

Caderno 4 | Modelo Jurídico

Conteúdo

1. Ajustamento jurídico	2
2. Modelo Jurídico.....	3
2.1. Orientações gerais	3
2.2. Das leis e regulamentos aplicáveis à proposta de Parceria Público-Privada (PPP).....	6
2.3. Concessão Comum.....	8
2.4. Concessão Patrocinada.....	15
2.5. Concessão Administrativa.....	20
3. Modelagem Proposta e Principais Aspectos Jurídicos da Modelagem da PPP	30
3.1. Introdução	30
3.2. Natureza dos serviços e escolha do melhor modelo contratual.....	30
3.3. Enquadramento do escopo do Projeto à lei sobre PPPs.....	31
4. Matriz de riscos	33
4.1. Estrutura de garantias	34
5. Detalhamento das responsabilidades entre o Poder Concedente e a Concessionária	36
5.1. Responsabilidades do Poder Público	36
5.2. Responsabilidades da Concessionária	37
5.3. Estrutura do Plano de Seguros	44

1. Ajustamento jurídico

Busca-se apresentar informações reunidas em forma de ajustamento jurídico em trabalho organizado e desenvolvido a partir da proposta do Governo do Estado do Maranhão, que lançou Procedimento de Manifestação de Interesse nº 01/2017, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP.

Referido ato convocatório de PMI trouxe como objetivos do Estado maranhense a viabilização de estudos, levantamentos, informações técnicas e dados necessários à estruturação de projeto de Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, para a construção, equipagem, operação e manutenção de 04 (quatro) Unidades Prisionais de Ressocialização Modelo (UPRM) com capacidade de 512 (quinhentas e doze) vagas cada para presos do sexo masculino, visando à oferta total de 2.000 vagas prisionais, localizadas na região das seguintes coordenadas geográficas:

- a) 5°56'24.4"S 44°16'34.2"O;
- b) 2°05'16.3"S 45°55'30.9"O;
- c) 3°34'09.0"S 43°49'47.3"O;
- d) 6°26'56.9"S 47°23'49.0"O.

O Poder Público, conforme o chamamento realizado, define que os estudos e levantamentos almejados proporcionem a implantação de um modelo capaz de atender a demanda do Estado do Maranhão pela ampliação do número de vagas e também de ampliação do tratamento individualizado ao preso, de modo a proporcionar-lhe atendimento e tratamento de qualidade para se atingir a humanização da pena.

Para se alcançar a humanização, a UPRM deve disponibilizar diversos mecanismos de integração social do preso, notadamente por intermédio do estudo, trabalho, e das interações sociais.

Estudo, trabalho, e interações com a família e sociedade são a pedra de toque para se alcançar bons resultados e, com isso, a inserção do preso do Estado maranhense no mercado de trabalho no período de cumprimento de pena, e sua reintegração social pós-cárcere.

O art. 39, V da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, contempla o trabalho como um dever do preso e traz como consequência a remição da pena (seu artigo 39, V c/cart. 126), de maneira que possa preparar-se para ser reincorporado à sociedade.

O estudo para o preso, diferentemente do trabalho, não é tratado na Lei de Execução Penal como um dever expresso e mesmo assim produz remição da pena (art. 126), além de propiciar acesso ao conhecimento, sendo também elemento dignificador e de ressocialização. A remição, por meio do

trabalho e do estudo, garante ao preso em regime fechado ou semiaberto um dia de pena a menos a cada três trabalhados ou estudados.

Em maio de 2015, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou o entendimento de que o trabalho externo pode ser contado para remir a pena de condenados à prisão, e não apenas o trabalho exercido dentro do ambiente carcerário.

Além do atendimento ao escopo e à observância das diretrizes e premissas definidas no Edital nº 01/2017 – SEAP, o Interessado terá que atender aos seguintes critérios: “b) o grau de aprofundamento dos estudos; c) a inovação das soluções apresentadas e a capacidade de atendimento das demandas da SEAP; d) a possibilidade efetiva de as propostas levarem a ganhos de eficiência e à redução de custos para a SEAP (demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes e o impacto socioeconômico da proposta); e) o cronograma projetado (e devidamente justificado) para a execução do projeto; f) o nível de detalhamento das justificativas apresentadas para as soluções propostas; g) a consistência e coerência dos dados e premissas que subsidiaram a realização do projeto e a robustez dos levantamentos e pesquisas realizadas pelo agente interessado, incluindo-se eventuais estudos de campo; e, h) a compatibilidade com a legislação aplicável ao setor e com as normas técnicas emitidas pelos órgãos e entidades competentes”.

Atendendo as orientações de avaliação dos estudos, levantamentos, dados e informações técnicas, apresentamos a modelagem jurídica a partir das diretrizes seguintes.

2. Modelo Jurídico

2.1. Orientações gerais

2.1.1. A PMI maranhense trouxe a necessidade de uma frente jurídica, composta dos relatórios ou pareceres, bem como das minutas de edital e de contrato, incluída a formatação dos correspondentes anexos, necessários à realização de eventual procedimento licitatório.

2.1.2. Os relatórios ou pareceres pressupõem prévio processo administrativo de licitação, cuja fase interna será objeto de análise pela Assessoria Jurídica do Órgão, que emitirá Parecer, conforme art. 38, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - Edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

II - Comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;

IV - Original das propostas e dos documentos que as instruírem;

V - atas, relatórios E deliberações da Comissão Julgadora;

VI - Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

IX - Despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - Termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Obviamente que nada obstará que a SEAP, quando houver, valha-se da Consultoria externa para colaborar para sanar dúvidas, inclusive sugerindo eventuais encaminhamentos jurídicos com o intuito de melhor atender ao escopo geral do projeto.

A Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, fundamentadamente, para pontos específicos do projeto, também poderá solicitar a elaboração de quaisquer desses documentos aos agentes interessados.

2.1.3. A minuta de edital deverá contemplar todos os requisitos legais exigidos para a licitação do projeto, cuidando especialmente de indicar:

- a) A modalidade de licitação a ser adotada para a PPP;
- b) O critério de julgamento;
- c) As garantias de proposta exigidas, de maneira fundamentada;
- d) Os requisitos para habilitação, de maneira fundamentada;

- e) A licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto exigir.
- f) A ordem das fases do certame; e
- g) Os aspectos técnicos da proposta e os critérios de pontuação, se for o caso.

2.1.4. A minuta da concessão administrativa deverá contemplar todos os requisitos legais exigidos para Parcerias Público-Privadas, cuidando especialmente de indicar:

- a) As obrigações das partes;
- b) O modo, a forma e as condições de prestação do serviço;
- c) As garantias contratuais exigidas, inclusive em favor do concessionário;
- d) Os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros de qualidade do serviço;
- e) A forma de fiscalização dos serviços objeto da PPP, admitida a figura de verificadores independentes;
- f) O fluxo correspondente às etapas do pagamento, desde a liquidação da despesa até a liberação dos valores devidos a título de contraprestação;
- g) As penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, proporcionais ao tipo e à gravidade da infração correspondente;
- h) A listagem dos riscos do projeto e a sua distribuição entre as partes na PPP;
- i) As fórmulas para os processos de reequilíbrio econômico-financeiro;
- j) As fórmulas, mecanismos e a periodicidade da revisão dos indicadores de desempenho;
- k) Os casos de extinção da concessão e os bens reversíveis; e
- l) Os mecanismos amigáveis de resolução de conflitos, incluída a arbitragem.

O Interessado, atento às diretrizes de aprofundamento e inovação do chamamento público, que foram totalmente observadas, busca incrementar o presente trabalho dedicando subitem específico sobre a legislação correlata ao objeto almejado, as possíveis formas, modelagem proposta (Concessão Administrativa) e seus principais aspectos jurídicos relacionados com o regime de Parceria Público-Privada.

Dentre vários aspectos, a matriz de riscos, a estrutura de garantias, o detalhamento das responsabilidades entre a CONTRATANTE, a CONTRATADA e outros intervenientes, bem como os seguros a serem contratados ao longo da vigência da concessão administrativa de concessão administrativa ganham relevo na presente proposta de solução segundo diretrizes específicas da PMI.

2.2. Das leis e regulamentos aplicáveis à proposta de Parceria Público-Privada (PPP)

Registre-se que a legislação a ser observada foi detidamente analisada e os itens a seguir a relacionam, de maneira que se possa aferir com certa eficácia a sua aplicação à modelagem do projeto de PPP objeto da Chamada Pública nº 001/2017 em âmbito federal e estadual:

I – Leis e regulamentos federais:

- a) Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
- b) Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 (Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal);
- c) Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho 1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências);
- d) Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175, da Constituição Federal, e dá outras providências);
- e) Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995 (Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências);
- f) Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública);
- g) Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências);
- h) Lei Federal nº 4.320 de 17 de março de 1964 (Define Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal).
- i) Lei de Execução Penal - LEP (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984);
- j) Resolução nº 005/1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP (Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária);
- k) Resolução nº 008/2002, do CNPCP (Relaciona as atividades não passíveis de privatização);
- l) Resolução nº 016/2003, do CNPCP (Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança);

- m) Resolução nº 003/2005, do CNPCP (Diretrizes básicas para a construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais em parceria com o Governo Federal);
- n) Portaria nº 33, de 22 de abril de 2005, do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (Manual de Diretrizes Gerais e Procedimentos Operacionais);
- o) Resolução nº 005/2006, do CNPCP (Sugere as metas e prioridades da Política Criminal e Penitenciária);
- p) Portaria nº 004, de 10 de fevereiro de 2006, do DEPEN (Disciplina o monitoramento e a avaliação de ações, projetos e atividades financiadas com recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN – e dá outras providências);
- q) Portaria nº 022, de 17 de maio de 2006, do DEPEN (estabelece prioridades, prazos, procedimentos e critérios para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos do FUNPEN e dá outras providências);
- r) Resolução nº 014/1994, do CNPCP (Trata das regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil);
- s) NBR/ABNT 9050, de 2004 (Versa sobre Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos);
- t) Portaria nº 123, de 19 de setembro de 2009, do CNPCP;
- u) Portaria nº 157, de 05 de novembro de 2007, do DEPEN;
- v) Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.
- w) Resolução nº 09/2011, do CNPCP;
- x) Resolução nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

II – Leis e regulamentos do Estado do Maranhão:

- a) Constituição do Estado do Maranhão;
- b) Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016, que institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, cria o Conselho Gestor do Programa e o Fundo Garantidor;
- c) Decreto Estadual nº 32.355, de 09 de novembro de 2016, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI;
- d) Decreto Estadual nº 32.356, de 10 de novembro de 2016, que regulamenta a Lei nº 10.521, de 19 de outubro de 2016;

- e) Provimento nº 13/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que dispõe sobre as normas a serem adotadas por todos os juízos em relação à comunicação do fluxo, permanência e saídas de pessoas do sistema penitenciário maranhense e dá outras providências.

