

## MODELO JURÍDICO

Em sequência aos Estudos realizados, neste Caderno 3, será apresentado o Modelo Jurídico que validará a escolha pela modalidade de contratação a ser adotada pelo Estado de Mato Grosso na implementação do projeto com vistas à **execução dos serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais, assim divididos em três lotes:**

**Lote 1 – Alto Araguaia – trechos da Rodovia MT 100:** Extensão: 100,80 km

**Lote 2 – Alta Floresta – trechos das Rodovias MT 320 e MT 208:** Extensão: 190,90 km

**Lote 3 – Tangará da Serra – trechos das Rodovias MT 246, 343, 358 e 480:** Extensão: 233,20 km

Com base nos estudos apresentados no Modelo Técnico e no Modelo Econômico-financeiro, o Modelo Jurídico, apontará os mecanismos legais para a execução do projeto, tendo como foco norteador a escolha do modelo de contratação mais adequado.

Os Estudos foram elaborados por profissionais preparados para fornecer assessoria em projetos de diversos segmentos com segurança e qualidade.

No presente Caderno serão desenvolvidos os seguintes tópicos:

**Modelo jurídico Institucional;**

**Marcos Regulatórios;**

**Matriz de riscos;**

**Minuta do Edital, do contrato administrativo e demais documentos ao processo licitatório.**

## MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL:

### Introdução:

A infraestrutura rodoviária é fundamental não apenas para o desenvolvimento do Estado de Mato Grosso, mas também de todo País. Ela é necessária como instrumento para possibilitar o cumprimento dos objetivos traçados no art. 3.º, incisos II e III, da CF.

A infraestrutura rodoviária repercute diretamente em todas as atividades econômicas, considerando o transporte e a logística da produção, produzindo reflexos sociais, porquanto vias inadequadamente projetadas e malconservadas aumentam os custos operacionais das empresas e o número de acidentes, ou seja, influenciam no chamado “custo Brasil”<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento de uma região, o que não é diferente para o Estado de Mato Grosso, considerando principalmente o seu grande potencial na produção do agronegócio e a sua necessidade de um escoamento rápido e eficiente da produção.

O Estado de Mato Grosso pelo crescente desenvolvimento e recordes na sua produção agropecuária é considerado a locomotiva para a economia brasileira, mas tem esbarrado em problemas de infraestruturas, principalmente no setor rodoviário.

Assim, considerando a necessidade de buscar soluções que atendam a um novo modelo para o transporte rodoviário do Estado, foram realizados estudos técnicos num conceito geral de oferecer ao usuário uma rodovia com maior qualidade, segurança e fluidez. Para isso, foi prevista a recuperação das vias existentes, a ampliação da capacidade da rodovia

---

<sup>1</sup> O Custo Brasil é um termo genérico, usado para descrever o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem o investimento no Brasil, dificultando o desenvolvimento nacional, aumentando o desemprego, o trabalho informal, a sonegação de impostos e a evasão de divisas.

de acordo com o nível de serviço, a prestação de serviços, como por exemplo, ambulância e guincho, e a conservação e manutenção do trecho durante o contrato de concessão, além do encargo de conservação de trechos acessórios pelo operador do sistema.

Os levantamentos de campo, os estudos de demanda e os estudos de engenharia, incluída a estimativa de investimentos e custos, foram elementos fundamentais para, em conjunto com as premissas do projeto, conceber um plano de negócios para as rodovias.

O modelo de negócio e as informações dos demais estudos foram essenciais para elaboração do Programa de Exploração Rodoviária (PER), que contém as obrigações contratuais, bem como diretrizes técnicas, normas e, principalmente, os parâmetros de desempenho, a fim de garantir a qualidade da infraestrutura e serviços prestados aos usuários, assim como o prazo de disponibilização dos mesmos.

No âmbito dos estudos de demanda, foi possível calibrar o gatilho de investimentos para ampliação da capacidade das rodovias condicionadas ao volume de tráfego, tanto para duplicações quanto para faixas adicionais, com intuito de manter nível de serviço da rodovia e, conseqüentemente, proporcionar uma correlação positiva entre os investimentos e os benefícios gerados.

Os Estudos adotaram as premissas apresentadas pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística – SINFRA e a partir destas depreendeu-se o interesse do poder público em transferir para a iniciativa privada **os serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais de Mato Grosso, assim divididos em três lotes: Lote 1 – Alto Araguaia – trechos da Rodovia MT 100: Extensão:100,80 km; Lote 2 – Alta Floresta – trechos das Rodovias MT 320 e MT 208: Extensão: 190,90 km e Lote 3 – Tangará da Serra – trechos das Rodovias MT 246, 343, 358 e 480: Extensão: 233,20 km.**

A transferência da função estatal atinente à prestação dos serviços públicos pelo Estado a um terceiro pode se dar por meio de vários institutos, dentre eles a concessão, que por sua vez pode ser comum, patrocinada ou administrativa.

### **A evolução das concessões no Brasil**

“A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas a obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado”<sup>2</sup>.

O Estado brasileiro, inicialmente, só conhecia a prestação direta das diversas atividades públicas, nelas incluindo o serviço público e os investimentos em infraestrutura. A prestação das atividades públicas se dava, portanto, por intermédio dos órgãos que compõem o próprio aparato administrativo estatal.

Paulatinamente, o uso do instituto entrou em declínio, porquanto a associação financeira entre Estado e o setor privado tornou-se lesiva ao Poder Público “que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a esse ponto, o seu declínio se tornou inevitável”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 291.

<sup>3</sup> Bilac Pinto. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, número especial, p. 257-270, 1995

Passou-se, então, com o decorrer do tempo, da descentralização por colaboração para a descentralização técnica, ou seja, à criação de sociedades de economia mista e empresas públicas. A descentralização funcional, também conhecida como técnica, ocorre quando, por lei, o Estado cria pessoas jurídicas de direito público ou privado e a elas transfere a titularidade (aqui consideradas apenas as pessoas de direito público) e a execução de um serviço público.<sup>4</sup>

Essa nova forma de descentralização dos serviços mantém o poder de controle do Estado sobre o concessionário e a fixação de preços, mas, por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do Poder Concedente, pois este é o acionista majoritário das empresas. Perde-se a grande vantagem da concessão, qual seja de poder prestar serviços públicos sem a necessidade de altos investimentos pelo Estado.

Na segunda metade do século XX, a presença estatal é quase exclusiva no setor de infraestrutura, por exemplo, no transporte ferroviário, energia elétrica e telecomunicações.<sup>5</sup>

Gradativamente observou-se o ressurgimento das concessões, descentralização por colaboração, que coincidiu com o período iniciado com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90 do século passado e que teve seu ápice no período compreendido entre 1994-2002, com a privatização de grandes empresas federais e flexibilização do monopólio de serviços públicos, os setores elétrico, de telecomunicações, de ferrovias, de portos e, no caso dos estados, o de rodovias, foram os que concentraram o maior número de concessões.

