentos e trinta e seis milhões e cento e dois mil reais), ultrapassando, assim, o limite mínimo imposto pelo artigo 2º, § 4º, da Lei Estadual nº 17.046/2012.

Nos termos do subitem **9.1** do **EDITAL**, “o valor estimado para esta **LICITAÇÃO** é de R\$ 7.736.102.000,00 (sete bilhões, setecentos e trinta e seis milhões e cento e dois mil reais), correspondente ao somatório dos valores do **APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** e da **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA**, acrescido da **RECEITA ESTIMADA DE TARIFA**, a serem recebidas pela **CONCESSIONÁRIA** ao longo do prazo estipulado para a **EXPLORAÇÃO do CORREDOR DA PR-323**”.

No **CONTRATO**, a previsão consta do item **6.1**.

8.1. Do Aporte de Recursos Públicos

Dentre às obrigações pecuniárias do **PODER CONCEDENTE** está previsto, tanto na Minuta de **EDITAL** como na de **CONTRATO**, o **APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** a ser pago em favor do parceiro privado nos 05 (cinco) primeiros anos do período de **OBRAS** do **CORREDOR DA PR-323**, relativas aos **TRECHOS 1, 2, 3 e 4** e será pago de acordo com o disposto no **ANEXO I – CRONOGRAMA DE RECEBIMENTO DO APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** do **CONTRATO**.

O **APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** foi instituído pela Lei Federal nº 12.766/2012, que alterou o artigo 6º, § 2º da Lei Federal nº 11.079/2004, passando a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012”.

Cumprе esclarecer que a Lei Federal nº 11.079/2004 institui normas

gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Portanto, passível de aplicação no âmbito do Estado, uma vez autorizados nos instrumentos convocatórios e desde que utilizados para a realização de **OBRAS** ou aquisição de **BENS REVERSÍVEIS**, como estabelecido no **ANEXO I – CRONOGRAMA DE RECEBIMENTO DO APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** da Minuta de **CONTRATO**.

Consoante previsão do **EDITAL**,

9.1.1. O APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS corresponderá (I) no primeiro ano, a 100% (cem por cento) da **PROPOSTA ECONÔMICA**; (II) no segundo ano, a 88% (oitenta e oito por cento) da **PROPOSTA ECONÔMICA**; (III) no terceiro ano, a 69% (sessenta e nove por cento) da **PROPOSTA ECONÔMICA**; (IV) no quarto ano, a 44% (quarenta e quatro por cento) da **PROPOSTA ECONÔMICA**; e, (V) no quinto ano, a 8% (oito por cento) da **PROPOSTA ECONÔMICA**; e será pago pelo **PODER CONCEDENTE** em favor da **CONCESSIONÁRIA** nos primeiros 05 (cinco) anos do período de **OBRAS** do **CORREDOR DA PR-323**, nos termos do **ANEXO VII – MINUTA DO CONTRATO**.

Vislumbra-se, portanto, que o **APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS** serão disponibilizados de acordo com o Cronograma de **OBRAS**, sendo proporcional as etapas efetivamente executadas, consoante estabelece o § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 11.079/2004.

8.2. Da Contraprestação Adicional à Tarifa

Tanto a Minuta de **EDITAL** quanto a do **CONTRATO** prevê o pagamento, pelo **PODER CONCEDENTE**, à **CONCESSIONÁRIA**, de **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA**, a ser efetuada no período de prestação dos **SERVIÇOS**, conforme estatui o artigo 18 da Lei Estadual nº 17.046/2012.

De acordo com o parágrafo único do artigo 17 da Lei Estadual nº 17.046/2012, está previsto nos instrumentos convocatórios que o pagamento ao parceiro privado da **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA** está vinculada a metas e padrões de desempenho estabelecidas no **ANEXO H – QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO** do **CONTRATO**.

Já o item **25.4.1** do **CONTRATO** estabelece que a **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA** será 50% (cinquenta por cento)

FIXA e 50 % (cinquenta por cento) **VARIÁVEL**, cujo pagamento condiciona-se aos parâmetros de desempenho constantes do **QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO**.

Nos dizeres de Fernando Vernalha Guimarães⁴, “a introdução do modelo de PPPs importa a revalorização do risco de qualidade (e de disponibilidade) na configuração da remuneração do concessionário, com vistas à otimização da eficiência na execução do contrato”.

Assim, no que tange ao pagamento da **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL DA TARIFA VARIÁVEL**, o **ANEXO H – QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO** da Minuta de **CONTRATO** elencou pormenorizadamente os parâmetros de desempenho a serem seguidos pela **CONCESSIONÁRIA**, os quais serão aferidos pelo **VERIFICADOR INDEPENDENTE**, a ser contratado, por meio de licitação, pelo **PODER CONCEDENTE**, conforme Cláusula **24** da Minuta de **CONTRATO**.

8.3. Das Tarifas de Pedágio

No que tange às **TARIFAS DE PEDÁGIO** os instrumentos convocatórios estabelecem que estas serão cobradas, para cada um dos 04 (quatro) **TRECHOS** do **CORREDOR DA PR-323**, na fase de prestação dos **SERVIÇOS**, ou seja, após a conclusão das **OBRAS**.

Assim, o **USUÁRIO** somente começará a pagar a tarifa quando efetivamente estiver usufruindo do **TRECHO** da Rodovia duplicada, conforme indica o Cronograma Referencial Básico previsto no **ANEXO K – PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA - PER**.

9. DA LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE CONSORCIADOS

O Capítulo II trata das Regras Aplicáveis a **LICITAÇÃO**, disciplinando

em seu item **11** as condições gerais de participação, as quais não necessitam de análise por serem inerentes aos certames licitatórios em geral, exceto no que tange ao subitem **11.5.7** o qual limita a participação de **CONSÓRCIO** com mais de 04 (quatro) integrantes.