III – Referências adicionais

- a) Plano Diretor do Sistema Penitenciário Estado do Maranhão;
- b) Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.

Desse modo, a relação legislativa e outras fontes sugeridas atenderão ao ato convocatório naquilo que darão à Administração Pública do Estado do Maranhão as diretrizes que atendam ao princípio da legalidade estrita, e que segundo a doutrina específica e mais balizada é diretriz básica da conduta dos agentes públicos: “[...] toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.” (CAVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21 eds. rev. amp. Atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 19)

Apresentada a legislação a ser observada pelo Poder Público, tece-se breves considerações sobre as possíveis formas de concessão administrativa mediante contratos públicos, ou administrativos, segundo o ordenamento jurídico pátrio, em que se busca apresentar o seu enquadramento justaposto ao Projeto almejado pelo Estado do Maranhão. Dessa maneira, busca-se apresentar alguns modelos vigentes de contratação e aquele que melhor se amolda às necessidades apresentadas em sede de PMI pelo Estado do Maranhão.

Dito isto, tem-se que dentre todas as modalidades de contratos administrativos vigentes, a modalidade que melhor se ajustariam à proposta, próximo tema de nosso trabalho.

2.3. Concessão Comum

A concessão administrativa recebeu da doutrina especializada em Direito Administrativo diversos conceitos que merecem algumas considerações para melhor compreensão e alcance da modalidade que a Administração Pública maranhense venha a optar.

Um conceito a ser melhor trabalhado envolve a locução “serviços públicos” prevista no art. 175 da CR/1988 e que não recebeu conceituação no texto da Lei nº 8.987/95. Para tanto, vale citar a definição do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello¹ sobre o assunto: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público.”

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 695.

O conceito é inovador porque expõe com clareza os elementos da prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados, cuja prestação se dá sob regime de Direito Público. Vale dizer, só será considerado “serviço público” aquela atividade pública definida por lei que traga utilidade e comodidade para o cidadão e seja passível de individualização para que seja possível a remuneração, que pode ocorrer sob a força de tarifas.

Feitas essas breves considerações sobre o que vem a ser serviço público, adentra-se em questões conceituais envolvendo a concessão de tais serviços e sua sistematização.

O que se nota sobre o regime das concessões é que não existe uma uniformidade de conceito na doutrina. Maria Sílvia Zanella Di Pietro, então, apresenta uma sistematização segundo a qual:

- 1. os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo concessão de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direito ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês;*
- 2. os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público;*
- 3. Os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos,²*

Interessa ao presente estudo, segundo o objeto da PMI sob análise e considerações, a segunda parte da sistematização apresentada por Maria Sílvia Zanella Di Pietro, em que distingue a concessão translativa da constitutiva.

A **concessão translativa**, segundo renomada autora, “importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são **próprios** do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público³. É o melhor conceito para o objeto perseguido pela Administração Pública. Já a **concessão constitutiva**, apenas para constar, e segundo a mesma autora, “ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público⁴.”

²DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 267.

³DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 268.

⁴DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 268.

Dito isto e objetivando sempre tentar clarear as nuances que possam surgir dos conceitos envolvendo as concessões em geral, torna-se necessário esclarecer que o art. 175 da Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico a regra segundo a qual “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.”

Desde logo já é possível verificar que o texto constitucional não faz qualquer menção à autorização de serviço público. E nesse particular aspecto, pode-se entender que o serviço autorizado não teria sido contemplado no texto constitucional porque engloba uma gama de serviços que não são prestados a terceiros, mas aos próprios particulares beneficiários da autorização.⁵

A autorização de serviço público tem como pressuposto a titularidade do serviço pelo Estado e sua ação discricionária de autorizar, ou não, o particular interessado na execução do serviço público sem a necessidade de atender à coletividade, mas às suas próprias necessidades, como por exemplo os serviços de telecomunicações, radiodifusão, instalação de energia elétrica, aproveitamento energético dos cursos d’água, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeronáutica dentre outros contidos nas normas dos incisos XI e XII do art. 21 da CR/1988.

A Lei nº 8.987/95 trouxe o tratamento ou regramento normativo sobre a concessão e a permissão.

Uma peculiaridade a ser analisada anteriormente à normatividade legal, é no que tange ao entendimento da doutrina sobre a natureza jurídica da permissão, que não se confunde com a de um contrato.

Segundo Di Pietro⁶, a permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário. Já a concessão decorre do acordo de vontades e sem precariedade.

Mas divergência levantada pela doutrina sobre a natureza de contrato da permissão foi provocada exatamente pela Lei nº 8.987/95, exatamente em seu art. 40, *in verbis*: “A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral da concessão administrativa pelo Poder concedente”.

Ora, a delegação por adesão não deveria ser remetida à natureza jurídica de um contrato e isso foi bem esclarecido por José dos Santos Carvalho Filho: “Entretanto, a Lei nº 8.987/95, de modo surpreendente e equivocado, atribuiu à permissão de serviço público a natureza de **contrato de adesão** (art. 40), provocando justificável confusão sobre essa forma de delegação”.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 268.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 280.

Não se busca aqui estender demasiadamente o tema, mas apenas tecer algumas considerações sobre a justificável confusão que se tem observado sobre os dois institutos a partir da vigência da Lei nº 8.987/95.

E o alerta se justifica uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre os serviços relacionados no art. 21, XII da CR/1988 objeto de delegação sob a forma de permissão, mencionando expressamente no texto de seus votos a concessão: “Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas”. [MS 27.516, rel. min. Ellen Gracie, j. 22-10-2008, P, DJE de 5-12-2008].

Feitas essas considerações sobre o texto constitucional e legal, pode-se então lançar mão de um conceito doutrinário sobre a concessão, simples ou comum, como sendo “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário⁷.

Sob o aspecto legal, a concessão comum de serviços públicos é conceituada no art. 2º, II da Lei 9.897/1995 como sendo: “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;”⁸.

Resta sobremaneira evidente que a concessão comum corresponde à delegação da execução de serviço cuja incumbência original é do Poder Público e a infraestrutura é pré-existente, sendo tratado, nesse instante, da concessão de serviço público precedida de obra, seguindo a sistematização proposta por Maria Sylvania Zanella de Pietro mencionada alhures.

Conforme art. 2º, III da Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública engloba “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;”. Segundo a doutrina, é o contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo.⁹

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 350.

⁸ BRASIL. Lei 8.987, 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. Senado: DOU, 14.2.1995 e republicado em 28.9.1998.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353.

Destaca-se de ambos os conceitos, tanto legal quanto doutrinário, encargos ao concessionário, ou seja, construção de infraestrutura por sua conta e risco, que envolve investimentos, de maneira a viabilizar a exploração do próprio serviço público da concessão por um prazo determinado, de maneira que possa auferir a contraprestação pecuniária pelo Poder concedente, que é devida e necessária à amortização e percepção do lucro.

Com isso, é possível afirmar ser possível e também viável sob o aspecto eminentemente jurídico a contratação de empresas privadas, isoladas ou consorciadas, para a prestação de serviços públicos, ainda que haja a necessidade de execução de obra precedente para viabilizar referida prestação.

Toda e qualquer celebração de contrato de concessão comum, ou mesmo especial a ser tratada mais adiante, ensejará prévio procedimento licitatório, na modalidade concorrência, observadas prescrições contidas nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95, segundo determinam os princípios básicos da moralidade e igualdade dentre outros contidos no caput e inciso XXI do art. 37 da CR/1988: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, “os contratos de concessão não fogem à regra que a Constituição traçou sobre exigibilidade de licitação para as contratações (art. 37, XXI). Ao contrário, no art. 175 deixou assentada, de forma inquestionável, a exigibilidade do procedimento seletivo, e, para tanto, empregou a expressão “**sempre através de licitação**”.

Segundo previsão contida nas referidas leis, os critérios de escolha da concessionária podem ser pelo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, ou, o maior valor oferecido à Administração Pública em pagamento de ônus da outorga (conforme disposto no artigo 15, inciso I e II da Lei Federal nº 8.987/95).

Na verdade, o critério de julgamento deve amoldar-se à forma pela qual se ajusta a concessão do serviço, de maneira que o vencedor seja o licitante que ofereça o menor valor de tarifa do serviço a ser prestado, ou a melhor/menor remuneração à Administração Pública pela exploração do serviço concedido.

Além do mais, nada obsta que ocorra a combinação de ambos os critérios de julgamento, segundo esclarece José dos Santos Carvalho Filho, “a despeito de serem esses os critérios básicos, a lei admite ainda a sua combinação, de acordo com o que vier a ser regulado para a concessão (art. 15, I a III, do

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 360.

Estatuto das Concessões)”, sugerindo assim esse critério combinado e especial que pode ser adotado pela Administração Pública em regra do edital.

Outra possibilidade, além do critério do menor preço da tarifa ou do preço a ser pago pela Concessionária à Administração Pública, refere-se à melhor técnica a ser adotada pela licitante, que também poderá ser objeto de disputa e julgamento na licitação.

