

ESTUDOS, LEVANTAMENTOS E PROPOSTAS PARA ESTRUTURAÇÃO E MODELAGEM DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE ARCOS/MG

CADERNO IV – MODELAGEM JURÍDICA

FLÁVIO AUGUSTO RIBEIRO ARÊDES

PREFEITURA MUNICIPAL DE ARCOS/MG

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 560/2018

Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2018

Chamamento Público nº 016/2018

**ESTUDOS, LEVANTAMENTOS E PROPOSTAS PARA ESTRUTURAÇÃO E
MODELAGEM JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO DE
PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE ARCOS/MG**

**Estudo de modelagem elaborado com o intuito de
apresentar soluções jurídicas viáveis para a solução do
problema de transporte coletivo de passageiros no
município de Arcos/MG.**

JULHO/2020

SOBRE O AUTOR

FLÁVIO AUGUSTO RIBEIRO ARÊDES, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/MG sob o número 135.111, formado pela Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima/MG, LLM em Direito Empresarial pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, atualmente exerce a advocacia em todo o território nacional e atua como empresário no município de Arcos/MG.

SUMÁRIO

CONTEÚDO

I. CADERNO IV – MODELAGEM JURÍDICO-INSTITUCIONAL	5
1. INTRODUÇÃO	5
2. RELATÓRIO JURÍDICO-INSTITUCIONAL	5
2.1. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	5
2.2. MODALIDADES DE REGIMES DE CONCESSÃO PÚBLICA.....	8
2.2.1. Concessão Pública Comum.....	8
2.2.2. Concessão Pública Patrocinada.....	9
2.3. ADAPTAÇÃO(ÕES) LEGISLATIVA(S) NECESSÁRIA(S)	11
3. MATRIZ DE RISCO DO PROJETO	13
4. PARECER JURÍDICO	18
5. MINUTA ATO JUSTIFICATIVO DA CONCESSÃO	20
6. MINUTA EDITAL DE LICITAÇÃO E ANEXOS	21
6.1. EDITAL	23
6.2. PROJETO EXECUTIVO	24
6.3. MINUTA DO CONTRATO	25
6.4. TERMOS DE COMPROMISSO, DECLARAÇÕES E MODELO DE PROPOSTA	26
6.5. PLANILHA DE CUSTOS DA ANTP	27

I. CADERNO IV – MODELAGEM JURÍDICO-INSTITUCIONAL

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objeto a apresentação de projeto de modelagem jurídica dos serviços de transporte coletivo público no município de Arcos/MG, com o intuito de identificar e sugerir a melhor forma de contratação do referido serviço essencial, assim como apresentar possíveis soluções, meios e instrumentos jurídicos aplicáveis à viabilização da contratação, assegurando a legalidade da concessão, além de transparência e segurança jurídica para munícipes, licitantes, futura Concessionária e Poder Concedente.

Em conformidade com as exigências do edital de PMI, o escopo deste trabalho pretende apresentar relatório jurídico do atual cenário legal do transporte coletivo no município, matriz de risco do projeto, parecer jurídico referente à futura concessão, além de minutas do ato justificativo e do edital da concessão com os respectivos anexos.

O conteúdo deste estudo jurídico sintetiza, portanto, todo o conteúdo dos estudos pretéritos deste PMI e traduz seus resultados em modelagem jurídica com a apresentação de sugestões de modelos de documentos capazes de viabilizar a contratação da futura concessionária de serviços públicos de transporte coletivo no município.

2. RELATÓRIO JURÍDICO-INSTITUCIONAL

2.1. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Constituição Federal de 1988 trata o transporte como direito social e define como competência privativa dos municípios a organização e prestação, direta ou sob regime de concessão, dos serviços essenciais de transporte coletivo intermunicipal.

No que pertine à forma de contratação e ao procedimento licitatório devem ser observadas: a Lei 8987/1995, que trata do Regime Geral de Concessões Públicas; a Lei 11079/2004, que regula a contratação de parcerias público-privadas, categoria na qual se incluem as concessões que envolvam, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do ente federativo ao parceiro privado; a Lei 8666/1990, que institui as normas para licitação e contratação pública.

Para além das formas e requisitos básicos de contratação pela Administração Pública, o Sistema Municipal de Transporte de Público Coletivo de Passageiros deve se fundamentar na Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que dentre

suas previsões específicas sobre os serviços de transporte coletivo define princípios nos quais o serviço de transporte coletivo municipal devem se parametrizar.

Genericamente, a Lei nº 12.587/2012 estabelece que o transporte público coletivo é o serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento, com itinerários e preços fixados pelo poder público, se fundamenta em princípios de sustentabilidade e eficiência, deve se orientar por diretrizes de integração e objetiva a promoção da equidade e do desenvolvimento sustentável.

Além disso, a referida lei permite que o Poder Público crie alternativas de receitas acessórias ou até mesmo subsidie déficits do sistema de transporte coletivo, de modo a viabilizar a continuidade da prestação dos serviços qualitativos à população e modicidade tarifária.