O artigo 33, *caput* da Lei Federal nº. 8.666/93 concede à Administração Pública a competência discricionária para decidir sobre a possibilidade ou não de participação de empresas em consórcios “*requerendo-se, porém, que sua vedação seja sempre justificada*” (TCU, Acórdão nº 1.678/2006. Rel. Min. Augusto Nardes).

Destaca-se que a legislação não veda a possibilidade de os instrumentos convocatórios delimitarem o número máximo de participação em regime de **CONSÓRCIOS**. Ora, a legislação pátria sequer proíbe que o certame licitatório vede a participação de empresas reunidas em **CONSÓRCIO**. Assim, recorrendo-se a velha máxima: *quem pode o mais pode o menos*.

Neste sentido, tem decidido o Tribunal de Contas da União:

A respeito da participação em consórcios, a jurisprudência dessa Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei nº 8.666/1993 **deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame**, devendo o desígnio ser verificado caso a caso” (Acórdão n. 1.946/2006 – Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer, DOU de 20.10.2006).

Nos dizeres de Marçal Justen Filho⁵,

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. **Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública**, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de empresas em consórcio é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

Conquanto, referida discricionariedade deverá pautar-se sempre nos princípios que regem a atividade pública, tendo por desiderato a ampliação da competitividade e levando-se em consideração a análise do caso concreto.

Com efeito, no caso em apreço, a limitação tem por escopo coibir a fragmentação desmensurada de responsabilidades, impedindo que inúmeras empresas competidoras participem do **CONSÓRCIO** e que, ao invés de aumentar a competitividade do certame, sirva tão somente para diminuir a qualidade da prestação dos **SERVIÇOS**, limitando a **CONCORRÊNCIA** e, conseqüentemente, prejudicando a obtenção do melhor preço pela **ADMINISTRAÇÃO**.

Ademais, a limitação facilita a governança da execução contratual pelas empresas consorciadas e sua própria fiscalização pelo **PODER CONCEDENTE**. Exemplos recentes de projetos e obras realizadas no regime de **CONSÓRCIO** tem demonstrado que o excesso de empresas consorciadas gera impactos na gestão do contrato, com a conseqüente redução do ritmo e qualidade da execução das **OBRAS** e da prestação dos **SERVIÇOS**.

Neste sentido, o Acórdão TC – 000.658/2011 cita como exemplos em que a limitação do número de consorciados trouxe prejuízos à Administração Pública, os projetos dos terminais de passageiros de Manaus e Rio de Janeiro (Galeão) e as obras de recuperação parcial da pista do Aeroporto de Salvador, ampliação do conector do Aeroporto de Recife, do novo Terminal de cargas de Porto Alegre e do novo Terminal de Passageiros de Macapá.

O certame em análise tem por objeto a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**, consistindo em uma fase de **OBRAS** e outra de prestação de **SERVIÇOS**.

Verifica-se que o objeto do certame requer:

- (I) Execução e estruturação da infraestrutura física da Rodovia, consistente na duplicação, manutenção e implantação de melhorias; e
- (II) Gestão operacional consistente na prestação dos **SERVIÇOS** e gestão do **CORREDOR DA PR-323**.

Denota-se que, no caso concreto, são 02 (duas) as principais especializações requeridas para a implementação e execução do objeto do certame. Portanto, a não limitação do número de consorciados poderia permitir

um número alto de empresas consorciadas, dificultando a fiscalização do **CONTRATO**, além de comprometer a qualidade da prestação dos **SERVIÇOS**. Significa dizer que, a não limitação, no caso em apreço, poderia inviabilizar a correta execução do objeto contratual, o qual é de essencial importância para a população paranaense, uma vez que se trata de um importante seguimento Rodoviário do Estado do Paraná.

Destarte, a decisão de limitar o número de até 04 (quatro) empresas participantes no **CONSÓRCIO** decorreu do escopo do certame, o qual é atendido, basicamente, por 02 (dois) tipos de empresas. A este fato, acrescentou-se a amplitude do empreendimento bem como o seu elevado valor, permitindo, assim, uma flexibilização na possibilidade de formação do **CONSÓRCIO** até o número máximo de 04 (quatro) integrantes.

10. DA LICITAÇÃO

O **EDITAL** prevê que a **LICITAÇÃO** será conduzida em 04 (quatro) fases sucessivas: (I) análise e julgamento da **GARANTIA DE PROPOSTA E ATESTADO DE VISITA TÉCNICA**, com abertura do Envelope nº 01; (II) análise e julgamento dos **DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**, com a abertura do Envelope nº 02; (III) análise e julgamento da **PROPOSTA ECONÔMICA**, com a abertura do Envelope nº 03; e (IV) análise e julgamento do **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323** da **CONCORRENTE** titular da melhor **PROPOSTA ECONÔMICA**, com a abertura do Envelope nº 04.

Optou-se por não inverter as fases da **LICITAÇÃO**. Contudo, antes da Abertura dos Envelopes de Documentação, será aberto o Envelope contendo a **GARANTIA DE PROPOSTA** e o **ATESTADO DE VISITA TÉCNICA**.

Conquanto, ressalta-se que os Envelopes deverão ser entregues todos juntos no dia de Abertura da **LICITAÇÃO**. Não se está antecipando a apresentação da **GARANTIA**, uma vez que esta será apresentada no prazo previsto para a entrega das propostas, mas tão somente optou-se por abrir, em um primeiro momento, a **GARANTIA DE PROPOSTA**.

Tal opção se deve ao fato de que o **CONTRATO** de **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**, em decorrência dos investimentos necessários por parte do parceiro privado para a execução de seu escopo, depende de segurança jurídica no que tange a viabilidade econômico-financeira da **PROPOSTA** da **CONCORRENTE**.

Significa dizer que, levando-se em conta os investimentos necessários, bem como os financiamentos de que a **CONCORRENTE** necessitará ao longo de todo o prazo de **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**, é de fundamental importância a demonstração da capacidade econômico-financeira da **CONCORRENTE**, uma vez que neste certame a solidez financeira da **CONCORRENTE** é vital para o sucesso da **CONCESSÃO PATROCINADA**.