Nessa hipótese o licitante deverá apresentar sua proposta técnica, devendo a Administração Pública atentar para as possibilidades contidas nas normas do artigo 15, incisos IV, V, VI e VII da Lei Federal nº 8.987/95, com as alterações introduzidas pela Lei 9.684/1998, assim interpretadas por José dos Santos Carvalho Filho¹¹:

A Lei nº 9.648, de 27/5/1998 acrescentou os incisos IV, V, VI e VII ao art. 15, introduzindo critérios de melhor técnica, antes inexistentes: IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Antes, porém, de publicar a concorrência aos propensos interessados na concessão do serviço público, antes mesmo de instaurar a própria fase interna da licitação, atentar para a exigência de autorização legal para a delegação, observadas as disposições da Lei nº 9.074/1995, que em seu art. 2º assim dispõe: “É vedado à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhe autorize e fixe os termos, dispensada 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, observados, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995”.

Assim, também é crucial que se tenha informações na forma das cláusulas essenciais quando se tratar de concessão de serviço público em que se tenha execução de obra, que foram bem agrupadas por José dos Santos Carvalho Filho¹² em cinco categorias:

A primeira consiste nas cláusulas relativas ao serviço, que são as que definem o modo, a forma e condições de prestação do serviço, bem como as que fixam os critérios de sua avaliação; as que indicam o objeto, a área e o prazo da concessão; e as que fixam o preço e os critérios de reajuste. A se-

¹¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

¹²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370.

gunda categoria é a das cláusulas relativas aos direitos e obrigações, ou seja, aquelas que definem os direitos e obrigações da concedente, do concessionário e dos usuários. Uma terceira categoria é a das cláusulas de prestação de contas, aquelas que impõem ao concessionário prestar contas ao concedente e que lhe exigem a publicação de demonstrações financeiras periódicas. A quarta consiste nas cláusulas de fiscalização, pelas quais a concedente acompanha a execução do serviço pelo concessionário e, quando for o caso, aplica-lhe as devidas sanções. E a última corresponde às cláusulas relativas ao fim da concessão, que são as que preveem os casos de extinção, os bens irreversíveis, o cálculo indenizatório, as condições de prorrogação da concessão administrativa e as que definem o foro para divergências contratuais.

Importante não deixar de contar que quando for exigida a execução de obra na concessão do serviço público, será necessário adicionar mais duas cláusulas, sendo que uma deverá definir os cronogramas físico-financeiros da execução e a outra o oferecimento de garantia do fiel cumprimento das obrigações relativas às obras que precederam a prestação do serviço, conforme art. 23, parágrafo único, I e II da Lei n. 8.987/95¹³.

Também deve figurar como cláusula essencial a de eleição de foro para solução de conflitos entre concessionário e Poder concedente, admitindo-se inclusive a eleição de juízo arbitral, segundo ditames do art. 23, XV da Lei nº 8.987/1995 c/c a Lei 9.307/1996 e alterações posteriores introduzidas pela Lei nº 13.129/2015.

No que tange ao prazo de duração da concessão, a Lei nº 8.987/95 não se aplicam os prazos fixados no artigo 57, caput e inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, já que não se exige para as concessões créditos orçamentários para acobertá-la, e, além do mais, um prazo reduzido não seria suficiente para amortizar os investimentos que o concessionário com obras e tecnologias implantadas, por exemplo, em uma unidade prisional como sistemas de monitoramento por câmeras, de controle e gestão de presos, de monitores de segurança e de colaboradores administrativos dentre outros.

Essa omissão de prazo máximo na Lei das Concessões não impede que tal prazo seja fixado por novo dispositivo ou no próprio edital de licitação.

Outro fato de fundamental importância refere-se à viabilidade do negócio proposto pelo Poder Público, cujas diretrizes irá nortear a construção do modelo econômico-financeira do Projeto pelo concessionário. Disso surgirá a tarifa ou a remuneração do Poder concedente, que deverá ser suficientemente equilibrada ou equânime para assegurar no prazo de duração máxima da concessão, que o

13BRASIL. Lei 8.987, 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. Senado: DOU, 14.2.1995 e republicado em 28.9.1998.

Concessionário amortize seus investimentos e perceba a remuneração estabelecida em sua proposta de preço de forma satisfatória.

Como se vê, as principais características para a modelagem de uma concessão comum são: (i) a adoção de tarifa compatível com a amortização dos investimentos a serem executados pela Concessionária, observada a necessidade de modicidade tarifária; e (ii) a prestação do serviço público pelo privado, por sua conta e risco, desde que garantidos parâmetros mínimos de qualidade no serviço prestado.

O modelo proposto tem como principal vantagem a ausência de qualquer subvenção da Administração, ficando o particular contratado responsável não somente pela viabilização total do Projeto, mas, também, eventualmente, pela obrigação de pagamento de ônus referente à outorga da concessão ao Poder concedente.

2.4. Concessão Patrocinada

Além da concessão comum do serviço público, a Lei 11.079/2004 trouxe uma modalidade especial denominada Parceria Público-Privada (PPP), no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

A competência para legislar sobre licitações e contratações públicas é concorrente, para os termos do art. 24, § 3º da CR/1988, que lhes daria a prerrogativa de exercer plenamente a competência legislativa na ausência de normas gerais federais.

Obviamente que com a superveniência da lei federal ficariam suspensas a eficácia das normas dos Estados. No entanto, as Leis federais gerais sobre licitações e contratações pela Administração pública estão vigentes, a exemplo da Lei nº 8.666/1993 e da Lei Federal nº 10.520/2002 que trata do Pregão. E o art. 1º da Lei 11.079/2004 é explícito quanto à instituição de normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O pioneiro na criação das normas sobre PPP foi o Estado de Minas Gerais, que editou em Lei nº 14.868, de 16/12/2003. Em seguida, o Estado de Santa Catarina editou a Lei nº 12.930, de 4/2/2004 e seu regulamento na forma do Decreto nº 1.932, de 14/6/2004. A legislação paulista veio através da Lei nº 11.688, de 19/5/2004, regulamentada pelo Decreto nº 48.867, de 10/8/2004. O Estado de Goiás não ficou atrás e editou a Lei nº 14.910, de 11/8/2004 e mais recentemente o Estado do Maranhão editou Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016, que institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas e criou o Conselho Gestor do Programa e o Fundo Garantidor.

É importante frisar que as normas específicas dos Estados não podem se contrapor às normas gerais federais atualmente em vigor, segundo exegese no sentido de que não se aplica o § 3º, mas o § 2º do art. 24, combinado com o art. 22, XXVII, da CR/1988, que por sinal estão em perfeito alinhamento

com o mencionado art. 1º da Lei 11.079/2004, o que diminui em grande parte o campo de eficácia das normas estaduais sobre PPP, que apenas valem na medida em que sejam compatíveis com as atuais normas gerais federais sobre licitações e contratações públicas, inclusive no âmbito das concessões especiais (PPP).

Feitas tais considerações, interessa ao presente estudo tecer algumas considerações conceituais e sobre as modalidades de concessão especial, que podem ser administrativas ou patrocinadas, sendo que esta será objeto de análise neste tópico.

A concessão patrocinada é uma das formas existentes de Parceria Público-Privada (PPP) que segundo Fernando Vernalha Guimarães¹⁴, “é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração. Configura-se como uma concessão (comum) de obra (exceção de obra seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário) ou de serviço público (delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários, precedida ou não da execução da obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

As PPPs de que trata a Lei nº 11.079/04, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, ao analisar a redação do art. 2º, “[...] é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens mediante contraprestação do parceiro público”.

Nessa modalidade, os particulares ficam encarregados pela prestação dos serviços, execução de atividades, operação e gestão de infraestruturas, estabelecimentos ou empreendimentos de interesse público, dentre outras situações, sendo remunerados de acordo com o seu desempenho. Segundo Fernando Vernalha Guimarães¹⁶, ao analisar a natureza jurídica da contraprestação pecuniária em ajustes de PPPs, entendeu que: “O seu enquadramento jurídico importa consequências diretas no regime aplicável, se subvenção (econômica) ou se contraprestação (pagamento) por serviços prestados.”

Aspecto a ser destacado é o de dependência de subsídio financeiro pela Administração Pública, referente parcela de serviço a ser prestado ou de obra pública a ser executada; O restante dos custos será de responsabilidade do parceiro privado, mediante cobrança de tarifas dos usuários dos serviços/obras. São exemplos dessas modalidades pedágios numa concessão rodoviária, quando a tarifa cobrança dos usuários das estradas não é suficiente para cobrir todos os custos.

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria Público Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 285.

¹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria Público Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

Tal qual ocorre na concessão comum, um dos conceitos centrais da concessão patrocinada está justamente na expressão “serviços públicos”, composta de dois principais elementos, a saber: (i) prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; e (ii) prestação em regime de Direito Público.

Importante ressaltar que, para a caracterização de uma PPP patrocinada, é imprescindível que os investimentos para a execução das obras ou serviços públicos não sejam financiáveis exclusivamente por meio da cobrança de tarifas dos usuários, haja vista a necessidade de envolvimento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Da mesma forma como ocorre com as concessões comuns, a celebração de um contrato de concessão patrocinada deverá ser precedida de licitação, na modalidade concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais nº 8.666/93 e nº 11.079/04.

Os critérios de julgamentos para a escolha da melhor Proposta poderão seguir os ditames do artigo 15, incisos I a V, da Lei Federal nº 8.987/95 e/ou aqueles contidos no artigo 12, inciso II, alínea “a” e “b”, da Lei Federal nº 11.079/04:(a) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública ou (b) a combinação do critério da menor contraprestação da Administração Pública com o critério de análise técnica. Nesse aspecto Fernando Vernalha Guimarães é esclarecedor ao afirmar que “Não por acaso, então, a Lei nº 11.079/2004 batizou essas obrigações de contraprestações pecuniárias, associando-lhes a noção de remuneração do concessionário pelo cumprimento de suas obrigações.”