Para além destas legislações específicas, há que se considerar as definições do Código de Transito Brasileiro; a possibilidade de desoneração da folha de pagamentos para empresas do setor de transporte coletivo; impostos federais, estaduais e municipais incidentes sobre a atividade e bens por ela utilizados, assim como eventuais possibilidades de desoneração que eventualmente possam estar vigentes.

No âmbito municipal, a Lei Orgânica e o Plano Diretor do Município estabelecem parâmetros atualmente inobservados na viabilização, contratação e prestação dos serviços de transporte coletivo na cidade de Arcos/MG.

A Lei Orgânica do Município estabelece como competência privativa do município de Arcos, determinar itinerário e pontos de parada de transportes coletivos, conceder, permitir ou autorizar serviços de transportes coletivos e fixar as respectivas tarifas (artigo 35, XXXIII); organizar e prestar serviços públicos de interesse local diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização, incluindo o transporte coletivo, garantindo-o como direito social (artigo 35, XXXVI); e, ainda, promover serviços de transporte coletivo (artigo 35, XLVI, c).

A mesma Lei estabelece como objetivo fundamental do município atender as demandas de transporte, garantindo-o como direito social (artigo 181-B, I e XIII) e a adoção de políticas sociais econômicas e ambientais que assegurem condições dignas de saúde, tais como a promoção de condições dignas de transporte (artigo 185, I).

A Lei Orgânica do Município estabelece, ainda, que o Poder Público Municipal deve prover a educação no ensino fundamental por meio de programas de transporte (artigo 201, VII); e deve adotar medidas necessárias ao transporte do ruralista até a sede do município (artigo 231, VII).

A LOM de Arcos/MG, por fim, trata especificamente do transporte público em seu capítulo VIII, estabelecendo: que o município deve assegurar transporte coletivo aos cidadãos; que deve ser criado órgão

técnico especial – Conselho Municipal de Trânsito – incumbido de planejar, gerenciar e fiscalizar os diversos meios de transporte.

A seção I do aludido capítulo trata do funcionamento e da competência do transporte público já autorizando a prestação dos serviços por concessão pública, estabelecendo: que o município deve prestar diretamente ou por concessão os serviços de transporte coletivo mediante concorrência pública; que as tarifas devem ser condizentes com o poder aquisitivo da população; que maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, portadores de deficiência e servidores municipais em serviços na zona rural tem direito à gratuidade dos serviços de transporte coletivo; que o município possui autonomia para cassar ou suspender a concessão ou permissão de serviços de transporte coletivo.

De se destacar a disposição do inciso IV do artigo 251 da referida Lei: “as concessionárias de transporte deverão, no mínimo, dez por cento de seu lucro líquido, no município, conforme dispuser a lei”. Esta redação deixa lacuna, pois não estabelece com clareza o desejo do legislador municipal, podendo ser necessária sua correção e regulamentação para se evitar futuros erros de interpretação.

Logo em seguida, a seção II do mesmo capítulo VIII, trata do sistema viário, deixando claro que o plano diretor do município deve prever sobre a construção de abrigos nas paradas de ônibus coletivo, que o município deve efetuar a adequação, manutenção e sinalização das vias; e que poderá celebrar convênios com os entes federativos estaduais e federais para melhoria dos transportes e sistema viário.

No que pertine à celebração de convênios com o Governo Federal destinados à mobilidade urbana, é de extrema necessidade que o município estabeleça um Plano de Mobilidade Urbana ou o insira em seu Plano Diretor para estar habilitado a receber recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana, conforme previsto no artigo 24, §1º e §4º da Lei nº 12.587/2012.

Já o Plano Diretor do Município, Lei nº 2100/2006, estabelece que compete ao Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano – CMDU – o dever de fiscalizar o cumprimento das cláusulas de contratos firmados entre o município e a concessionária de transporte coletivo (artigo 9, XV); classifica as vias em arterial, coletora e local (artigo 28); e que as deliberações do CMDU devem buscar a integração das diversas políticas responsáveis pela intervenção urbana, em especial as de transporte.

O anexo 2 do Plano Diretor apresenta as diretrizes da consulta popular realizada no município, ficando consignado como interesse da própria população as seguintes intervenções necessárias: III – na área do urbanismo, alínea o, criação de Lei de Concessão de transporte Público; IX – na área da agricultura e infraestrutura de apoio, alínea q, incentivo ao transporte rural; e, X – na área do meio ambiente e saneamento, alínea p, a formação de fundo municipal de transporte, gerido com controle social.

2.2. MODALIDADES DE REGIMES DE CONCESSÃO PÚBLICA

2.2.1. CONCESSÃO PÚBLICA COMUM

O artigo 175, da Constituição Federal de 1988 instituiu a concessão como uma das formas do Poder Público prestar serviços públicos, devendo ser contratada sempre por meio de licitação e a legislação específica prever sobre os regimes das concessionárias, o caráter especial dos contratos e sua respectiva prorrogação, condições de caducidade, fiscalização e rescisão, direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

A Lei nº 8.987/95, regulamenta o instituto jurídico da concessão, enquanto a Lei nº 9.074/95, trata das concessões dos serviços públicos de competência da União. Nos termos da Lei nº 8.987/95, a delegação de serviços públicos via concessão pode ser classificada em:

- (i) concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
- (ii) concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da Concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Podem ser objeto de concessão apenas os serviços públicos de utilidade pública singularmente fruíveis; assumidos pelo Poder Público como atinentes aos seus deveres; que sejam voltados ao atendimento de interesses coletivos; e, que sejam prestados sob o regime jurídico de direito público.