No âmbito do setor rodoviário o fenômeno não foi diferente.<sup>6</sup> A concessão foi a alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar a ausência de recursos financeiros para

---

4 Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 292-296.

5 Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. Concessão, regulação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996. p. 58.

6 Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 293-294.

manutenção, ampliação e construção das vias rodoviárias (ausência de condições econômicas para o necessário custeio), especialmente considerando a opção político-administrativa feita no passado e aparentemente reafirmada no presente pelo transporte essencialmente rodoviário.

E com o avanço de tantas concessões o período subsequente veio marcado por outros desafios. Nesta nova fase, o foco deixou de ser a redução do Estado e venda de ativos públicos para mirar na criação de novos negócios, capazes de ampliar a oferta de infraestrutura pública.

A propósito, ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup>:

Com o movimento de privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; b) pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, em sua forma tradicional, mediante realização de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei n. 8.987, de 13.2.95. Ainda avançando na evolução do instituto, a Lei n. 11.070/04 instituiu a chamada parceria público-privada, como espécie de contrato administrativo que abrange duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...].

Atualmente a Concessão está disciplinada no Brasil pela Lei n.º 8987<sup>8</sup> de 13 de fevereiro de 1995 e pela Lei n.º 9.074<sup>9</sup> de 7 de julho de 1995, além da legislação esparsa sobre serviços específicos, assim entendida a “Concessão Comum”.

---

7 Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 293

<sup>8</sup> Lei n.º 8987 de 13 de fevereiro de 1995 - *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

<sup>9</sup> Lei n.º 9074 de 07 de julho de 1995 - *Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.*

Em 30 de dezembro de 2004 foi editada a Lei Federal n.º 11.079, conhecida por Lei de PPP (Parcerias Público-Privadas) <sup>10</sup>, que, aproveitando experiências internacionais positivas iniciadas na Inglaterra, ampliou o escopo do contrato de concessão na medida em que disciplinou o oferecimento pelo Poder Concedente a Concessionária de serviço ou de obra pública, de garantia de pagamento de valores não tarifários.

A Lei de Parcerias Público-Privadas inovou o instituto das concessões criando outras duas novas modalidades, com características próprias, mas similares na transferência da função estatal para a iniciativa privada, sendo elas a **concessão patrocinada e a concessão administrativa**, que serão objeto de análise posteriormente.

### **Concessão**

“A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado; mais ainda, é um meio para a realização de valores constitucionais fundamentais”.<sup>11</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define concessão, em sentido amplo, como [...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais<sup>12</sup>.

Trata-se de técnica de gestão administrativa. Portanto, é modelo de atuação típica da função administrativa e tem na lei seu necessário fundamento. O direito transferido temporariamente (pode ser retomado a qualquer tempo) é próprio do Estado e instrumental à consecução do interesse público.

---

<sup>10</sup> Lei n.º 11079 de 30 de dezembro de 2004 “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 713.

<sup>12</sup> Direito administrativo . 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 289.

Para Hely Lopes Meirelles concessão é “o ajuste pelo qual administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”<sup>13</sup>

Ainda sobre a Concessão, Celso Antônio Bandeira de Mello assim manifestou o seu entendimento: “é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.<sup>14</sup>

A concessão é, antes de tudo, uma técnica de gestão administrativa. Por seu intermédio, muitas das tarefas que compõem a função administrativa podem ser transferidas à iniciativa privada.

É possível transferir o direito de exercer uma atividade pública, como se faz na concessão de serviço público e na de obra pública, ou o direito de usar um bem público.

A distinção entre as espécies do gênero concessão está intrinsecamente ligada ao objeto concedido e à forma de remuneração do concessionário.

A premissa fixada é essencial para os objetivos deste trabalho: identificar na exploração das rodovias uma atividade nuclear que se constitui em serviço público, o que permite que a outorga de sua exploração seja disciplinada pelos marcos normativos aplicáveis à concessão de serviço público (comum ou nas modalidades de parceria público-privada), precedida ou não de obra pública, e sobre os influxos dos princípios constitucionais que disciplinam a prestação do serviço público.

---

<sup>13</sup> Direito administrativo brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 267

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



Independentemente de seu objeto, a concessão é um instrumento de transferência da execução de atividades públicas, que podem ser delegadas a particulares; portanto, a lei é seu fundamento necessário. A decisão de conceder deve estar autorizada por Lei, bem como devidamente justificada pelo administrador como a melhor forma de gerir o patrimônio público (art. 5.º da Lei 9.897/1995), ou seja, como a opção que melhor atende ao interesse público objetivado. A decisão de gestão indireta dos bens e serviços públicos, a par de discricionária, não é arbitrária.

### **Natureza jurídica da Concessão**

Sobre a natureza jurídica da concessão muitas teorias procuraram explicá-la, num grande debate.

Há doutrinadores que atribuem a referida relação um caráter orgânico, consistindo a concessão na criação de um órgão da administração, o concessionário.

Por outro lado, há os que entendem que a relação jurídica formada entre concedente e concessionário tem caráter contratual, seja privado ou público, apartando o concessionário da estrutura orgânica da administração e caracterizando-o como sujeito colaborador.

A corrente que adota a natureza contratual privada da relação de concessão aponta como características daquela a atuação do concessionário em nome próprio, sua autonomia em relação ao poder concedente, bem como o fato de a Administração procurar na relação concessória desresponsabilizar-se do exercício da atividade concedida.<sup>15</sup>

Por outro lado, a corrente doutrinária que vê na relação de concessão um contrato de natureza pública – contrato administrativo – imputa a este caráter normativo regulamentar, legitimador da relação entre concessionário e utentes. Assinala essa corrente o caráter dissimétrico, mas também misto ou complexo, da relação contratual,

---

<sup>15</sup> Gaetano Azzariti e G.B. Garrone. La concessione di opera pubblica negli ordenamenti italiano e comunitário. Napolis: Jovene, 1993.

pois, além dos direitos e deveres contratuais, a Administração concedente detém poderes de autoridade aos quais sujeita-se o concessionário (cláusula de sujeição).<sup>16</sup>

No Brasil, a concessão tem previsão constitucional, conforme os arts. 175 e 223; arts. 21, XI e XII, e 25, § 2.º, da Constituição Federal de 1988, e como já disposto neste estudo está disciplinada em leis federais: Lei 8.987, de 13.02.1995 (Lei das Concessões), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências; Lei 9.074, de 07.07.1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências; Lei 9.648, de 27.05.1998, que altera a lei anterior e Lei 8.666, de 21.06.1993, com as alterações da Lei 8.883, de 06.07.1994 (aplicadas subsidiariamente naquilo que não contrariarem as normas anteriores); Lei 11.079, de 30.12.2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, não mencionando as diversas leis setoriais.