A autorização legislativa exigida no âmbito das concessões comuns também o será na concessão patrocinada, em que a Administração Pública pagar mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado. O momento da autorização legislativa será, para os termos da Lei nº 11.079/04, previamente à licitação destinada à escolha do concessionário detentor da proposta com as melhores condições. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷ excepciona que, “nos termos do art. 10, § 3º, a contribuição do parceiro público não pode ser superior a 70% da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, a menos que haja autorização legislativa específica.

Prazo, valor e objeto são sempre condições exigidas em toda e qualquer contratação pública e não seria diferente no regime das concessões especiais patrocinadas, segundo requisitos mínimos contidos na Lei Federal nº 11.079/04.

Desse modo, o prazo, assim como nas concessões comuns, deve ser compatível com a amortização dos investimentos e expectativa de resultados contidos na proposta econômica, sendo no mínimo de cinco anos de vigência e no máximo, ou não superior, a trinta e cinco anos, já considerando eventual prorrogação.

¹⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 288.

A partir da PMI e dos estudos voltados a uma solução que atenda à Administração Pública maranhense, constatou que a presente proposta não viola a vedação de contratos de parceria que não atendam ao montante mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), bem como não incorre na proibição de formalização de Parceria voltada única e exclusivamente ao fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A contraprestação a que o legislador optou é em pecúnia (pecuniária) (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004), mas nada obsta que o parceiro público remunere o parceiro privado de outras formas, que para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸ estariam contempladas na norma do art. 6º: “ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, outros meios admitidos em lei.”

Um indicativo da necessidade da parceria remonta na maioria das vezes na certeza de que o Poder concedente não dispõe, de fato, de recursos financeiros suficientes para a consecução integral do empreendimento. Tais recursos seriam o investimento inicial pelo parceiro privado, principalmente quando houver obras a serem executadas. Daí a importância dos agentes financiadores, principalmente as instituições financeiras, seja do setor público ou privado, aspecto esse que, na ótica de José dos Santos Carvalho Filho¹⁹, talvez seja o fato que melhor justifique a ideia de parceria como está na titulação do ajuste.

O art. 4 da Lei nº 11.079 também dispõe sobre diretrizes da concessão especial, necessárias à na elaboração dos projetos, conforme se pode cotejar do edital da PMI maranhense, com fins a se alcançar melhor eficiência na execução as obras e serviços públicos (art. 4º, I), o respeito aos interesses dos destinatários do objeto da concessão administrativa e dos parceiros privados (art. 4º, II), indelegabilidade das funções do Estado, no caso do Poder de Polícia (art. 4º, III), responsabilidade fiscal tanto na execução da obra quanto no momento da prestação dos serviços (art. 4º, IV), transparência de procedimentos e decisões (art. 4º, V), repartição objetiva dos riscos (art. 4º, VI) e sustentabilidade financeira (art. 4º, VII).

Nessa modalidade de concessão patrocinada há desde logo um distanciamento evidente com a concessão comum, a partir do compartilhamento dos riscos do empreendimento entre parceiro privado e Poder concedente, segundo melhor exegese da norma do art. 5º, III da Lei nº 11.079/2004. Para José dos Santos Carvalho Filho²⁰, o risco compartilhado do empreendimento indica “[...] que o Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado no caso da eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha tido como causa fatos imprevisíveis,

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 289.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 410.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 410.

como o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a imprevisão em virtude de álea econômica extraordinária”.

A Lei Federal nº 11.079/04 trouxe também a necessidade de cláusulas essenciais, sendo o primeiro grupo inerente àquelas já comentadas no tópico das concessões comuns. O outro grupo está previsto no art. 5º e incisos da referida Lei, assim consideradas cláusulas adicionais como a repartição dos riscos entre os parceiro público e o parceiro privado, prazo contratual, remuneração e a atualização dos valores contratuais e as que indicam os meios de preservação da atualidade da prestação dos serviços, indicação de fatos que indiquem a inadimplência pecuniária do concedente, as penalidades aplicáveis às partes no caso de inadimplemento, garantias de execução da concessão administrativa pelo parceiro privado em compatibilidade com a natureza e a extensão do objeto contratual, compartilhamento com a Administração dos ganhos econômicos do concessionário se houver redução do risco de crédito de financiamentos por ele obtidos, vistoria de bens reversíveis e retenção de pagamentos para o fim de sanar eventuais irregularidades.

Além das cláusulas obrigatórias, a mesma Lei nº 11.079/2004 admite a inclusão da concessão administrativa de concessão especial de cláusulas não essenciais, cuja ausência não acarreta nulidade da concessão, que deve ficar a cargo da avaliação de conveniência do Poder concedente, podendo assim ser exemplificado como aquelas que autorizam a transferência de controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores e emissão de empenho em nome dos mesmos agentes financiadores do projeto (art. 5º, § 2º, I).

No que tange às vedações, nas concessões especiais patrocinadas não é celebrada concessão administrativa aquém de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), com tempo aquém do mínimo de cinco anos e além do máximo de trinta e cinco anos (art. 2º, § 4º, II e art. 5º, I da Lei 11.079/2004), não se admitindo que seu objeto seja **unicamente** para fornecimento de mão de obra, instalação de equipamentos ou execução de obra pública uma vez que se enquadra na modalidade de contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/1993.

Segundo leciona José dos Santos Carvalho Filho²¹, ao analisar a Lei nº 11.079/2004, “a parceria público-privada evidencia clara preocupação em evitar que o concessionário, a cujo cargo ficaram os investimentos no serviço ou na obra pública, sofra prejuízos ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do Poder concedente ou até mesmo em virtude de fatos imprevisíveis. Por tal motivo, a lei consignou as garantias que podem ser contratadas relativamente às obrigações contraídas pela Administração Pública (art. 8º).” Dentre várias garantias, pode-se mencionar a vinculação de receita (art. 8º, I), instituição de Fundo Garantidor (art. 16 a 22), contratação de seguro garantia com empresas não controladas pelo ente estatal, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras fora do controle do Poder Público, dentre outras modalidades permitidas em lei e

²¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 415.

que assegurem e evitem que o parceiro privado sofra qualquer prejuízo ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do Poder concedente ou até mesmo em virtude de fatos imprevisíveis.

A modelagem de uma concessão patrocinada apresenta as vantagens do compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o privado, o que torna desde logo a proposta atrativa, sendo que se alia a isso outras envolvendo a regra do pagamento em pecúnia pelo Poder concedente ao concessionário em complemento as tarifas cobradas dos usuários, além da presença de mecanismos de garantia que tem como finalidade evitar prejuízos em face do parceiro privado, seja em razão do inadimplemento do Poder concedente ou até mesmo por fatos imprevisíveis, sempre voltada à fiel execução da concessão administrativa. No entanto, a modelagem que melhor atenda aos interesses do Parceiro público seja a concessão administrativa que passaremos a expor a seguir.

2.5. Concessão Administrativa

A concessão administrativa, igualmente regida pela Lei Federal nº 11.079/04, consiste no modelo em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço ou de interesse público delegado, ainda que o contrato envolva a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens.

2.5.1. Conceituação

Segundo Fernando Vernalha Guimarães a concessão administrativa seria uma novidade para a Administração brasileira, a princípio rodeada por restrições na própria legislação administrativa pátria,

A concessão administrativa é um modelo contratual novo no direito brasileiro; novo na acepção de não ser mera reprodução legal de tipos sociais vigentes no terreno da contratação administrativa. Enquanto a concessão patrocinada já cabimento na experiência prática, apoiado na exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/97, o tipo da concessão administrativa, pelo menos no que pressupõe atividades distintas do serviço público (na sua modalidade aplicável a serviços gerais ao Estado e a serviços sociais), configura um modo inédito de arranjar os ajustes no plano da contratação administrativa. Até porque sua hipótese fática encontrava óbice jurídico inferido no art. 7º, da Lei nº 8.666/93, que veda a inclusão, no objeto da concessão administrativa administrativo de serviços, da obtenção de recursos financeiros para o financiamento da prestação. Outra restrição desde sempre inferida da Lei de Contratos Administrativos Gerais repousa sobre a conjugação de objetos, sendo (como regra) inviável naquela espécie de arranjo (submetida ao regime da Lei nº 8.666/93) a acumulação de prestações distintas, as quais podem ser submetidas a processos independentes de seleção de con-

tratantes, alcançando-se em cada caso a obtenção da proposta mais vantajosa"

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²², o conceito inserido para a concessão administrativa na norma do art. 2º, § 2º da Lei nº 11.079/2004 peca por falta de clareza, principalmente em relação ao seu objeto, que difere do da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público.

Na concessão administrativa o seu objeto é uma prestação de serviço enquanto atividade material da Administração e que não tem as características de serviço público.

Segundo Di Pietro, “haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, sob a forma de empreitada (arts. 6, VIII, e 10).”

Mas não há que se confundir a concessão administrativa com um contrato administrativo de empreitada, sendo que uma interpretação sistemática da lei remete ao conceito mais adequado, segundo o qual a concessão administrativa tanto pode ter, eventualmente, por objeto a execução material de atividade (aproximando-se de empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão do serviço público comum e na concessão patrocinada), que é o real objetivo, segundo sempre Di Pietro²³, “é o objetivo do legislador”.

Ao expor o conceito de concessão administrativa, José dos Santos Carvalho Filho²⁴ o fez com o respaldo de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira²⁵ que, por sua vez, invoca autores também de renome com Gustavo Binembojm e Floriano de Azevedo Marques Neto, que entendem ser a concessão administrativa o contrato que envolve a prestação de serviço “de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”, o que remete ao entendimento que não haverá remuneração ao parceiro privado sob o regime de tarifas a cargo dos usuários, surgindo dessa maneira como uma solução lógica à pretensão da Administração Pública maranhense em realizar um empreendimento que envolva a construção de Unidades Prisionais de Ressocialização Modelo - UPRM, englobando obras a serem executadas como prestação de serviços que não englobem a delegação do poder de polícia.