Dentre as características gerais e requisitos necessários do regime de concessão comum de serviços públicos pode-se destacar: (i) a delegação deve ser feita mediante licitação, na modalidade de concorrência; (ii) se aplica exclusivamente para a delegação de serviços públicos; (iii) a prestação dos serviços é feita sob o regime de direito público, o que autoriza o Poder Público a alterar ou rescindir o contrato unilateralmente em caso de interesse público e fiscalizar a execução do contrato e aplicar sanções ao Concessionário em caso de descumprimento das regras legais ou contratuais; (iv) o vínculo entre Poder Concedente e Concessionário formalizado mediante contrato; (v) o Concessionário atua perante os usuários como se Estado fosse, respondendo objetivamente pelos danos que causar; (vi) o Concessionário realiza os investimentos necessários para a disponibilização dos serviços aos usuários; (vii) a tarifas são fixadas

pelo Poder Concedente; (viii) a remuneração do Concessionário se dá mediante a cobrança de tarifas dos usuários; e (ix) o prazo da concessão deve ser suficiente para amortização e remuneração dos investimentos a cargo do Concessionário.

A identificação da natureza do serviço, para análise da viabilidade de utilização do modelo de concessão, deve ser feita durante os estudos de modelagem.

O concessionário de um serviço público será remunerado por meio da cobrança de tarifas dos usuários, que sempre serão fixadas pelo Poder Concedente, sendo possível que além da receita tarifária, pode ser autorizada a exploração de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Especificamente quanto às concessões de serviço público de transporte coletivo municipal, a Lei 12.587/2012 permite a aplicação de subsídio como forma de se viabilizar tarifas módicas em sistemas economicamente deficitários.

A concessão de serviços públicos normalmente pressupõe investimentos vultuosos pelo que os contratos de outorga dos serviços são realizados por prazos longos, com previsão de reajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e utiliza bens reversíveis.

É válido destacar que a concessão de serviços não transfere a titularidade do serviço público para o Concessionário, mas tão somente sua execução por prazo definido. Por isso, o Estado pode, a qualquer momento e desde que haja interesse público, retomar os serviços para si, conforme procedimento previsto na Lei Federal nº 8.987/95.

2.2.2. CONCESSÃO PÚBLICA PATROCINADA

A Concessão Pública Patrocinada é uma modalidade de contrato de concessão de serviços ou obras públicas, instituída e regulamentada pela Lei nº 11.079/2004, que pode ser utilizado por órgãos da administração pública direta, pelos fundos especiais, pelas autarquias, pelas fundações públicas, pelas empresas públicas, pelas sociedades de economia mista e todas as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal, e municípios.

A Parceria Público-Privada é uma modalidade especial de concessão por meio de acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos de natureza administrativa ou de utilidade pública¹.

Os contratos de PPP são regidos, precipuamente, pela Lei nº 11.079/2004, “Lei das PPPs”, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada e, subsidiariamente, pelas Leis nº 8.987/95, Lei Geral de Concessões, e pela Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos.

Conforme disposto no art. 2º, da Lei n. 11.079/2004, as PPPs admitem duas modalidades de concessão: (i) “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”, e (ii) “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Na modalidade de concessão patrocinada, o concessionário é remunerado por meio de duas fontes diversas, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente².

Enquanto na concessão administrativa, o concessionário será remunerado exclusivamente pelo poder concedente, uma vez que a cobrança de tarifa seria economicamente ou socialmente inviável, pelo que o parceiro público é o usuário direto ou indireto dos serviços públicos ou de obras públicas, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A principal distinção entre as PPPs e as concessões comuns de serviços públicos é que as atividades objeto daqueles contratos não se revelam como autossustentáveis do ponto de vista econômico-financeiro, enquanto as atividades deste são remuneradas apenas pela tarifa cobrada dos usuários.

Em outras palavras, enquanto as concessões comuns tem por objeto projetos que permitem aos parceiros privados um retorno econômico de seus investimentos através da cobrança de tarifa dos usuários (ex: pedágios rodoviários) as concessões patrocinadas ou administrativas que compõem projetos de PPP não apresentam retorno econômico (ex: projetos de iluminação pública) ou simplesmente não permitem a cobrança de tarifa dos usuários devido à natureza do serviço público prestado (ex: presídios).

O artigo 2º, §4º da Lei nº 11079/2004 veda a celebração de PPP's em determinados casos, sendo estes os requisitos mínimos necessários ao estabelecimento de uma PPP: (i) contrato com valor igual

¹(...) consideram-se serviços administrativos aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos. Já os serviços de utilidade pública se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados por sua fruição direta.” José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª edição, São Paulo, Atlas.

ou inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (ii) prazo de vigência mínimo de 5 (cinco) e máximo de 35 (trinta e cinco) anos; e (iii) objeto não pode ser exclusivamente fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas.