No Estado de Mato Grosso as concessões têm previsão na Constituição Estadual e estão disciplinadas em várias Leis, como na Lei n. 8264/2004 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicas no âmbito do setor rodoviário; com as alterações introduzidas pela Lei n 9120/09; a Lei 9641/2011 que Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Mato Grosso, a Lei n. 9854/2012 que Autoriza o Poder Executivo a criar a MT Participações e Projetos S.A. – MT - PAR, vinculada ao Gabinete do Governador do Estado, alteradas pela Lei 10347/2015 e os instrumentos de regulamentação.

Sobre o marco regulatório das concessões no Estado de Mato Grosso será dedicado um capítulo especial para abordar o tema.

---

<sup>16</sup> Pedro Gonçalves. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 193

Apesar de as leis hoje vigentes considerarem a concessão um contrato, referida natureza jurídica é combatida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>17</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>18</sup> e por Jacintho Arruda Câmara<sup>19</sup>.

Historicamente, conforme Mário Masagão<sup>20</sup>, o direito positivo brasileiro sempre se referiu à concessão como *contrato*, desde a primeira regulamentação do tema, que surgiu em 1828, até a atual Constituição, art. 175, parágrafo único.

De outro giro, atribuem natureza contratual à concessão Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>, José Cretella Jr.<sup>22</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>23</sup>, Mário Masagão e Lúcia Valle Figueiredo<sup>24</sup>

De qualquer maneira, importa notar que a corrente que confere natureza jurídica contratual à relação formada entre concessionário e poder concedente privilegia o aspecto de a formação e validade do vínculo exigirem o consenso do particular, não desconhecendo, referida corrente, que a Administração mantém sua posição de autoridade no que é exigível para a busca do interesse público, especialmente considerando-se a natureza do objeto concedido – serviço público ou bem público, sobre o qual recaem regras de competência administrativa.

A manutenção do poder de autoridade da Administração – posição jurídica peculiar –, necessária à busca do interesse público, a depender de cada tipo de contrato

---

<sup>17</sup> Natureza jurídica da concessão de serviço público. Revista da Faculdade de Direito, Porto Alegre, ano III, v. 2, p. 859-899, 1951

<sup>18</sup> Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 68; Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 706.

<sup>19</sup> Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48, nota 41.

<sup>20</sup> Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 287; Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 97

<sup>21</sup> Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 338

<sup>22</sup> Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 242

<sup>23</sup> Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72

<sup>24</sup> Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100

administrativo, pode advir, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>25</sup>, da própria lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica, mas, segundo entendemos, esse fato, por si só, não prejudica a definição de referidos vínculos jurídicos como contratos.

De outro lado, no Brasil, a natureza contratual da relação concessória advém do próprio texto constitucional, aspecto supra explicitado, tornando a discussão quanto à sua natureza jurídica por isso mesmo infrutífera, se considerado o direito positivo nacional.

O posicionamento jurisprudencial, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e da edição da Lei 8.987/1995, já cristalizava junto aos Tribunais a natureza contratual da outorga de serviços e obras públicas<sup>26</sup>.

Independentemente da teoria (a que considera ato unilateral; a que considera contrato ora público, ora privado; a que considera um negócio jurídico misto), o que se percebe é que nunca se negou a existência de um regime jurídico especial nas concessões, ou seja, a presença de prerrogativas da Administração concedente, quer esta se dê em razão de seu objeto (prestação de serviço público ou bens públicos), quer porque envolve um negócio jurídico com o Estado, seja sob a forma de contrato público ou privado.

Para que a parceria entre o público e o privado tenha êxito, o uso do instituto jurídico da concessão pressupõe um diálogo constante entre contratante e contratado e a ciência de que o caráter especial do contrato de concessão significa, antes de tudo, o estabelecimento de uma relação dinâmica, negociada e concertada

---

25 Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 573

26 TF, Ag. 42.854. rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 07.05.1968, DJ 28.06.1968; MS 17.957, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 06.12.1967, Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, n. 456, p. 144, out. 1968, e RMS 1.604-3/TO, Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, n. 52, p. 297-305, dez. 1993

Ao contrário, há um esforço dos estudiosos de direito administrativo para afirmar a existência de um regime jurídico especial de direito público nas concessões<sup>27</sup>.

Diante de tantas questões, o certo é que, conforme assinalam Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald<sup>28</sup>, o contrato de concessão compreende-se na qualificação de contrato de colaboração ou de cooperação, porque o concessionário realiza o escopo contratual, diversamente do que ocorre nas demais modalidades contratuais, no interesse coletivo, daí sua maior flexibilidade para que sejam superadas, sem prejuízo da obra ou do serviço, as situações imprevistas, as decorrentes da complexidade e especificidade de algumas obras e serviços. Soma-se a referidos fatores o fato de nem sempre ser possível um planejamento prévio e detalhado que alcance todas as variáveis que podem surgir durante o longo prazo contratual.

Considerando as rodovias, o Poder Público terá como tarefa, já a partir da escolha do tipo de critério de julgamento, disciplinada pela Lei federal 8.987, de 1994, ou pela Lei federal 11.079, de 2004, alcançar o ponto ótimo com a prestação de um serviço adequado, o que dependerá da definição de conceitos e parâmetros contratuais (planejamento) e de um adequado gerenciamento (regulação), porquanto o contrato de concessão é de longa duração e dificilmente as condições fáticas existentes no princípio permanecerão inalteradas.

### **Modalidades de Concessões**

Considerando a matéria abordada nesta modelagem jurídica concernente ao projeto desenvolvido pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e logística – SINFRA/MT, com vistas a transferir para a iniciativa privada **os serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais de Mato Grosso,**

---

<sup>27</sup> Marçal Justen Filho. As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de Direito Público de Economia – RDPE , Belo Horizonte, n. 1, p. 108-109, 2003.

<sup>28</sup> O direito de parceria e a lei de concessões : análise das Leis n. 8.987/95 e n. 9.074/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108-109.