10.1. Da Garantia de Proposta – item 14

A exigência de **GARANTIA DE PROPOSTA** do **CONCORRENTE** está expressamente prevista no artigo 13, inciso I, da Lei Estadual nº 17.046/2013, assim como no artigo 11, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/2004.

A exigência de **GARANTIA DE PROPOSTA** em valor equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado do **CONTRATO** (item 14.1) encontra fundamento no art. 77, III da Lei Estadual 15.608/2007, que admite que se exija garantia no valor de até 1% (um por cento) do valor estimado da contratação.

Também foram respeitadas as modalidades legais de garantia (caução, seguro-garantia e fiança bancária, cabendo a escolha da modalidade de **GARANTIA** à **CONCORRENTE**.

10.2. Da qualificação econômico-financeira – item 16.6

Como dito acima, a Habilitação Econômico-Financeira da **CONCORRENTE** nos **CONTRATOS** de **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS** tem importância mais acentuada comparativamente ao modelo dos contratos administrativos ordinários. Neste sentido, o inciso I do artigo 20 da Lei Estadual

nº 17.046/2013 dispõe que “*é obrigação do contratado no contrato de parceria público-privada demonstrar a capacidade econômico-financeira para a execução do contrato*”. Ora, se o parceiro-privado deve demonstrar esta capacidade econômico-financeira na execução do contrato, então já deve possuí-la e comprová-la no decorrer do certame licitatório.

Nas PPPs o parceiro privado deve possuir condições para a obtenção de empréstimos de longo prazo, o que exige, como consequência, uma suficiente e adequada saúde econômico-financeira para tanto, a qual será aferida, inicialmente, mediante requisitos de Habilitação Econômico-Financeira, a qual é de fundamental importância para o sucesso das parcerias.

Nos dizeres de Mauricio Portugal Ribeiro⁶:

Em primeiro lugar é preciso assinalar que a Lei 8.666/93 é de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para prestação de serviços públicos, isto é, conforme diz o *caput* do art. 18 da Lei 8.987/95, “o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos [...]”. Frise a expressão *no que couber*. E, como nas concessões comuns ou PPPs para a prestação de serviços públicos **a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior do que nas licitações de contratos regulados pela Lei 8.666/93**, nos parece plenamente justificável a interpretação que, para os casos de desestatização de serviços, seja viável a cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo. Portanto, **nossa posição é que é viável cumular essas exigências em licitações de concessão comum e PPPs**.

Portanto, a cumulação de requisitos de Habilitação Econômico-Financeira tem sido verificada em diversos **EDITAIS** para Concessões e PPPs. E muitos deles já chegaram às instâncias e controle, que não vêm anotando qualquer censura à exigência cumulada de requisitos de qualificação econômico-financeira como **PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO, GARANTIA DA PROPOSTA e CAPITAL SOCIAL MÍNIMO**, conforme previsto no **EDITAL**.

Como afirma Mauricio Portugal Ribeiro⁷,

Apenas a título de exemplo, essas três exigências foram cumuladas nos editais dos 7 lotes de concessões rodoviárias, de 2007, e também, no edital de concessão das rodovias BR 116/324. Nesses casos, o TCU analisou os editais e não apontou nenhuma irregularidade no fato dessas três exigências terem sido cumuladas, o que aponta para uma visão do TCU de que é possível cumular em editais de concessão comum e PPP as três exigências referidas acima.

Assim, o **EDITAL** prevê que a **CONCORRENTE** deverá anexar, no Capítulo IV, relativamente à Habilitação Econômico-Financiera:

16.6.3. COMPROMISSO DE SUBSCRIÇÃO E INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL, nos termos do **ANEXO III** deste **EDITAL**.

16.6.4. Comprovação de **PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO** igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da presente **LICITAÇÃO**, nos termos do artigo 77, § 3º, da Lei Estadual nº 15.608/2007, de, no mínimo, R\$ [●] ([●] Reais).

O **COMPROMISSO DE SUBSCRIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL**, nos termos do **ANEXO III** do **EDITAL**, deverá ser de 10% (dez por cento) dos investimentos estimados para os 05 (cinco) primeiros anos do **CONTRATO** e **INTEGRALIZAR**, na data de assinatura do **CONTRATO**.

Já o **CAPITAL INTEGRALIZADO** da **CONCESSIONÁRIA**, deverá corresponder ao valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do **CAPITAL SUBSCRITO**. Idêntica previsão consta da Cláusula 11 da Minuta de **CONTRATO**.

Diante do exposto e mormente no que tange a importância de se averiguar a solidez econômico-financeira da **CONCORRENTE**, bem como da exequibilidade de sua **PROPOSTA**, o **EDITAL** prevê, ainda, no Capítulo V- Das Declarações, constantes do Envelope nº 02 – Documentos de Habilitação que seja incluso:

(I) Carta de análise do **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323**, elaborada por instituição ou entidade financeira autorizada pelo Banco Central do Brasil, colocada entre as 10 (dez) maiores

instituições financeiras do Brasil de acordo com a metodologia de maior patrimônio líquido divulgada pelo Banco Central do Brasil com base em março de 2013 no sítio (<http://www4.bcb.gov.br/top50/port/top50.asp>), atestando a sua exequibilidade e sua financiabilidade; bem como o compromisso firme da instituição de efetuar os empréstimos necessários à futura **CONCESSIONÁRIA** durante o período que precede a captação dos recursos de longo prazo conforme prazos e volumes de financiamento previstos no **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323**, com valor mínimo de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)

(II) Carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, afirmando que analisou o **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323** a ela apresentado pela **CONCORRENTE** e atestando a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário.

Estas exigências se fazem necessárias porque de acordo com o procedimento estabelecido no **EDITAL**, somente será aberto o **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323** da **CONCORRENTE** que apresentar a melhor **PROPOSTA ECONÔMICA**.