Além disso, os contratos de PPP devem garantir eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, respeitar aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, observar a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, ser transparente nos procedimentos e nas decisões, repartir objetivamente de riscos entre as partes, garantir sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria e não delegar as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Assim, para que as Parcerias Público-Privadas se tornem exequíveis faz-se necessário o enquadramento nos requisitos apresentados e a contribuição financeira do parceiro público, de forma a viabilizar o serviço eficiente à população e tornar o projeto rentável e atrativo ao parceiro privado por meio do mecanismo da contraprestação pecuniária.

2.2.3. SUGESTÃO DA ESPÉCIE DE CONCESSÃO

Avaliando-se as características e os requisitos das modalidades de concessão comum e patrocinada verifica-se a possibilidade de aplicação de qualquer uma das espécies para a outorga dos serviços planejados por este projeto, já que a legislação federal permite que as concessionárias deficitárias sejam legalmente subsidiadas e, de outro lado, a outorga dos serviços modelados se enquadram nos requisitos de uma parceria público privada.

Sob a ótica dos estudos, porém, entende-se mais adequada a utilização da concessão patrocinada em razão do compartilhamento de riscos proposto como forma de atração de parceiros interessados e de redução da taxa de retorno exigida pelo investidor privado.

2.3. (DES)NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

Ocorre nos tribunais pátrios discussão referente à (des)necessidade de lei autorizativa para a concessão do serviço público de transporte coletivo municipal.

A corrente que defende a necessidade sustenta que a Constituição Federal condiciona o ato para concessão de serviço público à lei que o autorize e fixe os termos.

De outro lado, a corrente que sustenta a desnecessidade de lei autorizativa aponta que o artigo 2º da Lei 9074/1995 excepciona esta previsão para os casos de saneamento e limpeza urbana e aqueles em que a Constituição Federal ou a legislação local permita a prestação por meio de concessão, sendo este o caso do transporte coletivo, já que o artigo 30, V da Constituição Federal define como prerrogativa privativa do município a organização e gestão deste serviço diretamente ou sob o regime de concessão.

Portanto, a outorga de serviços públicos deve ser feita na forma de lei que as autorize e fixe os termos. Assim, há necessidade, como via de regra, da concessão ou permissão de serviços públicos ser precedida de lei autorizativa, ressalvados os casos em que a Constituição Federal ou Estadual ou a Lei Orgânica do Município já os preveja, conforme dispõe o artigo 2º, da Lei 9.074/95.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se posicionou, em estudo e curso publicado em seu site³, pela corrente da dispensa da lei autorizativa, vejamos:



CONGRESSO
A LEI 8.666/93 E O TCEMG

Do regulamento do transporte público municipal

Lei Municipal – Decreto

Decretos Autônomos

Desnecessidade de lei autorizativa:
Lei nº 9.074/1995, *verbis*:
Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, **dispensada a lei autorizativa** nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e **nos já referidos na Constituição Federal**, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da [Lei nº 8.987, de 1995](#).



MINICURSO

Além disso, a Lei Orgânica do Município de Arcos determina em seu artigo 35, XXXIII que ao município compete determinar itinerário e pontos de parada de transportes coletivos, conceder, permitir ou autorizar serviços de transportes coletivos e fixar as respectivas tarifas, o que reafirma o entendimento pela desnecessidade de aprovação de lei autorizativa.

Nestes termos, entende-se que a legislação municipal se encontra madura para recepcionar uma concessionária de serviço público para execução dos serviços de transporte coletivo, sendo viável, portanto, o ato executivo de concessão apenas por meio de decreto do prefeito municipal, o qual deve definir diretrizes, objetivos e metas e regras próprias para a concessão do serviço correspondente.

³ <https://www.tce.mg.gov.br/alei8666eotcemg/PDF/Minicursos%20Transporte%20Coletivo.pdf>

2.4. CONCLUSÕES E ADAPTAÇÃO(ÕES) LEGISLATIVA(S) NECESSÁRIA(S)

Este projeto sugere, portanto, que seja utilizada a modalidade de concessão patrocinada em razão do compartilhamento dos riscos, sobretudo o de demanda, entre concessionário e poder concedente.

Não obstante, acaso se entenda conveniente poderá ser utilizada a modalidade de concessão comum, com a possibilidade de utilização de subsídios nos termos da referida lei ou mesmo, sendo cabível, em razão do compartilhamento de riscos, ser utilizada uma concessão patrocinada.

De outro lado, entende-se que a legislação municipal se encontra madura para recepcionar uma concessionária de serviço público para execução dos serviços de transporte coletivo, sendo viável, portanto, o ato executivo de concessão apenas por meio de decreto do prefeito municipal, o qual deve definir diretrizes, objetivos e metas e regras próprias para a concessão do serviço correspondente.