Segundo o mesmo autor, “assim como definido pela Lei Geral de PPP, concessão administrativa é o contrato administrativo concessório celebrado entre a Administração Pública e terceiro (parceiro privado), que tenha por objeto a 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.”

Diante dessa realidade conceitual, pode-se exemplificar que a concessão administrativa é exatamente o que ocorre em contrato que tenha por objeto a construção/manutenção/gestão de hospitais, já

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 289-290.

²³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 291.

²⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 407.

²⁵FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira. Parcerias Público-Privadas. Aspectos Constitucionais, ed. Fórum, 2006, p. 72.

que, neste caso, o usuário (Administração Pública) arca integralmente com a remuneração da Concessionária.

2.5.1. Repartição objetiva de riscos Compartilhamento de riscos e de ganhos

O art. 4º, inciso VI da Lei 11.074/2004 prevê o compartilhamento objetivo dos riscos entre as partes, competindo à doutrina a melhor definição.

A repartição objetiva de riscos entre as partes, como diretriz básica da parceria público-privada, significa, nos dizeres de Pedro de Menezes Niebur²⁶, que cumpre o parceiro público oferecer, dentro das formas previstas em contrato, na lei e em estrita obediência ao princípio da supremacia do interesse público, retorno monetário suficiente e adequado ao parceiro-privado para viabilizar o investimento e a execução da atividade.

Noutro norte, fala-se também em compartilhamento de ganhos econômicos, remete à ideia de justa distribuição de bônus, ou resultados, se houver, sempre que o parceiro público concorrer para a redução dos gastos com financiamento, fará jus ao benefício econômico advindo dessa redução, segundo melhor interpretação da norma do art. 5º, inciso IX da Lei nº 11.079/2004.

Segundo Pedro de Menezes Niebur²⁷, “influi sobre a expectativa de sucesso do parceiro privado, em parte, a postura do parceiro público relativa ao cumprimento de seus compromissos e às garantias postas à disposição do parceiro privado, o que reflete, por via direta, na aferição do risco de inadimplência do financiamento da operação, que compõe, inegavelmente, o custo do crédito.”

Nota-se assim característica peculiar da concessão administrativa a repartição objetiva dos riscos entre as partes bem como dos ganhos econômicos nas hipóteses permitidas pela Lei.

2.5.2. Do enquadramento do objeto da PMI na concessão administrativa

A partir do conceito estudado é fácil perceber que a PMI maranhense busca concretude mediante parceria com a iniciativa privada, cujo enquadramento, ou modelagem, melhor se enquadra na forma de concessão administrativa.

Tanto, que é inevitável a comparação: se no âmbito da Gestão de Saúde admite-se concessão administrativa para construção, manutenção e gestão de hospitais, por óbvio que no aspecto da Gestão Penitenciária, ou de Defesa Social, ou Segurança Pública, também se admita a licitação e subsequente contratação de parceiro privado sob o mesmo regime, desde que não se delegue o Poder de Polícia estatal, entendimento esse inclusive defendido por Fernando Vernalha Guimarães²⁸: “Figura-se o exemplo da concessão administrativa para a construção e manutenção de estabelecimento prisional,

²⁶NIEBUR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privadas: Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: 2008, p. 116.

²⁷NIEBUR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privadas: Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: 2008, p. 133.

²⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria Público Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

associada à exploração de serviços administrativos gerais, como gestão da hotelaria, envolvendo atividades de restaurante, lavanderia, limpeza, manutenção de estrutura etc.”

Em que pesem haver as divergências interpretativa, os serviços os serviços de monitoramento, acompanhamento e atendimento aos presos dentro da unidade prisional, não se confundiriam com o Poder de Polícia estatal, visível por sua vez quando os agentes públicos do Poder Concedente realizam a segurança externa, nas muralhas bem como as escoltas dos presos entre unidades prisionais, desta para as audiências junto ao Poder Judiciário, valendo-se inclusive do emprego de armas de fogo permitidas pela Constituição Federal e pela Lei.

2.5.3. A distinção da concessão administrativa da concessão comum e da concessão patrocinada

Em linhas gerais, a concessão administrativa distingue-se da concessão comum e da concessão patrocinada na medida em que não tem como finalidade a prestação de um serviço público, mas sim de um serviço em que a Administração Pública é a única usuária, direta ou indiretamente.

2.5.4. Remuneração

A remuneração do concessionário será provida exclusivamente pela Administração Pública, ou seja, pelo Poder concedente, ainda que eventualmente complementado por receitas auxiliares (art. 11 da Lei nº 8.987/95), sendo também a regra o pagamento pecuniário e exceção às formas de outra natureza permitidas pela Lei (art. 6º da Lei nº 11.079/2004).

2.5.5. Desempenho e remuneração variável

O pagamento sob o regimento de concessão administrativa poderá ser pactuado sobre a forma de remuneração variável, vinculada ao desempenho do parceiro privado (art. 7º, da Lei nº 11.079).

Por mais que os riscos ao parceiro privado sejam reduzidos, não significa que desapareceram completamente, especialmente em relação à execução do objeto, que deve ocorrer segundo padrões de qualidade, quantidade e também de disponibilidade dos serviços à Administração Pública, o que por sua vez não deixa de ser interpretado como compartilhamento objetivo de riscos (art. 4º, VI, e 5º, III, da Lei nº 11.079).

O compartilhamento objetivo de riscos com o PODER CONCEDENTE juntamente com o regime de garantias legais, tornam o objeto atrativo para o parceiro privado, sendo que por isso a Administração Pública tem o dever de exigir padrões de qualidade objetivamente mensuráveis em quantidade, qualidade e disponibilidade, sendo o grau de eficiência e eficácia do parceiro privado no desempenho de seus deveres e obrigações um dos riscos que assume na concessão e que pode impactar diretamente sobre sua remuneração (art. 6º da Lei nº 11.079/2004). Para tanto, serão necessárias metas

e indicadores de desempenho por qualidade e disponibilidade definidos em contrato, preferencialmente em Anexo Próprio.

Mas salienta-se, nada obsta, como assevera o próprio Fernando Vernalha Guimarães²⁹, que se opte pela remuneração fixa ao concessionário como, por exemplo, pela prestação de serviços, “desde que a eficiência e a racionalização dos custos possam ser alcançadas por técnicas aptas a transferir o risco, por exemplo, de manutenção da infraestrutura ao concessionário etc.”

E nesse mesmo sentido, Pedro de Menezes Niebur³⁰ salienta que, “embora a remuneração variável em função do desempenho fosse a ideia original das parcerias, uma vez não ser seu escopo garantir renda mínima ao parceiro privado, a Lei nº 11.079/2004 optou por transformá-la em faculdade”.

Com tais considerações, sugerimos que a remuneração do parceiro privado pelo Poder concedente se dê de forma variável e mediante desempenho a ser aferido por intermédio de um verificador independente.

2.5.6. Vedação de complexidade do objeto da concessão administrativa

Aspecto crucial a ser também observado pela Administração é no que tange à vedação de complexidade do objeto da concessão administrativa, segundo previsão expressa no inciso III, do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004.

A manifestação de interesse não permite vislumbrar qualquer tipo de complexidade do objeto pretendido, no caso, obras e serviços para a realização das Unidades Prisionais de Ressocialização Modelo.

2.5.7. Licitação

No que tange à modalidade licitatória, é a concorrência para os termos do art. 10, da Lei nº 11.079/2004, aplicando-se também as disposições contidas nas Leis Federais nº 8.666/93 e 8.987/1995.

Nota-se que a lei deixou larga margem de discricionariedade para a elaboração do edital, cabendo à autoridade decidir sobre a inclusão ou não dos itens que tratam de exigência de garantia, emprego dos mecanismos privados de solução de disputa, como a arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de julgamento, forma de apresentação das propostas econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, limitação dos lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for 20% maior que o valor da melhor proposta, inversão das fases de habilitação e julgamento.

²⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP Parceria Público Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

³⁰ NIEBUR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privadas: Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: 2008, p. 129.

Segundo Di Pietro³¹, “sendo decisões discricionárias do Poder concedente e derogando a legislação vigente sobre licitação, a ausência de qualquer dessas possibilidades no instrumento convocatório significará que não poderão ser adotadas posteriormente”.

Com esteio nessas premissas, importante também tecer breves considerações sobre o tipo de licitação a ser adotada pela Administração Pública.

2.5.7.1. Tipo de licitação

A ausência de complexidade do objeto e a experiência mineira na contratação de objeto semelhante, senão quase idêntico ao pretendido pela Administração Pública maranhense, permite à Administração Pública optar pelo tipo de licitação mais célere.

A concorrência, salvo melhor juízo, prescindirá do critério de julgamento técnica e preço, a exemplo do que aconteceu em Minas Gerais, cuja concessão administrativa foi licitada com razoável celeridade e está em plena execução, com indicadores de desempenho aferidos por um verificador independente e que impacta na remuneração do parceiro privado.

Assim, o tipo melhor preço e melhor técnica se justifica pelo nível de detalhamento do Projeto, que se resume em obras a serem realizadas bem como serviços inerentes administração de área meio para o Parceiro não disponíveis direta ou indiretamente à população no âmbito da execução penal no Estado do Maranhão, cujo detalhamento em planilha de preços unitários e totais permite sua aferição clara e peculiar para que os interessados possam elaborar com precisão suas propostas econômicas.

2.5.7.2. Do julgamento das propostas

Mas, para todos os fins, tratando de uma discricionariedade da Administração, o julgamento das propostas do objeto licitado para a celebração da concessão administrativa poderá levar em consideração: (a) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal nº 11.079/04); ou (b) a combinação do critério da menor contraprestação da Administração Pública com o critério de análise técnica (artigo 12, inciso II, alínea “b”, da Lei Federal nº 11.079/04).

2.5.8. Autorização legislativa

A autorização legislativa deverá ser exigida uma vez que a remuneração na concessão administrativa será realizada integralmente pelo Estado, não havendo cobrança de tarifa dos usuários³², em que

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 300.