Assim, a **COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO** poderá, de antemão, verificar a viabilidade e exequibilidade dos aspectos econômico-financeiro do **PLANO DE NEGÓCIOS** da **CONCORRENTE**, bem como de que este está de acordo com os parâmetros estabelecidos no **EDITAL** e seus **ANEXOS**, antes da abertura da **PROPOSTA ECONÔMICA**.

Optou-se por exigir a apresentação destas Cartas de análise e viabilidade do **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323** juntamente com os Documentos de Habilitação. Assim, já antes da Abertura da **PROPOSTA ECONÔMICA** a **COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO** terá condições de aferir as condições econômico-financeiras das **CONCORRENTES**, considerada uma das condições *sine qua non* para o sucesso dos **CONTRATOS** de **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**, tendo em vista os altos investimentos realizados pelo parceiro privado, bem como a necessidade deste conseguir empréstimos e financiamentos de alta

monta.

10.3. Da Habilitação Técnica – item 16.5

A Minuta do **EDITAL** não prevê a fase de **PROPOSTA TÉCNICA**. Tendo em vista o objeto do certame, entendeu-se que a **PROPOSTA ECONÔMICA** tem mais relevância no que tange ao cumprimento dos termos e condições do **CONTRATO** ao longo da **CONCESSÃO PATROCINADA**. Destarte, optou-se pela realização do certame licitatório pelo critério do menor preço da **CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA**.

Conquanto, não há dúvidas de que requisitos, ainda que mínimos, de Habilitação Técnica deverão ser comprovados pela **CONCORRENTE**, estando previsto, inclusive, no artigo 20, inciso I, da Lei Estadual nº 17.046/2013.

Com vistas a atender à determinação da legislação, foram destacadas as parcelas de maior relevância técnica, especificando-se os aspectos *qualitativos* e *quantitativos* da experiência técnica exigida.

Ademais, tais especificações são destacadas e derivadas diretamente do objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**, refletindo as parcelas técnicas mais relevantes no âmbito da **EXPLORAÇÃO do CORREDOR DA PR-323** e estabelecidas no **ANEXO K - PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA – PER**.

O instrumento convocatório prevê que a **CONCORRENTE** deverá demonstrar experiência, por meio de atestados, de (I) **Qualificação Técnico-Operacional** e (II) **Qualificação Técnico-Profissional**.

A **Qualificação Técnico-Operacional** refere-se ao desempenho da empresa **CONCORRENTE** ou de qualquer dos membros integrantes do **CONSÓRCIO**, no tocante às atividades

pertinentes e compatíveis em características com o objeto da **LICITAÇÃO**.

Na **Qualificação Técnico-Operacional**, a **CONCORRENTE** deverá comprovar a realização de **OBRAS** de infraestrutura rodoviária (subitem **16.5.2.1**), abrangendo os seguintes elementos:

ITEM	DESCRIÇÃO	UND	EXIGÊNCIA
1	Compactação de Aterros	m³	3.389.244
2	Escavação de 1ª, 2ª e 3ª categorias, inclusive solo mole	m³	5.306.091
3	Transporte de material escavado	m³ x km	7.797.600
4	Pavimentação com Concreto Betuminoso Usinado a Quente	m³	125.000
5	Base ou sub-base de brita graduada e/ou solo cimento	m³	254.080
6	Concreto FCK =>18 Mpa	m³	26.699
7	Lançamento com treliça ou guindaste de vigas pré-moldadas com peso de, no mínimo, 50 toneladas	um	187
8	Execução de Obras de Artes Especiais (pontes e/ou viadutos) c/ vigas pré-moldadas protendidas	m²	18.797
9	Execução de pavimentação com CBUQ modificado por polímero	Qualitativa	
10	Implantação e/ou duplicação de rodovia classe 1 ou superior, com pista dupla com duas faixas de rolamento cada pista e com acostamento, compreendendo, no mínimo, a execução de terraplenagem, pavimentação, obras de arte correntes e drenagem e obras de arte especiais (pontes ou viadutos)	Qualitativa	
11	Execução dos serviços de recuperação e melhoramento de rodovia, pontes e viadutos em trecho urbano e rural e com a via em tráfego.	Qualitativa	

Por sua vez, o subitem **16.5.6** traz a seguinte previsão:

16.5.6. Para a comprovação de todos os itens exigidos no subitem **16.5.2.1** será permitida a apresentação de atestado(s) provenientes(s) de, no máximo, 03 (três) contratos. Porém, a comprovação individual de cada item deverá ser efetuada em um único contrato, não sendo admitido o somatório de quantidades de mais de 01 (um) contrato.

O objetivo de se especificar as parcelas de maior relevância está em consonância com o § 2º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, o qual estabelece “*as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, no que referem às exigência de qualificação técnica, devem ser definidas no instrumento convocatório*”.

Por sua vez, o artigo 76, § 3º da Lei Estadual nº 15.608/2007 disciplina a questão, ao dispor que “*as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo mencionadas no parágrafo anterior serão definidas no instrumento convocatório*”.

Esta regra destina-se a evitar formulações vagas e genéricas para o fim de identificar a experiência técnica a ser demonstrada em **LICITAÇÕES**. Se vagamente formulada, a exigência permitiria o uso de um excessivo espaço discricionário pela Administração no momento futuro da conferência do juízo de habilitação. A compatibilidade ou não dos atestados com o objeto licitado seria pautado pela escolha discricionária de parâmetros de comparação, o que desafiaria o princípio do julgamento objetivo e traria riscos à isonomia.

Precisamente para evitar escolhas excessivamente subjetivas é que a Lei Federal nº 8.666/93 impõe a obrigação de os editais serem exatos e específicos em relação à exigência de qualificação técnica, desde que, como se verifica no Projeto em análise, sejam todas proporcionais e compatíveis à dimensão técnica e ao porte financeiro do objeto a ser licitado.