Além disso, a municipalidade deve instituir e regulamentar o Conselho Municipal de Trânsito, conforme determina a Lei Orgânica do município e, ainda, criar o Plano de Mobilidade Urbana, conforme exigido pela Lei de Mobilidade Urbana como condicionante de captação de recursos da União destinados a projetos de mobilidade urbana.

3. MATRIZ DE RISCO DO PROJETO

A assunção dos riscos é um dos pontos centrais dos contratos de concessão patrocinada. A repartição objetiva dos riscos estabelecida no art. 4º, VI da Lei nº 11.079 é um dos mecanismos adotados pelo poder público para atrair melhores ofertas de investimento dos parceiros privados e possibilitar o compartilhamento de ganhos de eficiência.

Os riscos da atividade concedida são compartilhados entre poder concedente e concessionária com o objetivo de se entregar aos usuários a prestação dos serviços, normalmente de caráter essencial, com qualidade, regularidade, continuidade e eficiência, sendo um dos pontos cruciais na análise da viabilidade financeira do projeto, tanto na ótica do parceiro privado quanto do público.

A descrição do compartilhamento dos riscos não é especificada pela Lei nº 11.079, cabendo, portanto, identificar e repartir os riscos objetivamente entre as partes no momento de redação contratual, de modo a se definir um sistema de alocação de riscos e medidas mitigadoras frente à materialização dos referidos riscos.

É fácil perceber, portanto, que a alocação eficiente dos riscos tem o condão de subsidiar a modelagem do projeto, criar um ambiente seguro para os possíveis licitantes, proporcionar um gerenciamento eficiente do contrato e delimitar o processo de reequilíbrio, aumentando significativamente a probabilidade de a proposta vencedora ser a mais vantajosa para a administração e do serviço ser prestado adequadamente.

A matriz de risco desenvolvida para o contrato de concessão do transporte coletivo de Arcos/MG levou em consideração critérios gerais de operações de transporte coletivo e específicos para o caso do sistema de transporte de Arcos/MG, o que permitiu mitigar de forma satisfatória os riscos previstos.

De forma geral, a concessionária assumirá os riscos operacionais e financeiros inerentes à atividade, ao passo que o poder concedente atrai riscos políticos, regulatórios, legislativos e afins, destacando-se o compartilhamento de boa parte dos riscos de situações imprevisíveis ou divergentes da projetada. A título de exemplo é possível citar o risco de demanda e consequente inviabilidade econômico-financeira do projeto.

Por se tratar da criação de um sistema de transporte coletivo literalmente a partir do zero, há grande dificuldade de projeção exata da demanda de usuários pagantes pela tarifa. Esta característica determinou o compartilhamento dos riscos de demanda entre poder público e parceiro privado.

Este compartilhamento viabiliza a atratividade da concessão aos particulares, a criação e sustentação do novo sistema ao longo do tempo e garante maior possibilidade de êxito socioeconômico da concessão pública.

Neste interim, o contrato prevê, como forma de mitigação do risco de demanda, a possibilidade de obtenção de subsídio pela concessionária nos casos de déficit tarifário decorrente de insuficiência de obtenção de receita tarifária suficiente para a cobrir os custos e remuneração do parceiro privado, conforme permissivo legal da Lei de Mobilidade Urbana.

Por outro lado, o compartilhamento do risco impõe à concessionária a obrigação de investir parte do lucro líquido da concessão, nos exercícios de superávit tarifário, em modicidade tarifária, eficiência dos serviços ou no sistema de mobilidade urbana do município.

De se destacar interessante posicionamento recente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre o compartilhamento do risco de demanda, processo nº 1.088.755, referente à Concessão dos serviços de transporte coletivo do município de Poços de Caldas, onde o relator destacou que *“como não há como prever de que forma as mudanças no transporte do município alterarão a demanda por transporte coletivo de passageiros, não é aconselhável que tais alterações sejam suportadas apenas pela concessionária. Afinal, a demanda é um aspecto essencial para determinar o equilíbrio econômico-financeiro*

do contrato e o seu descolamento do inicialmente previsto pode comprometer a própria viabilidade da concessão.”⁴

Este entendimento, corrobora com as definições do contrato e confirma a viabilidade jurídica e econômica deste tipo de previsão no âmbito de contratos de concessões públicas.

A matriz de riscos desenhada, portanto, permitiu identificar e distribuir os riscos no contrato de concessão, o qual apresenta soluções jurídicas viáveis para mitigação dos riscos e consequente viabilização da prestação do serviço público de transporte coletivo, tido como essencial.