**assim divididos em três lotes: Lote 1 – Alto Araguaia – trechos da Rodovia MT 100:**

Extensão:100,80 km **Lote 2 – Alta Floresta – trechos das Rodovias MT 320 e MT 208:**

Extensão: 190,90 km e **Lote 3 – Tangará da Serra – trechos das Rodovias MT 246, 343,**

**358 e 480:** Extensão: 233,20 km, este capítulo dedicar-se a abordar as seguintes modalidades de concessão:

- *Concessão de serviço público, comum ou tradicional*
- *Parceria Público-Privada: Concessão Patrocinada*  
*Concessão Administrativa*

### **Concessão de Serviço Público, comum ou tradicional**

Trata-se de modalidade de concessão que se caracteriza pela gestão indireta de um serviço público. Em regra, está associada a outras modalidades da técnica concessória, por exemplo, a de obras públicas e a de utilização e/ou exploração de bens do domínio público.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>29</sup> concessão de serviço público ordinária, comum ou tradicional é aquela em que a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço.

Tradicionalmente, a concessão de serviço público é reputada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública outorga a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

---

<sup>29</sup> Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64

Dos elementos contidos no conceito acima descrito evidenciam-se traços marcantes da forma de contratação que a Lei 11.074, de 2004, convencionou chamar de concessão comum.

Considerando o direito positivo brasileiro, o ponto distintivo entre a concessão comum e as novas modalidades de contratação pública, principalmente as introduzidas pela Lei federal 11.079/2004, reside na forma de remuneração do concessionário e na distribuição dos riscos dos empreendimentos.

Na concessão comum, ou seja, naquela disciplinada pela Lei federal 8.987/1995, a remuneração do concessionário decorre da exploração do serviço, essencialmente pela cobrança de tarifas, podendo o concessionário ser remunerado por receitas alternativas, ou pelo incremento de receitas acessórias, complementares ou provenientes de projeto associados, enquanto nas modalidades de concessão regidas pela Lei federal 11.079 de 2004 há contraprestação parcial ou total do Poder Público.

Quanto à distribuição dos riscos dos empreendimentos na modalidade comum, no art. 2.º, incisos II, III e IV, da Lei 8.987/1995, há a previsão da assunção da execução da obra ou serviço por conta e risco do concessionário; por seu turno, a Lei 11.079/2004 estabelece, como uma de suas diretrizes, a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Evidentemente, o objeto dessa espécie de concessão, quer na modalidade disciplinada pela Lei 8.987/1995, quer na instituída pela Lei 11.079/2004 (patrocinada e administrativa, excluindo-se a concessão administrativa de serviço público ao Estado), é a transferência da execução, gestão, de um serviço público *stricto sensu* a terceiro, conforme exigência da Carta Magna, art. 175.

A definição legal da concessão comum de serviço público consta do art. 2.º da Lei 8.987/1995, como lei nacional que é referida espécie de concessão está art. 175 e seus parágrafos não exigem que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário, antes permite que esta seja uma das formas de remuneração do concessionário.

Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>30</sup>, no direito brasileiro, o instituto da concessão se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que implica [...] a incidência de um plexo de princípios e regras pertinentes à relação entre o Estado, a iniciativa privada no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados. [...] A concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais.

### **Parcerias Público-Privadas**

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu no Brasil a Parceria Público-Privada, denominada PPP, incorporou diversos conceitos e experiências da prática internacional, sendo influenciada diretamente pelo Direito Inglês e criou duas modalidades de concessões, intituladas de **Concessão Patrocinada** e **Concessão Administrativa**.

A **Concessão Patrocinada**, pelo próprio conceito legal contido no artigo 2º, §1º, da Lei nº 11.079, é modalidade de concessão de serviço público ou obra pública de que trata a Lei nº 8987, quando envolver adicionalmente à tarifa dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.<sup>31</sup>

A **Concessão Administrativa**, conforme conceito contido no art. 2º, §2º, 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.<sup>32</sup>

Pode-se afirmar que as Parcerias Público-Privadas são uma das possibilidades disponíveis à Administração Pública para a oferta de infraestruturas econômicas e sociais à população.

---

30 Teoria geral das concessões de serviço público . São Paulo: Dialética, 2003. p. 58-59

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7 ed. São Paulo – Ed. Atlas. 2009 – p. 64

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7 ed. São Paulo – Ed. Atlas. 2009 – p. 64



A experiência internacional oferece evidências no sentido de serem bons projetos de Parcerias Público-Privadas eficazes para se obter o melhor uso dos recursos públicos, a entrega da infraestrutura no prazo e orçamento previstos e a operação mais eficiente na prestação de serviços e na manutenção dos bens.

Uma das principais características das Parcerias Público-Privadas que permite esses resultados é a adequada divisão dos riscos contratuais entre o poder público e o parceiro privado, a qual incentiva a inovação, a eficiência, o uso em nível ótimo dos ativos vinculados ao projeto e a gestão orientada à satisfação dos usuários.

Destaca-se ainda nas PPP's o oferecimento de garantias pelo Poder Concedente, um instrumento de atratividade para o mercado e de importância primordial para a viabilização dos projetos. Assim, as garantias serão oferecidas para que se tenha certeza de que, qualquer que seja o Governo, as obrigações contratuais assumidas serão integralmente cumpridas ou, caso não o sejam, os investidores terão formas de assegurar a receita contratada.

As garantias às obrigações pecuniárias da Administração Pública nos contratos de PPP estão dispostas no artigo 8º da Lei n.º11079/04 sendo elas: (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei. O parágrafo único do artigo 11 da referida Lei, por sua vez, estabelece que o edital de licitação deverá especificar as garantias a serem concedidas ao parceiro privado. Portanto, as garantias acima podem ser prestadas em caráter cumulativo e não exclusivo.

Importante destacar as diferenças que envolvem a Concessão Comum e as Concessões Administrativa e Patrocinada.

## Diferenças entre Concessão Comum, Administrativa e Patrocinada

Especificidades	Concessão Comum	Concessão Administrativa e Patrocinada
Divisão de riscos	Apenas o parceiro privado é responsável pelos riscos do empreendimento.	Os riscos são divididos entre as partes, sendo atribuídos a parte que tiver melhores condições de mitigá-los e controlá-los. Há proporcionalidade entre os direitos concedidos ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas, o que afeta positivamente o valor das propostas.
Garantias de cumprimentos	Apenas contratadas pelo parceiro privado	Também oferecidas pelo Poder Concedente, as garantias proporcionam maior confiança ao investimento por parte do parceiro privado.
Remuneração	Tarifária, desde o início do contrato, embora haja a possibilidade de instituição de subsídios públicos, disponíveis desde o momento da licitação a todos os eventuais proponentes.	Administrativa - Não tarifária, obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato. Patrocinada – O Poder Concedente paga um adicional da tarifa cobrada do usuário do serviço.

## **Definição do Modelo Jurídico a ser adotado**

### **Fundamentação Jurídica**

A infraestrutura rodoviária, conforme já exposto na introdução deste estudo de modelagem jurídica, repercute diretamente nas atividades econômicas desenvolvidas no Estado de Mato Grosso, por exemplo, no transporte de cargas, responsável por grande parte do escoamento da produção do agronegócio, bem como no transporte de passageiros, produzindo reflexos sociais, porquanto vias mal projetadas e conservadas aumentam o consumo de combustível, os custos operacionais das empresas e o número de acidentes.