³²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitação nas PPPs: Questões Relevantes, 28.out.2014. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2014/10/28/licitacao-nas-parcerias-publico-privadas-questoes-relevantes/>>. Acesso em: 30 junho 2017.

pese existir entendimento no sentido de que não há tal obrigatoriedade nos casos em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública.

2.5.9. Sociedade de Propósito Específico - SPE

Outras exigências contidas na Lei nº 11.079/2004 a serem observadas pela Administração Pública maranhense, se relacionam com a formação de Sociedade de Propósitos Específicos para a celebração da concessão administrativa de concessão administrativa (art. 9º).

Trata-se de exigência de caráter obrigatório, independentemente de o licitante vencedor ser ou não um consórcio.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³, trata de uma previsão que atende a possibilidade de controle dessa sociedade, mediante autorização da Administração Pública, observado o parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.987/95, que exige do pretendente capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à execução do serviço (inciso I) e compromisso de dar cumprimento a todas as cláusulas da concessão administrativa em vigor (inciso II). ”

2.5.10. Previsão de penalidades

A previsão das penalidades aplicáveis ao concessionário e à Administração Pública em caso de inadimplência deve ser proporcional à gravidade cometida (art. 5º).

No caso da Administração Pública, está relacionada à previsão de aplicação de multa ressarcitória, cujo objetivo é o de indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente causados pelo Poder concedente”.

Qualquer outro tipo de penalidade não se ajusta em face do Estado que detém com exclusividade o poder sancionatório.

2.5.11. Do prazo

A delimitação do prazo contratual deverá observar o mínimo de cinco anos e máximo de trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação, conforme disposto no art. 5º, inciso I da Lei nº 11.079/2004.

Conforme alerta de Pedro de Menezes Niebur³⁴, “a extensão temporal da concessão administrativa de parceria atrela-se, da mesma forma que a repartição de riscos o faz, à própria natureza do instituto. A parceria público-privada envolve elevados valores. Nos termos do art. 4º do art. 2º, é aplicável somente a contratos acima de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 294.

³⁴ NIEBUR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privadas: Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: 2008, p. 121.

Dessa forma, e como já visto anteriormente no presente estudo, especificamente quando da análise da concessão patrocinada, em que foi afastada a possibilidade de interpretação do prazo contratual da concessão administrativa a partir da Lei Geral das Licitações e Contratações pela Administração Pública, somos que o prazo a ser fixado em contrato deve ser alongado, porém, de forma compatível com a amortização dos investimentos e expectativa de resultados contidos na proposta econômica, sendo no mínimo de cinco anos de vigência e no máximo, ou não superior, a trinta e cinco anos, já considerando eventual prorrogação.

2.5.12. Da limitação de despesas e Lei Responsabilidade Fiscal

A limitação de despesas à Administração Pública está expressamente prevista nos artigos 22 e 28 da Lei nº 11.079/2004, acompanhada da necessária observância da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, a Administração pública maranhense deverá demonstrar nos autos do processo de concessão administrativa que a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios (art. 22 da Lei nº 11.079/2004).

E somente poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes também não excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Alia-se a isso que também deve ser observado para todos os fins as exigências contidas no art. 10, inciso I, b e c, a V, da Lei nº 11.079/2004.

Deve-se dar cumprimento às normas dos dispositivos da LRF em virtude da complexidade decorrente da duração da concessão administrativa de concessão administrativa, que pode atingir trinta e cinco anos.

Desse modo, sugerem-se revisões periodicamente de cálculos, para se aferir se está sendo mantida a compatibilidade da despesa com o Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou com a Lei Orçamentária anual para evitar que o contrato de concessão venha a ser rescindido.

2.5.13. Do valor mínimo e da vedação de objeto único na concessão administrativa

É vedado pelo ordenamento jurídico a celebração de concessão administrativa por valor a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e a formalização da concessão administrativa que tenha por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública e imposição de limites de despesa (art. 22 e 28).

2.5.14. Da consulta pública

Outro aspecto necessariamente obrigatório e a ser observado antes do lançamento da concorrência pública, é consulta pública exigida pelo art. 10, VI da Lei nº 11.079/2004.

Deve ser disponibilizado aos interessados tanto o edital quanto a minuta da concessão administrativa por intermédio de publicação na Imprensa Oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, contendo inclusive a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração da concessão administrativa, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento das sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

2.5.15. Licença ambiental

Outro aspecto relevante e prévio ao procedimento de licitação, previsto na norma do inciso VII do art. 10 da Lei nº 11.079/2004, é a exigência da licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto da concessão administrativa exigir.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵, “Na realidade, a exigência seria desnecessária, porque toda a matéria de licenciamento já está disciplinada em lei, especialmente a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a política Nacional do Meio Ambiente.”

Nesse particular aspecto, entende-se que tratando de um interesse da Própria Administração, inclusive como condição prévia à própria licitação, atenderia ao princípio da eficiência previsto no art. 37 da CR/1988 que o Poder Público proceda de maneira a tornar célere a expedição das licenças ambientais aos propensos licitantes, sem que isso implique, de qualquer forma, qualquer redução no grau de proteção do meio ambiente.

2.5.16. Do regime de garantias

Diante da necessidade de vultosos investimentos do parceiro privado para a execução da concessão administrativa, aliada à ausência de cobrança de tarifas dos usuários, verifica-se ainda de maior relevo a constituição de garantias pelo Poder concedente, na forma do artigo 8.º, da Lei Federal nº 11.079/04.

Antes de tudo é importante frisar que compete ao parceiro-privado o investimento inicial, geralmente empregado na execução da obra, de maneira a colocar a URPM em condições de atender às exigências da Lei de Execução Penal e outras correlatas relacionada alhures no presente estudo.

³⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 298.

Não haverá, como se nota, contraprestação pública, porém, a Administração Pública não detém, na maioria das vezes, os recursos financeiros disponíveis para ela própria construir o empreendimento de maneira a colocá-lo em perfeitas condições de operação.

Mas, o parceiro privado, conforme lhe assegura a lei, poderá buscar no mercado financeiro recursos necessários à execução do empreendimento, sendo as garantias criadas a partir do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, que são condições para a liberação dos recursos financeiros, quais sejam: (a) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, (b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, (c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, (d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, (e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, (f) outros mecanismos admitidos em lei.

Diante do rol de garantias, destaca-se que o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP/MA, criado pela Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016 e regulamentado pelo Decreto nº 32.356, de 09 de novembro de 2016, ou a possibilidade de contratação de seguro garantia e da garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras controladas pela iniciativa privada.

Seria a melhor opção a possibilidade a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, em que pese seus custos elevados e a exigência de desembolso de valores, por parte do parceiro público, no momento da contratação.

2.5.17. Parecer Jurídico

Também deverá a Administração Pública atentar-se para a necessidade de submeter o processo administrativo, independentemente dos pareceres que venham a ser emitidos pela Consultoria privada, ao crivo da Assessoria ou Procuradoria Jurídica da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, para que não se configure omissão de formalidade prevista expressamente no art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993 no que tange à fase interna da Licitação na modalidade concorrência.

2.5.18. Aprovação do Projeto

A Aprovação do Projeto deverá se dar no âmbito do Conselho Gestor criado pela Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016, colocando a salvo entendimento da própria Administração em sentido contrário.

2.6. Considerações preliminares

Além de ser viável a repartição objetiva de riscos com o parceiro privado para implantação do projeto, a adoção da concessão administrativa traz como vantagem, dentre outras, a possibilidade de redução dos custos da Administração Pública com a aplicação de investimentos vultosos em infraestrutura e serviços de que esta seja usuária direta ou indireta, permitindo-se uma gestão mais eficiente, pela Concessionária, em áreas de atuação estatal pouco atrativas.

Em razão das características da concessão administrativa, entendemos que esta é a modelagem que melhor se encaixa às necessidades do Projeto, conforme explicitado nos tópicos seguintes.

3. Modelagem Proposta e Principais Aspectos Jurídicos da Modelagem da PPP

3.1. Introdução

Conforme foi verificado, o Projeto tem como escopo a construção, operação e manutenção de UNIDADES PRISIONAIS DE RESSOCIALIZAÇÃO MODELO - UPRM, com disponibilidade de vagas para a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Maranhão.

O Governo pretende contratar empresa ou grupo de empresas privadas para a realização do objeto acima mencionado, transferindo-se da Administração Pública para o parceiro privado os riscos do Projeto, mormente aqueles relacionados à construção, operação e manutenção dos serviços aqui descritos.

3.2. Natureza dos serviços e escolha do melhor modelo contratual

Conforme já dito neste estudo, a Administração Pública é sua usuária direta e indireta do objeto pretendido por intermédio de parceiro privado.

Essa premissa é basilar e se confirma, principalmente, a partir da etapa de obras para a construção da UPRM, para depois entrar em operação mediante atuação do parceiro em tudo que não envolva o poder de polícia para execução da pena privativa de liberdade em regime fechado pelo Estado do Maranhão que não são passíveis de delegação à iniciativa privada.

Apesar de não se tratar de um serviço público direto à população, por envolver na verdade construção, gestão e manutenção de uma UPRM (de uma forma geral), divididas em etapas no Projeto, em seu conjunto macroscópico vislumbra-se um serviço de interesse público.

Não há, como já afirmado em momento anterior, e de acordo com o escopo do Projeto, cobrança de tarifa; toda remuneração do parceiro privado é de integral responsabilidade do Poder concedente.

Assim, não há que se falar que o custo do preso para o Estado seja sinônimo de tarifa, mesmo porque não haveria pagamento pelo preso diretamente ao parceiro privado.