MATRIZ DE RISCOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO					
#	Descrição do Risco	Tipo de Risco	Atribuição do Risco		Procedimento de Compartilhamento do Risco
			Concessionária	Concessão / Município	
1	Alterações (criação, extinção, aumento ou diminuição de alíquotas) tributárias ou de encargos legais sobre o serviço de transporte público de ônibus.	Tributário		X	Equilíbrio econômico-financeiro
2	Cumprimento com a legislação vigente e adimplemento das obrigações fiscais, tributárias, trabalhistas e previdenciárias.	Tributário	X		
3	Tumultos e comoções sociais, ocupações, atos de vandalismo, manifestações de cunho político, greves, salvo em caso de greve de funcionários da Concessionária julgada legal ou negligência da Concessionária na proteção do seu patrimônio.	Social		X	
4	Greves e paralisações de funcionários julgadas legais pelo poder judiciário.	Social	X		
5	Danos aos bens da concessão por omissão, negligência ou imperícia da concessionária e seus prepostos ou mesmo por insegurança.	Social	X		
6	Alterações (criação ou extinção) de incentivos, benefícios e subsídios tarifários de transporte público de ônibus.	Regulatório		X	
7	Multas e sanções por descumprimento das regras e condições estabelecidas no edital, contrato de concessão e indicadores de qualidade propostos.	Regulatório	X		
8	Impactos nos custos decorrentes de alteração do Plano Municipal de Mobilidade Urbana ou Plano Diretor do Município.	Regulatório		X	
9	Envio de informações operacionais, financeiras e administrativas aos Órgãos de Controle Municipais.	Regulatório	X		
10	Falhas e acidentes ocorridos na construção de benfeitorias por parte da Concessionária para operação e manutenção do sistema de transporte público de ônibus.	Operacional	X		

⁴ Fonte: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111624490>

11	Alterações da quilometragem média percorrida da frota de ônibus devido alterações de quantitativos de linhas, frequência e horários da frota.	Operacional	X	X	
12	Falhas ou danos causados por fornecedores ou subcontratados da Concessionária em bens da concessão e/ou patrimônio público.	Operacional	X		
13	Falha no serviço e operação do sistema de transporte urbano, que gere dano à concessão, em desconformidade com o nível de qualidade dos serviços previstos contratualmente.	Operacional	X		
14	Pavimentação e manutenção de qualidade das vias urbanas utilizadas pelos ônibus de transporte público de passageiros, no mínimo em padrão similar ao encontrado no início da operação do sistema.	Operacional		X	
15	Surgimento de novas tecnologias que permitam melhor eficiência, qualidade e modicidade tarifária da operação.	Operacional	X	X	
16	Operação e Manutenção da sinalização e pontos de ônibus de transporte público de passageiros.	Operacional	X	X	
17	Falhas no sistema e tecnologia de bilhetagem eletrônica e monitoramento da frota.	Operacional	X		
18	Depreciação natural dos bens vinculados à Concessão.	Operacional	X		
19	Encargos trabalhistas e sociais dos funcionários da Concessão, inclusive responsabilidade por processos e condenações judiciais.	Operacional	X		
20	Aumento ou diminuição da demanda e/ou receita tarifária no transporte de passageiros.	Mercado	X	X	
21	Erro de estimativa da demanda e/ou receita de transporte de passageiros e receita tarifária do edital.	Mercado	X	X	
22	Modificação unilateral do contrato.	Legal	X	X	
23	Fato do príncipe ou ato da administração.	Legal		X	
24	Decisão judicial que suspenda ou impeça a concessão por fato alheio à Concessionária.	Legal		X	
25	Alterações no Memorial Descritivo e/ou especificações técnicas do Contrato (incluindo Plano Básico, diagnóstico, especificações de veículos, metas de qualidade).	Legal	X	X	
26	Atraso pelo Poder Concedente do direito de uso/desapropriação em áreas de interesse da concessão.	Legal		X	
27	Responsabilidade civil (acidentes, lesões, mortes, danos materiais ou morais) decorrentes da operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X		

28	Pagamento de indenizações e despesas devido a responsabilidade civil decorrentes da operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X		
29	Multas e sanções de órgãos ambientais devido ao descumprimento de leis e normas causadas pela operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X		
30	Passivos ambientais, trabalhistas, cíveis, tributários e de qualquer natureza posteriores à assunção dos bens e da assinatura do contrato de concessão.	Legal	X		
31	Caso fortuito e força maior ou evento previsível ou imprevisível, mas de consequência incalculável.	Legal	X	X	
32	Criação de leis ou revogação de leis que permitam uma alteração no quantitativo do quadro operacional (motoristas, cobradores e fiscais).	Legal		X	
33	Variação anual de custos, taxas, câmbios e indicadores econômicos inferiores a 20% dos valores previstos pelo Projeto Executivo.	Financeiro	X		
34	Obtenção e variação dos custos de financiamentos.	Financeiro	X		
35	Variação cambial.	Financeiro	X		
36	Falta de liquidez e problemas de fluxo de caixa ou capital de giro.	Financeiro	X		
37	Manutenção de indicadores financeiros da concessão (empresa) dentro dos limites toleráveis definidos no contrato de concessão e edital.	Financeiro	X		
38	Dívidas e inadimplência com fornecedores, funcionários e prestadores de serviço provenientes do serviço de transporte público coletivo de ônibus.	Financeiro	X		
39	Aumento ou diminuição do custo de capital utilizado no serviço de transporte público.	Financeiro	X		
40	Falhas ou problemas no processo de faturamento, recebimento e gestão dos recebíveis tarifários.	Financeiro	X		
41	Erros e inadequação da proposta comercial do projeto da proponente vencedora.	Comercial	X		
42	Erros ou não confirmação das informações estabelecidas e da demanda projetada pelo Projeto Executivo do Edital.	Comercial	X	X	
43	Alterações dos custos variáveis de operação (por km), valor dos investimentos (frota, sistemas, móveis e imóveis) e despesas fixas (pessoal administrativo, O&M de garagens, terminais, etc.) da proposta comercial da Concessionária.	Comercial	X		
44	Gestão e solução de falhas e atualização tecnológica nos aplicativos de celular e no sistema eletrônico de bilhetagem exigidos no Edital.	Comercial	X		