Nesse sentido, a infraestrutura logística de transportes é determinante para o desenvolvimento de uma região, mas o volume de recursos necessários para atingir o nível de serviços desejáveis para essa infraestrutura nem sempre é compatível com a capacidade financeira do poder público.

Destaca-se que a atividade de operação e gestão de rodovias tem interesse e relevância coletiva e abrange não só a conservação, manutenção e a ampliação das vias públicas, como o apoio ao usuário e a regulação do tráfego. Por essa razão, busca a satisfação do interesse da coletividade, não se resumindo à satisfação do usuário de determinada rodovia.

Neste sentido, a legislação que cuida da exploração da malha rodoviária no Brasil, especialmente no âmbito federal, alçou a atividade de operação de rodovias à categoria de serviço público. A Lei federal 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, em seu art. 1.º, estatui:

Art. 1.º Sujeita-se ao regime de concessão, ou quando couber, de permissão, nos termos da Lei n.º 8.987/95, 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

[...]

IV – vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública.

Acrescenta-se ainda que a noção de serviço público é essencialmente evolutiva e “varia segundo as exigências de cada povo e de cada época, e o que caracteriza determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.

Ademais, existe a possibilidade de o legislador ordinário alçar à categoria de serviço público uma dada atividade, considerada essencial à satisfação das necessidades coletivas em dado momento, desde que respeitados os limites constitucionais para tanto.

Dentro dessa ordem de ideias, constatamos que o legislador infraconstitucional elevou a atividade de gestão e operação de rodovias à categoria de serviço público, o que se deu sob o influxo da decisão político-administrativa de transferência do exercício dessa atividade ao setor privado, conforme depreende-se da Estadual Lei n.8264/04.

Assim, a questão da qualificação da atividade, gestão e operação da malha viária como serviço público é relevante, pois da sua inclusão ou exclusão na espécie concessão de serviço público advém diferentes consequências, relativas ao regime jurídico no qual se encaixa (por exemplo, a possibilidade de responsabilidade objetiva do concessionário, art. 37, § 6.º, da CF/1988).

Sob esse aspecto, caracteriza-se como concessão de serviço público a delegação da exploração das rodovias à iniciativa privada, garantindo-se à legalidade ao Poder Público, ora a SINFRA para formalizar essa transferência.

Assim, considerando-se o conjunto de atividades inerentes ao Projeto com vistas a execução **dos serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais de Mato Grosso, assim divididos em três lotes: Lote 1 – Alto Araguaia – trechos da Rodovia MT 100: Extensão:100,80 km; Lote 2 – Alta Floresta – trechos das Rodovias MT 320 e MT 208: Extensão: 190,90 km e Lote 3 – Tangará da Serra – trechos das Rodovias MT 246, 343, 358 e 480: Extensão: 233,20 km, foi definido como**

o melhor arranjo jurídico para a obtenção dos resultados esperados, a modalidade contratual da CONCESSÃO COMUM, tipificada no § 2º, III do art. 3º da Lei n. 8987/95.

Em primeiro ponto, a plena viabilidade econômica do Projeto dependeu da estruturação de um arranjo que permitisse uma engenharia econômico-financeira própria do modelo CONCESSIONÁRIA. Ou seja: a opção pelo regime jurídico da Concessão derivou da necessidade de estruturar um ajuste em que a construção, operação e manutenção da infraestrutura pudesse ser custeada a partir da cobrança de tarifas, cuja receita pudesse concorrer para a amortização dos expressivos investimentos demandados, em prazo alongado para propiciar a viabilidade financeira do Projeto.

O estudo-econômico-financeiro revelou que, no âmbito da estruturação do Projeto e considerando o volume de tráfego avaliado nas rodovias em questão, o valor estimado de arrecadação da receita tarifária - considerados os níveis socialmente desejáveis para o valor da tarifa por si só serão suficientes para custear todo o Projeto.

Em razão disso, não foi necessária a integração de contraprestação pública ao sistema remuneratório da CONCESSIONÁRIA, o que impôs a configuração de um ajuste de Concessão Comum e não de uma Concessão Patrocinada.

O modelo está delineado a partir de normas gerais pelo art. 3º da Lei n. 8987/95, e, ainda, por normas estaduais e veio definido pela legislação nacional como sendo: “Concessão de serviços públicos precedida de 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”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Art. 3º Lei 8987 de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”.

Relativamente ao tipo do arranjo, portanto, a distinção marcante da Concessão comum em relação à Concessão Patrocinada está na desnecessidade de integração de contraprestação pecuniária no sistema de remuneração da CONCESSIONÁRIA. A espécie se presta aos Projetos concessionários autossuficientes, ou seja, quando a arrecadação tarifária é suficiente para subsidiar os investimentos e os custos da Concessão.

Como se observa, as indicações do estudo econômico-financeiro do Projeto tiveram como subsidio o estudo de engenharia de valor realizado e que tem como objetivo reduzir custos e prevenir eventuais custos desnecessários antes de produzir o produto ou serviço. Assim, ela busca eliminar custos que não agregam valor ao produto ou serviço.

A autossustentabilidade econômico-financeira revelou para o projeto a desvantajosidade sob a modalidade de obra pública (Lei 8.666/93) e inviável sob a modalidade de concessão patrocinada (Lei 11079/04), inclusive e principalmente diante do valor teto estimado para a tarifa, considerando ter atingido os patamares socialmente desejáveis.

De acordo com César Guimarães Pereira<sup>34</sup>, nos casos em que houver a exigência de tarifa, o montante a ser pago pelo usuário tem natureza de contraprestação. A relação jurídica formada pelo prestador e usuário tem, de um lado, o prestador com o dever jurídico de prestar o serviço e, de outro, o usuário com o dever jurídico de pagar a tarifa.

Para Cretella Júnior<sup>35</sup>, a tarifa desempenha duas funções: nas relações entre concessionário e público, a de regular o preço das prestações do serviço, das relações entre concessionário e concedente, a de regular os termos em que aquele consente a esta remuneração da sua iniciativa e dos seus capitais.

Do exposto depreende-se que a adoção do modelo jurídico da CONCESSÃO COMUM para o presente projeto justifica-se pela desnecessidade de integração ao sistema de remuneração da concessionária, desonerando o Estado deste encargo, considerando que

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>35</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. Dos contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 154

o valor das tarifas como ajustados e respeitando os níveis sociais desejáveis, serão por si suficientes para custear os investimentos e operação do projeto.