A gestão da UPRM envolve uma gama de atividades delegáveis pelo Poder concedente e que estão detalhadas no Projeto, como manutenção das condições (a) de habitação (limpeza, conservação, higiene), (b) do convívio (provimento e manutenção de áreas de lazer e reintegração dos presos), (c) de proteção (conservação e reforço do imóvel prisional, a fim de permitir à Administração Pública a proibição de fugas e rebeliões) e (d) de educação e reabilitação (provimento e conservação de bibliotecas, unidades de promoção do trabalho carcerário, dentre outras medidas de ressocialização).

Já no que concerne (a) a direção do presídio, (b) a segurança e a guarda dos presos, bem como (c) a fiscalização, há de se ressaltar que estas funções competem diretamente aos agentes públicos ocupante de cargo efetivo ou de provimento em comissão e de livre exoneração, sendo que referidos serviços serão tão somente exercidos de “modo indireto” pelo concessionário.

Ainda, no que tange ao “modo indireto” de atuação do parceiro privado, têm-se sua atuação mediante determinações e fiscalização da Administração Pública, ou seja, o Estado como enunciador de diretrizes e decidir sobre os aspectos de segurança, sempre por intermédio de representante agente público presente na unidade prisional (Diretor); mas que poderá se auxiliado por meio dos funcionários contratados pelo parceiro privado.

O fato de os serviços em tela caracterizarem-se como de interesse público e, aliado a isso, inexistir possibilidade de o concessionário cobrar tarifas, remete à conclusão de que a concessão administrativa é opção mais adequada aos fins pretendidos pela Administração Pública maranhense de construção, operação e manutenção da UPRM.

3.3. Enquadramento do escopo do Projeto à lei sobre PPPs

Conforme mencionado no tópico precedente, a Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa vem definida no artigo 2º, § 2º, da Lei Federal n.º 11.079/04, nos seguintes termos:

Art. 2º - Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 2º 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.

(...).

Assim, pela análise do dispositivo normativo supra e diante de todos os fundamentos até então apresentados no presente estudo, constata-se que o escopo do Projeto se encaixa perfeitamente no con-

ceito legal de Parceria Público-Privada e, conseqüentemente, de concessão administrativa, sendo igualmente viável a delegação da execução dos serviços em questão à iniciativa privada.

Ainda, insta ressaltar que o Estado do Maranhão já possui legislação regulamentando o seu Conselho Gestor - que é responsável, dentre outras atribuições, pela aprovação dos projetos de PPP - consoante a Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016.

Pelo acima exposto, tem-se que, sob o ponto de vista jurídico, é plenamente viável a contratação de uma Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, para a execução dos serviços de construção, operação e manutenção de complexo formado por Unidades de Ressocialização Prisional Modelo -UPRM.

3.3.1. Da experiência com a concessão administrativa prisional

Com o intuito de reafirmar a viabilidade do Projeto em seu aspecto jurídico, apresentaremos a seguir a experiência do Estado de Minas Gerais, que lançou licitação para celebração de PPP para construção e gestão de unidades prisionais, e que está em pleno vigor.

Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, no Estado de Minas Gerais (Presídio de Ribeirão das Neves) – PPP: englobando elaboração de projeto, construção, financiamento, operação e manutenção de Complexo Penitenciário no Município de Ribeirão das Neves, com capacidade para mais de três mil presos, cujo contrato foi celebrado com prazo de 27 anos de vigência e ao preço estimado de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de Reais).

No modelo tradicional de contratações pela Administração Pública, também deve ser considerado que o projeto básico é prévio e com isso a assunção dos riscos pelo Poder Público é total; abre-se mão, por exemplo, de a iniciativa privada, ao elaborar seu projeto, incorporar novas tecnologias e soluções racionais e econômicas que poderiam atender com mais eficiência o interesse público na execução penal.

Noutro aspecto, sendo o projeto básico um ônus do próprio Estado, caso não elabore a contento, acabará assumindo exclusivamente todos os riscos, o que já não ocorre sobre o regime de PPPs, especialmente na forma de concessão administrativa, em que os riscos são compartilhados com o parceiro privado que, como já visto é quem melhor tem condições de apresentar o Projeto a ser executado.

Pelo exposto, é de se considerar que a adoção de modelagem com fundamento na Lei Federal n.º 8.666/93 mostra-se inadequada para este tipo de Projeto, sendo mais vantajosa a contratação de uma concessão administrativa para o escopo em comento, cujo prazo é mais condizente com o vulto dos investimentos iniciais, sua amortização pelo parceiro privado mediante remuneração mensal e variável (vinculada a critérios/padrões de desempenho determinados pelo Poder concedente), salientando-se a importância da limitação das despesas, vinculação de receitas e estrita observância da

LRF para quitação integral e recíproca do ajuste, salientando que todos os bens afetos à concessão administrativa retornarão ao Poder concedente.

4. Matriz de riscos

A Matriz de Riscos é uma ferramenta que permite aos gestores mensurar, avaliar e ordenar os eventos de riscos que podem afetar o alcance dos objetivos do processo da unidade e, conseqüentemente, os objetivos estratégicos da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

Aspecto voltado à gestão da concessão, a Matriz, segundo Ministério do Planejamento³⁶ representa escala de probabilidade e impacto no negócio, cujos riscos são dimensionados. Ela é particionada em quatro áreas, as quais caracterizam os níveis de riscos definidos pelo grupo técnico formado para elaborar esta ferramenta, bem como a Política de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão.

Risco Identificado	Público	Privado
Demanda	•	
Força Maior	•	
Inflação	•	
Construção		•
Projetos Executivos		•
Operação		•
Manutenção		•
Ambiental		•
Financeiro		•
Obsolência		•

Como já analisado anteriormente, os riscos da concessão administrativa são objetivamente repartidos entre os parceiros público e privado, conforme previsto no artigo 4.º, inciso VI, da Lei Federal nº 11.079/04, que servirá de base para a definição de algumas cláusulas contratuais da relação existente entre a Concessionária e o Poder concedente, por meio da análise e mitigação das possíveis situações caracterizadoras da concessão dos serviços.

³⁶MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Matriz de Riscos. Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão. Brasília: Assessoria Especial de Controle Interno, 07 jun 2017.

4.1. Estrutura de garantias

Os incisos I a V do art. 8º da Lei nº 11.079/04 dispõe sobre as seguintes garantias a serem prestadas pelo parceiro público:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Já da parte do parceiro privado, deverá ser apresentada garantia de execução da concessão administrativa.

4.1.1. Garantias do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada

O conceito jurídico de fundo especial vem estampado na Lei nº 4.320/1964, que institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Conforme disposto no seu art. 71, “constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

O fundo especial, como a própria nomenclatura permite afirmar, é montante ou soma de dinheiro, logo, despersonalizado, o que não significa que não pode contrair obrigações e adquirir direitos, sendo que no âmbito do Estado do Maranhão foi criado, pela Lei Estadual nº 10.521, de 19 de outubro de 2016 e regulamentado pelo Decreto nº 32.356, de 09 de novembro de 2016, o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP/MA.

4.1.2. Vinculação de Receitas

A Lei Federal nº 11.079/04 prevê como forma de garantia de adimplemento das obrigações do Poder concedente é a vinculação de receitas, por meio da cessão de direitos creditórios em garantia.

Importante lembrar que a vinculação de receitas deve ser realizada observando-se as limitações constitucionais, que impedem a vinculação da receita de impostos (Artigo 167, inciso VI da CR/1988).

A vinculação de receitas, seria então o resguardo de recursos públicos afetáveis para a finalidade específica de garantir as obrigações do Poder concedente em contratos de PPPs.

Dessa forma, assegura-se ao parceiro privado uma garantia orçamentária, no sentido de que as receitas vinculáveis serão utilizadas exclusivamente para o pagamento de contraprestações em contratos de PPPs.

Usualmente, a vinculação de receitas se dá por meio de um contrato de cessão e aquisição de direitos creditórios, com a condição suspensiva, sendo o implemento desta condição o não pagamento da contraprestação devida no prazo contratado.

4.1.3. Outras Modalidades

Por fim, além das possibilidades específicas acima, a Lei Federal de PPPs ainda traz as seguintes possibilidades de prestação de garantias:

- a) Contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder concedente.
 - i. Também conhecido como *performance bond*, em que o objeto segurado é o cumprimento de obrigações contratuais de uma determinada pessoa, sendo que no caso das PPPs, consiste na garantia de solvência do parceiro público quanto às suas obrigações previstas na concessão administrativa, constituindo provavelmente na melhor opção de garantia.
- b) Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público.
 - i. As garantias prestadas por organismos internacionais ou multilaterais são usualmente outorgadas por meio de fiança na qual o organismo ou instituição compromete-se a adimplir as obrigações do parceiro público em caso de inadimplemento.
- c) Garantias prestadas por empresas estatais criadas para esta finalidade:
 - i. Nesta hipótese, prevista no inciso V, do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, o patrimônio da estatal é que responde pelas obrigações assumidas pelo parceiro público.
- d) Outras Figuras
 - i. Além das garantias já enunciadas nos itens acima, ainda existe a possibilidade de adoção de outros mecanismos de garantia admitidos por lei como a hipoteca sobre bens imóveis, a já mencionada fiança e o penhor, há também a contragarantia que assegura não o parceiro privado, mas a entidade financiadora do projeto, podendo revestir as diferentes modalidades previstas no art. 5º, §2º da Lei nº 11.079/2004.

5. Detalhamento das responsabilidades entre o Poder Concedente e a Concessionária

Os itens seguintes ilustram, de forma resumida, as principais responsabilidades do Poder concedente, da Concessionária e de outros intervenientes no decorrer da concessão administrativa de concessão administrativa da URPM. Informações complementares sobre as responsabilidades das Partes podem ser obtidas na Minuta do Contrato de concessão administrativa de Concessão Administrativa e em outros anexos do presente trabalho.