Neste sentido, Marçal Justen Filho⁸ ensina que:

Não é suficiente, por outro lado, delimitação implícita dos requisitos de participação. As exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expreso. Para tanto, a Administração deverá verificar os requisitos para o desempenho das atividades que constituirão o encargo do sujeito contratado.

E continua o jurista, linhas adiante, afirmando que:

Significa que será inválido exigir experiência anterior sem identificar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo? A resposta é positiva, tal como se evidencia da redação do § 2º do artigo 30. Assim se passa porque, se a Administração ignorar os aspectos de maior relevância técnica e de valor significativo, não disporá de condições lógicas para delinear os requisitos da experiência anterior.

Assim sendo, o rol de exigências trazido pela Minuta de **EDITAL** cumpre a finalidade das regras legais ao enumerar e especificar, com o detalhamento exigido, todas as parcelas técnicas relevantes para a execução do objeto.

Ademais, é de bom alvitre reforçar que as exigências enumeradas pela Minuta de **EDITAL** se afiguram menos exigentes em relação à dimensão do objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**, cumprindo-se, sob os ângulos qualitativo e quantitativo, parâmetros menos rigorosos que aqueles atinentes à execução do **CONTRATO**.

Esta opção deu-se com o intuito de promover a ampliação do universo de **CONCORRENTES**, permitindo-se que licitantes com experiência em objetos similares ou de dimensão menos exigente do que aquela do objeto licitado possam também disputar o certame.

Portanto, considerando as **quantidades** exigidas no **ANEXO K - PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA - PER** do **CONTRATO**, as especificações obedeceram a um parâmetro de até 50% da dimensão do objeto licitado.

Esse parâmetro está perfeitamente consonante com a orientação jurisprudencial das instâncias de controle.

Já quanto ao aspecto **qualitativo** das exigências, observa-se que a Minuta cuidou de destacar as parcelas de maior relevância, identificando atividades e especificações com estrita pertinência aos aspectos qualitativos do objeto licitado. Todas as parcelas destacadas são comuns e absolutamente imprescindíveis à

execução de objetos desta natureza.

Ainda no que se refere à **Qualificação Técnico-Operacional**, o subitem **16.5.2.2** estabelece:

16.5.2.2. Quanto aos **SERVIÇOS** de operação, manutenção e conservação: atestado de operação, manutenção e conservação de uma mesma Rodovia com pista dupla com, pelo menos, 100 (cem) Km de extensão e Volume Diário Médio de Tráfego (VDM) anual de, no mínimo, 20.000 (vinte mil) **VEÍCULOS** por, no mínimo, 03 (três) anos consecutivos.

Ressalta-se que o **CORREDOR DA PR-323** possui 219,90 kms de extensão, portanto, a exigência de atestado comprovando 100 (cem) Km corresponde a menos de 50% (cinquenta por cento) do objeto do **CONTRATO**. A mesma metodologia foi utilizada para a exigência da comprovação de, no mínimo, 20.000 (vinte mil) veículos.

Assim, o **EDITAL** procurou ser o mais objetivo possível no que tange a comprovação de Qualificação Técnica, especificando as parcelas de maior relevância no que tange à **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**, bem como exigindo-se até 50% dos quantitativos mínimos previstos.

Já para a comprovação de Qualificação Técnico-Profissional, não foram exigidos quantitativos mínimos. Neste sentido, prevê o subitem 16.5.14:

16.5.14. Para fins de demonstração da **Qualificação Técnico-Profissional**, serão aceitos atestados de responsabilidade técnica que indiquem a prévia execução das atividades estabelecidas nos subitens **16.5.2.1** e **16.5.2.2**, independentemente de quantitativos mínimos de atestados, bem como serão aceitos atestados emitidos em nome de profissionais das empresas controladas, controladoras, coligadas ou empresa sob controle comum, direta ou indiretamente, em relação a **CONCORRENTE**.

10.4. Exigência na obtenção de financiamentos com vistas à execução de concessões e PPPs – item 16.5.3

Outro requisito proposto pela Minuta de **EDITAL** está na exigência de demonstração de participação em empreendimento que tenha realizado investimento em valores proporcionados àqueles

que serão demandados para a implementação do objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**.

A exigência, embora não usual para licitações de contratos administrativo ordinários, é não apenas pertinente como necessária para licitações de concessões e PPPs.

Conforme exposto anteriormente, uma das distinções fundamentais das PPPs reside precisamente na necessidade de realização de investimentos expressivos, sob uma sistemática de amortização ao longo do prazo da concessão.

Para contratos desta natureza, a capacidade de captar, gerenciar e aplicar investimentos se afigura como um aspecto de enorme relevância. Sem capacidade para realizar investimentos, o parceiro privado não se revela um colaborador apto à execução de uma PPP.

Precípuo destacar que **a capacidade em captação e gestão de recursos** para o fim de financiar o **CONTRATO** tem uma relação direta com economias e eficiências que possam ser geradas à PPP. Um exemplo está no compartilhamento da queda do risco de crédito, hipótese em que ganhos derivados da alteração no risco de crédito podem ser obtidos e apropriados pelas **PARTES**. A melhor gestão pelo parceiro privado dos investimentos demandados tem direta relação com refinanciamentos e com os benefícios que podem decorrer disso.

Destarte, a realização de investimentos deverá consistir numa expertise *técnica* do parceiro privado, a ser aferida mediante atestados de experiência técnica.

Daí ser imperioso que a Administração Pública, com vistas a salvaguardar o interesse administrativo do risco de ineficácia ou ineficiência da PPP ou de inexecução contratual, se assegure de que os interessados em contratar uma PPP possuem plena experiência na realização de investimentos tais como aqueles

demandados para a execução do **CONTRATO**

Exigência desta natureza tem sido recorrentemente exigida em editais para licitação de PPP, sem qualquer censura pelas instâncias de controle.