### **Composição do Objeto**

Tal como estruturado, o objeto da Concessão merece destaque, pois envolve a execução **dos serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos das rodovias estaduais de Mato Grosso, MT 100 MT 320; MT 208 MT 246, 343, 358 e 480**, durante todo o período da concessão, definido por 30 (trinta) anos.

Ainda, nos termos do artigo 18, inciso VII, da Lei n. 8.987/95, e considerando que o poder público, em vista do seu planejamento estratégico e do desenvolvimento econômico de Mato Grosso, que por vezes conduz à alteração de uso e de ocupação do solo em diversas regiões, poderá determinar a incorporação de novos trechos de rodovias ao objeto da Concessão, quando localizados na sua área de influência.

O advento da integração superveniente de trecho ao objeto da concessão já seria admissível sob o exercício da competência administrativa de alteração de contratos concessionários, o que dispensaria, inclusive, a sua antecipação no plano do contrato. De todo o modo, e com vistas a dotar o processo de seleção e de contratação da mais absoluta transparência, antevendo todas as possíveis e previsíveis expansões que eventualmente podem integrar-se ao objeto, é de todo conveniente a previsão *ex ante* da hipótese, definindo-se as condições para tanto nos respectivos instrumentos contratuais.

### **MARCOS REGULATÓRIOS**

Nos termos do já mencionado art. 175 da Constituição Federal a Concessão possui sua previsão, nos seguintes termos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Atualmente a Concessão está disciplinada no Brasil pela Lei n.º 8987<sup>36</sup> de 13 de fevereiro de 1995 e pela Lei n.º 9.074<sup>37</sup> de 7 de julho de 1995, além da legislação esparsa sobre serviços específicos. Trata-se de lei de caráter nacional, ou seja, aplicada a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No Estado de Mato Grosso a Lei n. 8.264/2004 estabelece "*o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicas no âmbito do setor rodoviário*", com remissão à Lei Federal n. 8.987/1995<sup>38</sup> com alterações promovidas pela Lei 9120/2009 e regulamentada pelo Decreto Estadual n. 5856/2005.

---

<sup>36</sup> Lei n.º8987 de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>37</sup> Lei nº9074 de 07 de julho de 1995 - Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

<sup>38</sup> A Lei Estadual nº 8.264/2004 se estrutura em onze capítulos, a saber: capítulo I - das disposições preliminares; capítulo II - do serviço adequado; capítulo III - dos direitos e obrigações dos usuários; capítulo IV - da licitação; capítulo V - do contrato de concessão e do contrato de adesão; capítulo VI - da remuneração da concessionária e da política tarifária; capítulo **VII - dos encargos da AGER-MT; capítulo VIII - dos encargos do poder concedente; capítulo IX - dos encargos da concessionária;** capítulo X - da intervenção e extinção da concessão; capítulo XI - das disposições finais e transitórias, sendo os capítulos destacados os mais afeitos à abordagem aqui realizada.



A Lei estadual citada está amparada pelo Texto Constitucional do Estado do Mato Grosso:

*Art. 131 - A autorização, permissão ou concessão para a prestação de serviços públicos, sempre mediante licitação, **será regulada por lei**, que disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação e as condições de caducidade, fiscalização, rescisão e reversão de concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - tarifas que permitam cobrir o custo, a depreciação dos equipamentos e os investimentos na melhoria e a expansão dos serviços;*

*IV - a obrigatoriedade de manter o serviço adequado;*

*V - a reversão dos bens vinculados ao serviço público objeto de concessão ou permissão.*

*§ 1º Os contratos de concessão e permissão de serviços públicos serão firmados por prazo determinado.*

*§ 2º A cassação de concessão e permissão de serviço público inabilitará, em qualquer hipótese, a participação do concessionário ou permissionário em nova concorrência pública para serviços da mesma natureza.*

A Constituição Estadual do Mato Grosso também prevê, no seu artigo 130, que as empresas concessionárias de serviços públicos “*sujeitam-se ao permanente controle e fiscalização do Poder Público e da coletividade, cumprindo-lhes manter adequada execução do serviço e a plena satisfação dos direitos dos usuários*”.

Vale salientar, de saída, que a lei impõe que o Governador do Estado publique, antes mesmo do edital de licitação, **ato justificando a conveniência da delegação de concessão ou permissão**, com a caracterização do objeto, extensão física, prazo e diretrizes que deverão ser observadas no edital de licitação e no contrato (art. 6º).

O art. 6º do decreto n. 5.856/2005 ainda exige que o Poder Público publique, após o ato de justificação, instrução normativa:

*No caso de aprovação, pelo Poder Concedente, de estudo de caracterização de rodovia, atendido o interesse público e justificando a conveniência da concessão ou permissão, será expedida Instrução Normativa com as regras que disciplinarão o procedimento licitatório.*

No que se refere à cobrança de pedágio, saliente-se que a Lei n. 8.720/2007 traz parâmetros concretos para a sua fixação, com a estipulação da unidade tarifária de pedágio (UTP) que comporá esta fórmula:  $UTP \times km \times \text{número de eixos dos veículos} = \text{valor do pedágio}$ . Estes parâmetros se aplicam quando a administração é a responsável direta pela arrecadação da tarifa, mas se faz remissão à faculdade que o poder público dispõe de outorgar concessões, o que pode exigir uma alteração legislativa caso a tarifa fixada destoe daquela expressão aritmética.

O Estado de Mato Grosso possui também instituída por lei a AGER-MT - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados que tem a função principal de exercer a regulação e fiscalização da concessão rodoviária. O traçado institucional da AGER-MT, no âmbito da concessão rodoviária, evidencia seu papel determinante no que toca à regulação setorial e no controle da qualidade dos serviços e por isso tem condições de aportar informações técnicas relevantes ao processo.

Adiante serão sistematizadas as principais disposições que cuidam das atribuições dos envolvidos na concessão, relacionando as competências do poder concedente, da concessionária e da agência reguladora.

#### **b) Atribuições da AGER-MT e da SINFRA**

Nesta seção se detalha o estabelecimento das competências reguladoras e fiscalizadoras entre a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados - AGER-MT - e a Secretaria Estadual de Infraestrutura e Logística – SINFRA, no que toca à concessão de rodovia estadual, tendo como parâmetro a Lei n.8.264/2004, conjugada com o decreto regulamentador n. 5856/2005 e os atos

de instituição e organização da Secretaria Estadual de Infraestrutura e Logística– SINFRA e Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER/MT<sup>39</sup>.