45	Criação de novas regras de integração entre linhas da concessão ou entre outros municípios.	Comercial	X	X	
----	---	-----------	---	---	--

4. PARECER JURÍDICO

Este parecer tem por escopo a verificação e análise de pontos estruturais do projeto apresentado e medidas utilizadas para viabilizar a implementação do projeto.

Conforme já exposto neste trabalho, há uma discussão jurídica referente à necessidade ou não de lei autorizativa da concessão de serviço público de transporte coletivo.

A corrente que defende a necessidade sustenta que a Constituição Federal condiciona o ato para concessão de serviço público à lei que o autorize fixe os termos.

De outro lado, a corrente que sustenta a desnecessidade de lei autorizativa aponta que o artigo 2º da Lei 9074/1995 excepciona esta previsão para os casos de saneamento e limpeza urbana e aqueles em que a Constituição Federal ou a legislação local permita a prestação por meio de concessão, sendo este o caso do transporte coletivo, já que o artigo 30, V da Constituição Federal define como prerrogativa privativa do município a organização e gestão deste serviço diretamente ou sob o regime de concessão.

Portanto, a delegação de serviços públicos deve ser feita na forma de lei que as autorize e fixe os termos. Assim, há necessidade, como via de regra, da concessão ou permissão de serviços públicos ser precedida de lei autorizativa, ressalvados os casos em que a Constituição Federal ou Estadual ou a Lei Orgânica do Município já os preveja, conforme dispõe o artigo 2º, da Lei 9.074/95.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais já se posicionou, em estudo e curso publicado em seu site, pela corrente da dispensa da lei autorizativa.

Não obstante, a Lei Orgânica do Município de Arcos determina no artigo 35, XXXIII que ao “município compete determinar itinerário e pontos de parada de transportes coletivos, conceder, permitir ou autorizar serviços de transportes coletivos e fixar as respectivas tarifas”.

Especificamente ao transporte coletivo, porém, a Lei Orgânica do Município reafirma no artigo 251 a possibilidade de prestação do serviço de transporte coletivo por meio de concessão pública a ser contratada por meio de concorrência (artigo 251, I da LOM), o que corrobora com o entendimento de que o Executivo possui prerrogativa para decretar a contratação.

Nestes termos, entende-se que a legislação municipal se encontra madura para recepcionar uma concessionária de serviço público para execução dos serviços de transporte coletivo, sendo viável,

portanto, o ato executivo de concessão apenas por meio de decreto do prefeito municipal, o qual deve definir diretrizes, objetivos e metas e regras próprias para a concessão do serviço correspondente.

O tipo de concessão, se comum ou patrocinada, também, há de ser observado.

Como cediço, na modalidade de concessão comum o concessionário assume o serviço público, integralmente por sua conta e risco, ao passo que na concessão patrocinada os riscos são compartilhados entre concessionário e poder concedente.

Uma das maiores fragilidades dos projetos operacional e econômico-financeiro apresentados para o serviço de transporte coletivo no município de Arcos/MG é o fato de, por criar um serviço totalmente novo para a população, não ser possível precisar a real demanda de usuários pagantes pelo serviço no município.

Por este motivo, os estudos incluíram a garantia de subsídio por parte do poder concedente na modelagem econômica. Este compartilhamento de riscos viabiliza a atração de parceiros privados para assumirem os serviços e realizarem os investimentos necessários com a redução de custos, já que, sob a ótica do investidor, quanto menor o risco, menor também é a taxa de retorno exigida.

Especificamente sobre o subsídio para concessões de transporte coletivo, o artigo 9º e parágrafos da Lei 12.587/2012 prevê que o poder público poderá optar por um preço público a ser cobrado do usuário superavitário ou deficitário, hipótese essa para a qual se permite a cobertura dos déficits por meio de receitas extra tarifárias e alternativas ou subsídios orçamentários, cruzados intra e intersetoriais, dentre outras fontes.

Assim a espécie de concessão poderá ser a de concessão comum, com a possibilidade de utilização de subsídios nos termos da referida lei ou mesmo, sendo cabível, em razão do compartilhamento de riscos, ser utilizada uma concessão patrocinada.

Por outro lado, o inciso IV do mesmo artigo 251 da Lei Orgânica prevê que “as concessionárias de transporte deverão, no mínimo, dez por cento do seu lucro líquido, no Município, confirme dispuser a Lei”.

Esta redação atenta não deixa clara o desejo do legislador. Aparentemente a intenção era de determinar que as concessionárias invistam, pelo menos, dez por cento do seu lucro líquido no município. Esta redação suscita dúvida, também, sobre a necessidade ou não de se aprovar lei para regulamentar a concessão do serviço público de transporte coletivo.