A exigência constou, por exemplo, da Minuta de Edital da Linha 6 do Metrô de São Paulo (licitação do Estado de São Paulo, Concorrência Internacional nº 004/2013, Processo STM nº 000770/2012 - PPP da LINHA 6 – Laranja):

8.6.1.1. O(s) atestados(s) deverá(ão) indicar a execução de atividades nas características, quantidades e prazos referidos a seguir:

(...)

b) Participação em empreendimento em que tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Mesma disposição constou do edital para a execução da Concessão do Mineirão:

17.5.2. O LICITANTE, ou, no mínimo, 1 (uma) das empresas integrantes do CONSÓRCIO, também deverá apresentar, para comprovação de qualificação técnica, além do disposto no item 17.5.1, atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove ter participado de empreendimento que tenha captado R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, por meio de financiamentos de longo prazo (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos), estruturados nas modalidades de financiamento de projetos (project finance) ou financiamento corporativo (corporate finance). (Concorrência nº 02/2010 – SEPLAG/MG, exploração, mediante concessão administrativa, da operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão).

Assim como esses, diversos outros exemplos poderiam ser citados, o que comprova a relevância da exigência para a Minuta de **EDITAL** em análise.

II – DA MINUTA DE CONTRATO

Muitas das Cláusulas da Minuta do **CONTRATO** já foram abordadas acima, portanto, somente serão ressaltadas algumas considerações, não se adentrando as questões que se encontram totalmente respaldadas pela legislação.

1. DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA

A Minuta de **CONTRATO** prevê a delimitação da responsabilidade da **CONCESSIONÁRIA** com desapropriações, desocupações, eventuais instituições de servidões administrativas, remoção de interferências, bem como passivos ambientais decorrentes de fato gerador havido antes da emissão da **ORDEM DE INÍCIO**, até um limite global (alusivo ao somatório de todos os custos e despesas incorridas com a implementação destas providências) de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). Uma vez excedido este valor, caberá ao **PODER CONCEDENTE** a responsabilidade dos valores excedentes.

No que tange a esta Cláusula **36.1** da Minuta de **CONTRATO** cumpre esclarecer que o parágrafo único do artigo 20 da Lei Estadual nº 17.046/2013 prevê que caberá ao “contratado os ônus e encargos decorrentes da liquidação e pagamento das indenizações” das desapropriações dos locais ou bens que sejam adequados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do **CONTRATO** de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**.

Conquanto tal previsão tem por consequência a oneração excessiva dos **CONTRATOS** de **PPPs**. Considerando-se que trata de norma prevista apenas na Lei Estadual, ou seja, idêntica previsão não existe na norma geral de PPPs, elaborou-se uma Minuta de Anteprojeto de Lei com o intuito de alterar referida disposição, estabelecendo que caberá ao **CONTRATO** estabelecer a quem caberá este ônus de acordo com cada caso.

Referida Minuta de Anteprojeto de Lei encontra-se na Assembleia

Legislativa do Estado do Paraná.

2. DAS GARANTIAS DA CONCESSIONÁRIA

A Minuta de **CONTRATO**, em sua Cláusula **32**, prevê a **GARANTIA DE EXECUÇÃO** do **CONTRATO** pela **CONCESSIONÁRIA**, suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, conforme estabelecido no artigo 16, IX, da Lei Estadual nº 17.046/2012.

Estas Garantias são de fundamental relevância, conforme dito acima, tendo em vista os altos custos e investimentos envolvidos na celebração do **CONTRATO** de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA** para a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323**.

Por sua vez, a Cláusula **11.3** prevê:

11.3. O capital integralizado da **CONCESSIONÁRIA** deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o final do 5º ano, contados a partir da **ORDEM DE INÍCIO** a, no mínimo, 10% (dez por cento) do total dos investimentos realizados até o quinto ano pela **CONCESSIONÁRIA** para atendimento das **CONDIÇÕES OPERACIONAIS MÍNIMAS** do **CORREDOR DA PR-323**, relativamente ao período de **OBRAS** de implantação do **CORREDOR DA PR-323**, conforme indicado no **PLANO DE NEGÓCIOS DO CORREDOR DA PR-323**, o qual deverá estar incluso no **ANEXO E – PROPOSTA ECONÔMICA**.

Esta previsão se faz necessária justamente porque neste período inicial de 05 (cinco) anos serão realizados os investimentos mais pesados de **OBRAS** no **CORREDOR DA PR-323**, demandando altos investimentos por parte do parceiro privado.

3. DA GARANTIA DO PODER CONCEDENTE

Já a no que tange a instituição de **GARANTIA DO PODER CONCEDENTE**, prevista na Cláusula **28** do **CONTRATO**, cumpre informar que a Minuta de Anteprojeto de Lei com o desiderato de instituir referida **GARANTIA**, já foi aprovada na Assembleia

Legislativa do Estado, conforme folha de nº 15 do D.I.O.E. nº 569, de 18 de dezembro de 2013.

Assim, até a celebração do **CONTRATO** de **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**, a **GARANTIA DO PODER CONCEDENTE** deverá ser instituída e constar do seu **ANEXO N - ESTRUTURA DA GARANTIA DO PODER CONCEDENTE**.

Optou-se por aguardar a edição da Lei que institui a Conta Garantia Específica para somente após adicionar o conteúdo do **ANEXO N**, com o intuito de regulamentar a **GARANTIA DO PODER CONCEDENTE**, a qual deverá constar da Minuta do **CONTRATO** antes da data prevista para assinatura do mesmo.

4. DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Tanto o artigo 11, inciso III da Lei Federal nº 11.079/2004 quanto o artigo 13, inciso II da Lei Estadual nº 17.046/2012 autoriza a previsão, no instrumento convocatório, do “emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Idêntica previsão já constava do artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95.

A interpretação literal dos textos normativos é clara no sentido de que nada impede a utilização de mecanismos privados de solução de conflitos. Trata-se, portanto, de uma discricionariedade da Administração Pública, ou seja, a lei deixa uma margem de liberdade de decisão tendo em vista o caso concreto, permitindo a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência.