As competências da AGER-MT estão sistematizadas no art. 34 da Lei n. 8.264/2004:

*I - regulamentar o serviço concedido e permitido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;*

*II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais quando do não cumprimento da regulação e do contrato;*

*III – propor ao Poder concedente a intervenção na execução e prestação de serviço, nos casos e condições previstas em lei e no contrato;*

*IV - propor ao Poder concedente ajustes técnicos para melhorar a qualidade do serviço prestado;*

*V - proceder ao reajuste e à revisão das tarifas;*

*VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais;*

*VII - zelar pela boa qualidade da obra ou do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários;*

*VIII - encaminhar ao Poder concedente subsídios para declaração de necessidade ou de utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, para que este possa promover as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes a concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;*

---

<sup>39</sup> Lei Complementar Estadual 164/2004 (criação da SINFRA); Decreto n. 465/2016 (regimento interno da SINFRA); Leis ns. 7.101/1999 e 429/2011 (criação e definição de competências da AGER-MT); Decreto 1.017/2017 (regimento interno AGER-MT).

*IX - estimular o aumento de qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;*

*X - incentivar a competitividade.*

A AGER-MT também é incumbida de avaliar a pertinência do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato quando da sua prorrogação (§ 2º, art. 27).

Além disso, se verifica que no edital e no contrato devem constar obrigatoriamente os direitos e obrigações do Poder concedente, da AGER-MT e da concessionária em relação às alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço (inc. VII do art. 18 e inc. V do art. 22).

Ao Poder Concedente, que nos termos do art. 2º do decreto regulamentador n. 5856/2005 será titularizado pela Secretaria Estadual de Infraestrutura e Logística - SINFRA, por sua vez, cumpre, nos termos do art. 36:

*I - analisar e decidir sobre as propostas encaminhadas pela AGER, em especial quando se tratar de intervenção na execução e prestação de serviço;*

*II - responsabilizar-se pelo investimento para construção das praças de pedágio e instalação de balança rodoviária, quando previsto no edital de licitação;*

*III - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes a concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;*

*IV - realizar a licitação para a concessão e permissão dos serviços, bem como a homologação do resultado da licitação.*

O Poder Concedente é o titular da malha rodoviária e quem terá a responsabilidade de tomar as decisões, valendo-se de seu juízo de conveniência e oportunidade. A AGER-MT auxiliará a SINFRA em questões de natureza técnica.

Por ser do Poder Concedente a decisão de delegar a execução dos serviços de sua titularidade ou executá-los diretamente, cabe a ele também determinar a realização de estudos visando o trespasse dos serviços e das obras necessárias para operação da rodovia, que deverão conter (art. 5º do decreto):

*I – característica da rodovia;*

*II – elementos de tráfego;*

*III – composição do tráfego;*

*IV – granulometria da seção transversal;*

*V – granulometria longitudinal;*

*VI – pavimento;*

*VII – defeitos;*

*VIII – obras de arte;*

*IX – praça de pedágio;*

*X - elementos de proteção e segurança;*

*XI – viabilidade econômica para concessão.*

Diante das competências da SINFRA tem-se que esta exerce atribuições a respeito do desenho da concessão que, uma vez definida, será encaminhada, acompanhada e fiscalizada em conjunto com a AGER-MT.

Assim, coube então, à SINFRA determinar a realização dos estudos a respeito da operação da rodovia para então definir as regras que guiarão o procedimento licitatório, além de realizar a licitação e atuar em momentos críticos, quando da necessidade de intervenção nos serviços, por exemplo.

## **Autorização legislativa para a Concessão**

O modelo jurídico escolhido foi analisado quanto ao atendimento às normas legais vigentes e a necessidade de adequação do ordenamento jurídico.

Em se tratando de licitações e contratação, a CF/88 em seu art. 22, XXVII, dispõe ser esta matéria de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É que, embora prevista no artigo competência privativa da União, vê-se, na verdade, que caberá à União apenas editar, de forma privativa, normas gerais sobre licitações e contratos.

Dessa forma, o legislador dos demais entes federativos poderá apenas suplementar aquilo que a União dispuser na norma geral, obedecendo-se, contudo, à principiologia normativa básica. Isso pode ser comprovado a partir da leitura do art. 175 da CF/88, o qual indica que lei posterior iria dispor sobre a matéria.

Assim é a própria Constituição Federal quem determina que o sistema de concessão será sistematizado de acordo com as necessidades de cada ente federativo, observadas as peculiaridades de cada caso concreto e os limites encontrados na norma geral.

Sobre as concessões no Estado de Mato Grosso, a matéria foi regulamentada pela Constituição Estadual, em seu art. 25, que dispõe:

Art. 25 - Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado no art. 26, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente:

X - matéria financeira, podendo:

a) autorizar, previamente, o Governador a estabelecer concessão para exploração de serviço público, bem como fixação e reajuste de tarifas e preços respectivos

Porém, dúvidas e discussões existem quanto a necessidade de Lei específica que autorize a celebração de contratos de concessões, o que remete a presente análise, considerando que o modelo jurídico escolhido é a Concessão.

Para Marçal Justen Filho a necessidade de autorização legislativa estaria explicitada no art. 175, caput e parágrafo único, da CF/88. “Disso, podemos concluir que toda disposição de lei infraconstitucional que restringir a necessidade de autorização legislativa será, portanto, inconstitucional, uma vez que, se a CF não faz nenhuma distinção, não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-la<sup>40</sup>”

Explica esse autor que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica.

Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouvesse sobre os contornos da concessão e permissão, no âmbito de sua autonomia federativa. “<sup>40</sup>Reputa-se que o tema se enquadra no âmbito da autonomia federativa. Cada ente federativo dispõe de competência para disciplinar a organização e o funcionamento de seus serviços. Incumbir-lhe-á, como decorrência, optar por solução detalhada ou genérica, sendo inviável extrair da Constituição outra solução, que não a de prestigiar a Federação. Isso significa adotar o entendimento de que, se tal for a opção do ente federativo, será suficiente autorização legislativa genérica, remetendo à Administração a explicitação das condições reputadas como adequadas para a delegação”.

Ainda no mesmo entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que, <sup>41</sup> “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. “[...] Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É

---

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.173

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe”

Sobre o tema preferimos comungar com o entendimento da corrente que defende a necessidade da autorização legislativa para as concessões.

Nesse sentido, considerando que a Lei n.8264/04 que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicas no âmbito do setor rodoviário” é expressa sobre a autorização para o Estado de Mato Grosso celebrar concessões rodoviárias, tem-se já cumprida a expressa autorização legislativa para o presente projeto.