De todo modo, o projeto apresentado atende a esta disposição em razão do compartilhamento do risco de demanda, uma vez que o compartilhamento de riscos implica, também, na equação de possíveis ganhos.

Assim, a mesma cláusula do contrato de concessão proposto que prevê subsídio à concessionária em caso de déficit tarifário, impõem à prestadora dos serviços, quando superavitária, a obrigação de reservar dez por cento de seu lucro líquido para investimentos em modicidade da tarifa, melhorias de qualidade e eficiência do serviço ou no sistema de mobilidade urbana do município.

Esta previsão não só atenderá à exigência da Lei Orgânica do Município, como também, viabiliza um sistema justo de compartilhamento de risco, havendo disposição no contrato, ainda, a possibilidade-necessidade de se realizar auditorias, a qualquer tempo, nas contas da concessionária, com o intuito de se evitar fraudes.

Diante do exposto, tem-se que: (i) a concessão pode ser decretada por ato do chefe do Poder Executivo Municipal, caso assim o interesse; (ii) poderá ser adotada concessão comum com previsão de subsídio legal ou patrocinada com compartilhamento de riscos, sendo esta a sugerida; (iii) a contratação deverá determinar que a concessionária reserve dez por cento de seu lucro líquido para realizar investimentos no sistema de mobilidade urbana do município.

5. MINUTA ATO JUSTIFICATIVO DA CONCESSÃO

MINUTA DE ATO JUSTIFICATIVO DE CONVENIÊNCIA DA OUTORGA DE CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO DO MUNICÍPIO DE ARCOS/MG

O Chefe do Poder Executivo do Município de Arcos/MG, no uso das atribuições que lhe conferem a legislação e CONSIDERANDO:

- (i) que o serviço de transporte coletivo de passageiros é realizado de forma precária no município, o que inviabiliza a adoção de investimentos em evolução de eficiência qualitativa e quantitativa dos serviços;
- (ii) que desde o advento da Constituição Federal de 1988 os serviços de transporte coletivo outorgado à iniciativa privada devem preceder de outorga por meio de concessão pública;
- (iii) que o sistema jurídico impõe a realização de licitação pública para outorga de serviços públicos, nos moldes da Lei 8666/1990; e
- (iv) que a análise da demanda e da atual oferta evidencia a necessidade dos munícipes por serviço de transporte coletivo eficiente e abrangente.

RESOLVE:

Torna público, por este ato, as razões de conveniência para a outorga da concessão dos serviços públicos de transporte coletivo no município, inclusive com a caracterização do objeto, área e prazo da concessão, conforme definido a seguir.

JUSTIFICATIVA: A conveniência de outorga está embasada na inviabilidade técnica e econômico-financeira de prestação direta pelo município dada a incapacidade e expertise técnica para operação dos serviços; a necessidade de investimento, para o qual a municipalidade não detém orçamento específico; e a impossibilidade de aumento da folha de pagamento de salário de servidores.

OBJETO: Contratação de empresa privada para prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município de Arcos/MG, em lote único que engloba toda a área do município, no modo, forma e condições estabelecidos pelo Edital de Concorrência a ser publicado, incluindo a implantação e operação de sistema de informação, bilhetagem, operação de terminais, abrigos e pontos de parada para embarque e desembarque de passageiros.

VIGÊNCIA: XXX (XXX) anos, prorrogáveis por igual período.

EXCLUSIVIDADE: Os serviços serão outorgados em regime de exclusividade dado que a competição implicaria na inviabilidade econômico-financeira, considerando-se os investimentos necessários para a execução satisfatória dos serviços.

Arcos/MG, 9 de julho de 2020.

Prefeito do Município

6. MINUTA EDITAL DE LICITAÇÃO E ANEXOS

A seguir serão apresentadas minutas do edital de licitação e todos os anexos sugeridos para integrarem os atos de licitação e contratação da concessionária.

Onde constar “XXX” nos documentos são campos onde deverão ser incluídas decisões da Prefeitura Municipal de Arcos para a implementação do projeto ou referências à numeração dos documentos a serem publicados.

O Projeto Executivo foi elaborado considerando-se o prazo de 20 (vinte) anos para a Concessão, por se entender que este é o mais razoável, pois prevê alcance do *payback* entre o 14º e o 15º ano de concessão utilizando tarifa módica.

Porém, acaso a Prefeitura julgue ser mais conveniente outro prazo, os estudos econômico-financeiro apresentados no caderno 3 possui modelagem para os prazos de 15 e 25 anos, sendo necessário, apenas a adaptação do Projeto Executivo neste sentido.

No formato eletrônico fixo ou editável estes documentos serão entregues em arquivo próprio, fazendo parte integrante deste caderno de estudos e modelagem jurídica.

6.1. EDITAL

6.2. PROJETO EXECUTIVO

6.3. MINUTA DO CONTRATO

6.4. TERMOS DE COMPROMISSO, DECLARAÇÕES E MODELO DE PROPOSTA

6.5. PLANILHA DE CUSTOS DA ANTP