Especificamente no que tange a utilização da **ARBITRAGEM**, Eros Graus⁹ afirma que “Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da

Administração, como, antes, recomendável, posto que privilegia o interesse público”.

Não se pode olvidar que a utilização da **ARBITRAGEM** consiste em uma exigência da atual configuração da Administração Pública, a qual está voltada a satisfazer o interesse público, sempre, de acordo com a legalidade, mas buscando uma participação mais ativa da sociedade, em prol da legitimidade estatal. Os particulares, além de colaboradores da Administração, são parceiros e investidores.

Neste desiderato surgem institutos como o das **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS** e o da **ARBITRAGEM**. Mormente no tocante às **PPPs**, deve-se ressaltar que possuem alta complexidade do objeto, elevado nível de riscos a ser enfrentados pelas **PARTES**, aporte significativo de recursos financeiros em vista do valor envolvido, bem como incertezas sobre os custos das **OBRAS** e da prestação dos **SERVIÇOS**.

Com efeito, os **CONTRATOS** de **PPPs** envolvem, via de regra, uma correlação vertical entre os direitos e obrigações do parceiro público e o parceiro privado, diferentemente dos contratos administrativos tradicionais em que a relação jurídica instaurada é vertical, em função da disciplina normativa aplicável, diminuindo-se sobremaneira a imposição das chamadas cláusulas exorbitantes por parte do Poder Público.

No decorrer desta evolução contratual entre a Administração Pública e entidades privadas, onde o diálogo e as negociações preponderam na busca da satisfação do interesse público, precípuo a previsão de mecanismos de solução de controvérsias céleres e que facilitem a negociação entre as **PARTES**.

Um exemplo da importância da **ARBITRAGEM** nos contratos de concessão de obras públicas vem do Chile. Em dez anos de implantação do sistema, já possui mais de 45 (quarenta e cinco) contratos dessa natureza, nas áreas de construção de rodovias, aeroportos, estabelecimentos prisionais etc.

¹ Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, São Pauli: RT, out./dez. 2002, p. 398-399

As autoridades chilenas informam que para construir um pequeno trecho de uma rodovia, se tivesse que executar com recursos próprios necessitaria de 50 anos, o que foi efetuado sob o regime de concessão rapidamente. Todavia, para que essas concessões pudessem atrair o interesse dos investidores, a legislação chilena passou por diversas alterações, sendo a forma de solução de controvérsias peça importante dessa engrenagem. O legislador aprimorou o sistema e incluiu a **ARBITRAGEM**, por seus reflexos na economia do contrato e segurança do negócio.¹⁰

Significa dizer que a previsão de Cláusula Arbitral em um contrato de Parceria Público-Privada é de relevância fundamental até para que o parceiro privado consiga bons financiamentos.

Não se pode olvidar que a Administração Pública tem competência discricionária para decidir se, num determinado contrato de concessão comum ou de PPP, é ou não conveniente e oportuna a utilização de tais mecanismos. No caso em apreço, com o intuito de atrair investimentos de particulares para **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323** optou-se por introduzir Cláusulas que tratassem da solução de controvérsias.

4.1. Da solução de controvérsias pela COMISSÃO TÉCNICA

Nesta linha de raciocínio o **CONTRATO** prevê a possibilidade de solução de divergências técnicas, podendo ser constituída, ad hoc e por solicitação de qualquer das **PARTES**, uma **COMISSÃO TÉCNICA**, composta por 03 (três) membros efetivos. Referida **COMISSÃO TÉCNICA** será constituída por um membro indicado pela **PARTE** que teve a iniciativa de instalar a **COMISSÃO**; o segundo membro será indicado pela outra **PARTE** e o terceiro, será escolhido, em comum acordo, pelos 02 (dois) membros. Os membros indicados deverão ser sempre profissionais independentes, de conceito reconhecido.

O procedimento a ser seguido pela **COMISSÃO TÉCNICA** está previsto na Cláusula **52** da Minuta de **CONTRATO**.

4.2. Da solução de controvérsias por ARBITRAGEM

A Minuta de **CONTRATO** prevê, ainda, que “as controvérsias decorrentes do presente **CONTRATO**, ou com ele relacionadas, que não forem dirimidas amigavelmente entre as **PARTES**, ou pela **COMISSÃO TÉCNICA**, conforme previsto na Cláusula **52** deste **CONTRATO**, serão resolvidas por Arbitragem”.

Cabe ressaltar que a inclusão de Cláusula Arbitral no **CONTRATO** de **CONCESSÃO PATROCINADA** *“se afigura como cláusula essencial para a redução dos custos transacionais e otimização da eficiência da PPP, conforme demonstraram os estudos de viabilidade”*.

O procedimento previsto para a **ARBITRAGEM** está previsto na Cláusula **54** da Minuta de **CONTRATO** em conformidade com os ditames legais, ao estabelecer que **ARBITRAGEM** será conduzida em língua portuguesa, será de direito, aplicando-se a lei brasileira e terá lugar na cidade de Curitiba, no Estado do Paraná.

Em especial, deve-se destacar que o **CONTRATO** expressamente prevê que a **ARBITRAGEM** deverá ser de direito, uma vez que a aplicação da equidade que implique o afastamento de regras do ordenamento não poderá ser admitida nos contratos de concessão, em observância ao princípio da legalidade a que se submete estritamente a Administração Pública.

Ademais o **CONTRATO** expressamente prevê que a **ARBITRAGEM** deverá observar os princípios da publicidade e transparência da atividade administrativa, uma vez que a Administração Pública participará do processo Arbitral.