#### MATRIZ DE RISCO

Para melhor compreensão das responsabilidades das partes frente aos riscos do projeto, seguem planilhados com a sua descrição considerando o seu tipo e a sua alocação

Tipo de risco		Descrição sucinta do risco(*)	Alocação do risco
RISCO DE DEMANDA	DE	Risco de que a demanda de tráfego seja inferior à projetada, produzindo receitas insuficientes para remunerar o capital privado, ou para compensar os investimentos e custos operacionais ligados e indispensáveis à devida execução do Contrato.	CONCESSIONÁRIA
RISCO PASSIVO AMBIENTAL	PELO	Risco de dano ambiental já caracterizado antes da assinatura do Contrato e não conhecido quando da celebração do ajuste.	PODER CONCEDENTE



RISCO AMBIENTAL	Risco de degradação ambiental advinda da execução do Contrato, a contar da data da sua assinatura.	CONCESSIONÁRIA
RISCO ECONÔMICO	Riscos advindos do cenário econômico: incluem-se aí o risco de taxa de juros, de taxa de câmbio, de não obtenção de financiamento. Esses riscos constituem-se na possibilidade de perda financeira decorrente do efeito de movimentos adversos dessas taxas sobre os investimentos e financiamentos contratados.	CONCESSIONÁRIA
RISCO DE ENGENHARIA	Os riscos relacionados à engenharia, como o risco de projeto, o risco de construção e o risco de operação. O risco de projeto diz respeito aos erros cometidos na concepção de obras de ampliação e melhorias a cargo da Concessionária. O risco de construção refere-se aos riscos incorridos durante esta fase, a saber: atrasos em seu cronograma, atrasos na obtenção de licenças, custos não previstos incorridos e percalços de diversas naturezas, como o risco geológico. O risco de operação abrange questões ligadas à eficiência no manejo da operação e em seu custeio.	CONCESSIONÁRIA

RISCO TRIBUTÁRIO	Risco de alteração das normas tributárias que impacte a execução do Contrato.	PODER CONCEDENTE
RISCO DE ALTERAÇÃO UNILATERAL	Risco de que o Poder Concedente imponha novas obrigações à Concessionária, incluindo, também, casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração.	PODER CONCEDENTE
RISCO REGULATÓRIO	Risco de a Concessionária ter que cumprir exigências decorrentes de imposição da Agência Reguladora, de sofrer a exigências de novos licenciamentos ou ainda de cumprir sanções aplicadas pela Agência Reguladora.	CONCESSIONÁRIA
RISCO JUDICIAL	Risco de sofrer condenações judiciais que impactem as finanças da Concessionária	CONCESSIONÁRIA
RISCO DE PROBLEMAS ESTRUTURAIS NOS TRECHOS VIÁRIOS TRANSFERIDOS	Risco de que as estruturas existentes não suportem novas melhorias ou exijam novos investimentos.	CONCESSIONÁRIA

\*Os riscos alocados à **Concessionária** não se limitam aos estabelecidos expressamente nesta **Matriz de Risco**, competindo-lhe assumir todos os demais **Riscos** provenientes da execução dos serviços, exceto aqueles expressamente alocados ao **Poder Concedente**.

## EDITAL E ANEXOS

### **Providências Necessárias para a Licitação**

Há algumas informações e providências relevantes a serem investigadas e realizadas previamente ao lançamento de Licitação. Com o propósito de minimizar riscos jurídicos e favorecer condições seguras e mais econômicas à Concessão, foram traçadas algumas indicações relevantes para orientar o desenvolvimento da Licitação.

Considerando a necessidade de dar maior transparência e governança, condições indispensáveis ao desenvolvimento deste projeto, principalmente quanto ao procedimento licitatório, o certame (leilão) ocorrerá na sede da **B<sup>3</sup> – Brasil Bolsa Balcão**, na cidade de São Paulo/SP, como forma de potencializar oportunidades de negócios em um ambiente de mercado neutro e dinâmico.

Nos termos das premissas adotadas pela **B<sup>3</sup>** na realização dos leilões em seu ambiente o edital disponibilizará um manual de procedimentos elaborado pela **B<sup>3</sup>** a ser observado e adotado pelos licitantes, que implicará regras indispensáveis à participação dos proponentes interessados.

### **Identificação da modalidade e critério de julgamento das propostas:**

A definição pela modalidade de concorrência, prescrita pela Lei n.8987/95, impõe como regra a adoção do procedimento típico para essa modalidade de Licitação, que pressupõe a seguinte cronologia para o desenvolvimento das fases que integram a fase externa do certame:

- (i) fase de divulgação;
- (ii) (ii) fase de proposição;
- (iii) (iii) fase de habilitação;

(iv) e (iv) fase de classificação/julgamento de propostas; e

(v) (v) fase de homologação/adjudicação

Porém, tanto a Lei n. 8987/1985, como a Lei estadual n. 9.120/2009 admitem a possibilidade de inversão de fases, deslocando-se o desenvolvimento da habilitação para depois da fase de classificação/julgamento de propostas. Lembre-se que esta estrutura invertida de fases (julgamento de propostas/habilitação) já vem sendo admitida em outras legislações. É o caso da Lei do Pregão e, antes dela, da Resolução n. 65/98 da ANATEL.

Nesse sentido, o procedimento licitatório para a Concessão **dos serviços públicos de conservação, recuperação, manutenção programada, manutenção emergencial, implantação de melhorias e operação rodoviária de trechos de rodovias estaduais de Mato Grosso, assim divididos em três lotes: Lote 1 – Alto Araguaia – trechos da Rodovia MT 100: Extensão:100,80; Lote 2 – Alta Floresta – trechos das Rodovias MT 320 e MT 208: Extensão: 190,90 km e Lote 3 – Tangará da Serra – trechos das Rodovias MT 246, 343, 358 e 480: Extensão: 233,20 km** optou pela Concorrência pública com inversão de fases.

#### **Critério de Seleção a Ser Aplicado**

O critério de seleção proposto para licitar a presente Concessão é o previsto no inciso II do art. 15 da Lei n. 8987/1995 e inciso II do art. 17 da Lei estadual 8264/2004 alterado pelo Lei estadual 9120/2009, que consiste na maior oferta de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da Concessão.

A opção pelo critério exclusivamente econômico de seleção justifica-se na experiência acumulada com licitações para concessões rodoviárias no Brasil, considerando principalmente a necessidade de:

- (i) evitar a oferta de uma tarifa de pedágio com descontos exagerados que comprometam a execução do contrato, ensejando a entrega antecipada da concessão;

- (ii) permitir ao Poder Público a discricionariedade na utilização dos valores auferidos na outorga;
- (iii) proporcionar um critério objetivo de escolha, com maior segurança jurídica.

Destarte ainda que esse critério, na concepção dos órgãos de controle mostra-se o mais transparente e recomendável considerando que resguarda o interesse público na medida que se reflete o respeito aos usuários e uma gestão eficiente dos recursos públicos.