Infere-se que a Cláusula Arbitral prevista no **CONTRATO** encontra-se em conformidade com os ditames legais. Conquanto coube a esta Coordenação

de Parcerias Público-Privada a eleição do Juízo Arbitral. Neste desiderato, foi elaborada uma lista dos **CONTRATOS** celebrados por meio de PPP nos demais Estados que elegeram a **ARBITRAGEM** para solução de controvérsias, conforme demonstrado abaixo:

Pesquisa sobre Câmaras de Arbitragem indicadas em contratos de PPP/ concessão	
Projeto	Camara de Arbitragem
Rodovia Federal BR-50	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Arena Pernambuco	Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil
Esgotamento Sanitário da RMR e Goiana	CEMAPE – Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco
Hospital do Suburbio	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Praia do Paiva	Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil
Arena Fonte Nova	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Aeroporto BSB, GRU e VCP	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Aeroporto São Gonçalo do Amarante	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Atendimento ao Cidadão - Faça Fácil - Vitória	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Espírito Santo – CBMAE ES
Atendimento ao Cidadão - UAI MG	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
Arena Independência	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB

Mineirão	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
Metrô BH	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
Metrô Curitiba	Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio - AMCHAM
CIR Itaguatinga	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
BR - 040	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
BR - 116	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
COMPESA	CEMAPE – Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco
Jaguaribe EMBASA	CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
SES Divinópolis COPASA	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
Rio Claro	Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo
Sabesp São Lourenço	Tribunal Arbitral
SAEE Guarulhos	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP
Sistema Rio Manso COPASA	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB
CGI - Segurança	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - CAM/CCBC
Metrô Salvador	CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ
Unidade de Atendimento Integrado -	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB

Infere-se que os **CONTRATOS** optaram pelas mais diversas Câmaras Arbitrais. Portanto, não foi possível a utilização deste critério para a eleição da mesma. Se tivesse sido eleito o critério da Câmara mais utilizada em Contratos de PPPs, deveria ter sido eleita a CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Porém, esta Câmara Arbitral tem sede na cidade do Rio de Janeiro.

Originariamente o **CONTRATO** previa que a decisão da controvérsia por Arbitragem seria conduzida e administrada pela **CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ – CCBC**, de acordo com o seu Regulamento de Arbitragem ou pelo qual o substituir. Todavia, ao analisar melhor, verificou-se que referida Câmara está situada na cidade de São Paulo, sendo que, destarte, não se poderia eleger a cidade de Curitiba para a constituição do Juízo Arbitral.

Destarte, estabeleceu-se que o critério a ser utilizado seria o da localização, optando-se por eleger uma Câmara Arbitral que estivesse localizada na cidade de Curitiba, Estado do Paraná. Referida escolha deu-se pelo fato de o objeto da **CONCESSÃO PATROCINADA**, qual seja a **EXPLORAÇÃO** do **CORREDOR DA PR-323** estar localizada no Estado do Paraná.

Assim sendo após uma exaustiva pesquisa, vislumbrou-se que, atualmente, existem inúmeras Câmaras Arbitrais no Estado do Paraná, todas, sem dúvida, com renome e competência para atuar no caso em apreço.

Conquanto, era necessário optar por uma Câmara Arbitral, pois não convêm ao **CONTRATO** em apreço deixar esta Cláusula em aberto. Aliás, no decorrer da elaboração do **CONTRATO**, bem como de seus **ANEXOS**, procurou-se abranger as mais variadas situações para que não houvesse motivo de dúvidas ou controvérsias em decorrência de Cláusulas ambíguas ou em branco.

Destarte, elegeu-se a Câmara de Arbitragem das Indústrias do Estado do Paraná – CAIEP, fundada em 17 de junho de 1996, pouco antes do advento da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) devido

a sua ampla lista de árbitros, todos profissionais de renomado conhecimento no mundo jurídico, a saber:

- André Guskow Cardoso
- Marco Antonio Guimarães
- Arnaldo Wald
- Marcos André Franco Montoro
- Arthur Carlos Peralta Neto
- Maurício Gomm Ferreira dos Santos
- Carlos Ari Sundfeld
- Paulo Osternack Amaral Carlos
- Eduardo Hapner
- Paulo Roberto Ribeiro Nalin
- Cesar Augusto Guimarães Pereira
- Pedro Antônio Batista Martins
- Clémerson Merlin Clève
- Rafael Munhoz de Mello
- Diego Franzoni
- Sérgio Seleme
- Edson Ribas Malachini
- Teresa Arruda Alvim Wambier
- Eduardo Silva-Romero
- Valéria Galindez Eduardo Talamini
- Felipe Sripes Wladeck
- Flávio Bettega
- Floriano de Azevedo Marques Neto
- Gustavo Henrique Justino de Oliveira
- João Bosco Lee
- Jonny Paulo Da Silva
- José Rogério Cruz e Tucci
- Luiz Rodrigues Wambier
- Marçal Justen Filho

Conquanto, considerando-se que trata de uma decisão discricionária da Administração Pública, caberá ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas decidir se o **CONTRATO** deverá prever a Arbitragem, bem como indicar a Câmara Arbitral a ser eleita.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que as Minutas de **EDITAL** e **CONTRATO** ora analisadas (I) sob os aspectos técnicos e operacionais, pelo Grupo Técnico Setorial da Secretaria de Infraestrutura e Logística - SEIL, (II) sob os aspectos econômico- financeiro e (III) jurídico, por esta Coordenação de Parcerias Público-Privadas - CPPP, estão aptas a ser analisadas, no que tange à conveniência e oportunidade de se realizar o procedimento licitatório, pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado do Paraná.

Para tanto, opina-se pelo encaminhamento do presente protocolado para:

- (I) Parecer da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná – AGEPAR, nos termos do artigo 6º, inciso IX, da Lei Complementar Estadual nº 94, de 13 de agosto de 2002;
- (II) Elaboração de Declaração de Adequação de Despesa – DAD emitida pela SEIL;
- (III) Parecer da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFA; com fulcro no artigo 22, § 1º, da Lei Estadual nº 17.046/2012 e o artigo 16 da Lei Complementar 101/2000;
- (IV) Parecer do Núcleo Jurídico da Administração – NJA/SEPL; e
- (V) Deliberação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas, com fulcro no artigo 2º, inciso IV, do Decreto Estadual nº 5.272, de 16 de julho de 2012.

É a informação.

Silvana Bittencourt