5.1. Responsabilidades do Poder Público

As responsabilidades constam do Edital bem como da Minuta do Contrato de concessão administrativa e demais Anexos, especialmente as do Poder Público, sendo dentre várias as seguintes:

- a) remunerar a CONCESSIONÁRIA na forma e nos prazos previstos na concessão administrativa e em seus ANEXOS;
- b) garantir permanentemente o livre acesso da CONCESSIONÁRIA às áreas sob a competência da Administração do Estado do Maranhão, para a execução do OBJETO da CONCESSÃO, durante a vigência da concessão administrativa;
- c) disponibilizar à CONCESSIONÁRIA, desde a DATA DA ORDEM DE INÍCIO, livres e desimpedidos e em conformidade com a regulamentação a respeito do tema, eventuais bens que ficarão sob a gestão da CONCESSIONÁRIA, necessários ao desenvolvimento adequado do OBJETO da CONCESSÃO;
- d) responsabilizar-se pelos ônus, danos, despesas, pagamentos, indenizações e eventuais medidas judiciais decorrentes de atos ou fatos, inclusive de natureza ambiental, anteriores à DATA DA ORDEM DE INÍCIO, relacionados ao OBJETO da CONCESSÃO, bem como de atos ou fatos que, embora posteriores à DATA DA ORDEM DE INÍCIO, decorram de culpa exclusiva do PODER CONCEDENTE;
- e) fornecer informações para o desenvolvimento da CONCESSÃO que lhe estejam disponíveis;
- f) prestar, se cabível, as informações solicitadas pela CONCESSIONÁRIA para o bom andamento da CONCESSÃO;
- g) fundamentar devidamente suas decisões, aprovações, pedidos ou demais atos praticados ao abrigo da concessão administrativa;
- h) indicar formalmente o(s) agente(s) público(s) responsáveis pelo acompanhamento da concessão administrativa;

- i) realizar a contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE nos termos da concessão administrativa, observada a legislação aplicável;
- j) acompanhar e fiscalizar permanentemente o cumprimento da concessão administrativa, bem como analisar as informações prestadas pela CONCESSIONÁRIA, incluindo-se os relatórios auditados da situação contábil da SPE, contemplando, entre outros, o balanço patrimonial e a demonstração de resultados;
- k) aplicar as sanções e penalidades e adotar as demais medidas necessárias ao cumprimento regular da concessão administrativa em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA;
- l) emitir as licenças e autorizações que sejam necessárias à execução do OBJETO da CONCESSÃO que estejam sob a sua competência e responsabilidade, nos termos da legislação pertinente;
- m) colaborar, dentro da sua esfera de competências e observados os termos da legislação pertinente, com a obtenção das licenças e autorizações eventualmente necessárias para a CONCESSÃO, junto aos demais órgãos municipais, inclusive com a participação em reuniões técnicas e envio de manifestações necessárias, sem exclusão, porém, da responsabilidade da CONCESSIONÁRIA;
- n) fundamentar devidamente suas decisões, autorizações, aprovações, pedidos ou demais atos praticados ao abrigo desta CONCESSÃO;
- o) nomear servidores para ocuparem os cargos de Diretores de cada UPRM, cujas atribuições estão definidas em Lei.
- p) disponibilizar o imóvel onde será localizada UPRM objeto da concessão administrativa, responsabilizando-se pelas obras necessárias para garantir o acesso ao local;
- q) garantir a transferência e o transporte de presos para a UPRM objeto da concessão administrativa desta para outra localidade do Estado do Maranhão;
- r) responsabilizar-se pela segurança externa da UPRM, de sua muralha e adjacentes.

5.2. Responsabilidades da Concessionária

São responsabilidades da Concessionária, além daquelas previstas no edital, minuta do Contrato de concessão administrativa e demais anexos:

- a) cumprir e respeitar as cláusulas e condições da concessão administrativa, submetendo-se plenamente à regulamentação existente ou a que venha a ser editada pelo Poder concedente, às normas da ABNT e/ou do INMETRO ou outro órgão regulamentador competente, bem como às especificações e projetos pertinentes, aos prazos e às instruções da fiscalização;

- b) dispor de equipamentos, materiais e equipe adequada para a consecução de todas as obrigações estabelecidas na concessão administrativa, com a eficiência e a qualidade contratualmente definidas;
- c) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução do objeto da concessão administrativa;
- d) manter, durante o prazo da concessão administrativa, as condições necessárias à execução do objeto da concessão administrativa;
- e) cumprir com as metas e os parâmetros de qualidade, e demais condicionantes para a execução do objeto da concessão, conforme estabelecido na concessão administrativa;
- f) executar a obra, prestar as atividades e serviços de instalação, operação e de gestão do objeto, observando-se rigorosamente o planejamento e/ou programações, as instruções apresentadas pela fiscalização, cumprir as normas técnicas e legislação aplicável, além de cumprir todas as exigências e determinações emanadas do Poder concedente, conforme previsto na concessão administrativa;
- g) executar, dentro da melhor técnica, os serviços contratados, obedecendo rigorosamente a ABNT, especificações, projetos e instruções da fiscalização pelo Poder concedente e demais normas aplicáveis, assumindo integral responsabilidade pelos riscos inerentes à execução da concessão, ressalvadas as hipóteses expressamente excepcionadas na concessão administrativa;
- h) contratar os seguros para os riscos relevantes e usuais da concessão nos termos da concessão administrativa, responsabilizando-se, em qualquer caso, pelos danos causados por si, seus representantes, prepostos ou subcontratados, na execução da concessão, perante o Poder concedente ou terceiros;
- i) observar todas as determinações legais e regulamentares quanto à legislação tributária e à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho em relação aos seus empregados, prestadores de serviços, contratados ou subcontratados, isentando o Poder concedente de qualquer responsabilização relacionada;
- j) garantir o adequado descarte, destinação, triagem, transporte, armazenagem e aproveitamento dos resíduos originados na concessão, inclusive aqueles decorrentes da logística reversa, observados todos os dispositivos da legislação federal, estadual e municipal aplicáveis e as exigências quanto aos licenciamentos e autorizações necessários para essa finalidade, inclusive a licença ambiental prévia, se aplicável;
- k) cumprir e observar todas as normas e exigências legais ambientais e obter todas as licenças, permissões e autorizações exigidas para a plena execução do objeto da concessão adminis-

trativa, devendo se responsabilizar por todas as providências necessárias para a sua obtenção junto aos órgãos competentes nos termos da legislação vigente e arcando com todas as despesas e os custos envolvidos;

- l) dar conhecimento ao Poder concedente de todo e qualquer evento que altere de modo relevante o normal desenvolvimento da prestação do serviço, ou que possa vir a prejudicar ou impedir o pontual e tempestivo cumprimento das obrigações previstas no contrato, incluindo-se ações judiciais e procedimentos administrativos, apresentando, por escrito e no prazo mínimo necessário, relatório detalhado sobre esses fatos, e incluindo, se for o caso, contribuições de entidades especializadas, externas à concessionária, com as medidas tomadas ou a serem tomadas para superar ou sanar a situação;
- m) apresentar ao Poder concedente, em até 30 (trinta) dias contados a partir do fim do trimestre, suas demonstrações financeiras trimestrais completas;
- n) apresentar ao Poder concedente, anualmente, em até 45 (quarenta e cinco) dias contados do encerramento do exercício, relatório auditado de sua situação contábil, incluindo, dentre outros itens, o balanço patrimonial e a demonstração de resultados correspondentes; e relatório anual de conformidade, contendo a descrição: (i) das atividades realizadas; (ii) das receitas complementares, acessórias ou de projetos associados eventualmente auferidas no período; (iii) dos investimentos e desembolsos realizados; (iv) do cumprimento das metas, do cronograma de modernização, do fator de disponibilidade e do fator de desempenho e; (v) das obras realizadas; (vi) das atividades de manutenção preventiva e emergencial; (vii) dos eventuais períodos de interrupção do serviço e suas justificativas; (viii) do consumo de energia elétrica e dos valores pagos à distribuidora/fornecedora; e (ix) outros dados relevantes;
- o) preencher, diariamente, onde lhe for reservado, o Diário de Obra que o poder concedente manterá permanentemente disponível no local de execução, de acordo com as instruções ali contidas, bem como manter atualizado o cadastro técnico, contendo relação de responsabilidade técnico e dos empregados na UPRM, com poderes para representar a concessionária junto à fiscalização do poder concedente, o inventário e o registro dos bens reversíveis, dos bens em estoque, dos bens inservíveis, com registro, quanto a esses últimos, do oportuno descarte, leilão ou doação;
- p) manter o Poder concedente mensalmente informado do cumprimento das etapas da obra e da operação da UPRM, durante o período correspondente e nos termos do cronograma de execução;
- q) apresentar ao Poder concedente, no prazo por ele fixado, outras informações adicionais ou complementares que o poder concedente, razoavelmente e sem trazer ônus adicional significativo e injustificado para o parceiro privado, venha a formalmente solicitar, incluindo-se, mas sem se limitar a, as quitações legalmente exigidas de todo e qualquer encargo, como

aqueles referentes às contribuições devidas ao INSS, FGTS, taxas e impostos pertinentes, ao estágio das negociações e as condições dos contratos de financiamento;

- r) cooperar e apoiar para o desenvolvimento das atividades de acompanhamento e fiscalização do Poder concedente, nos termos da concessão administrativa, permitindo o acesso aos equipamentos e às instalações atinentes ao objeto da concessão administrativa, bem como aos registros contábeis, seus e, tanto quanto possível, de suas subcontratadas;
- s) indicar e manter um responsável técnico à frente dos trabalhos, com poderes para representar a parceiro privado junto ao Poder concedente, indicando as formas para contato;
- t) observar os padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004;
- u) ceder os direitos de propriedade intelectual relacionados ao objeto da concessão administrativa, incluindo equipamentos, máquinas, materiais, softwares, informações técnicas e comerciais, e o know-how aplicado, os quais integrarão o conjunto de bens reversíveis, devendo observar, especialmente quanto aos softwares, a atualidade dos sistemas e funcionalidades;
- v) conservar e manter atualizados todos os bens, equipamentos e instalações empregados na concessão em perfeitas condições de funcionamento, bem como reparar suas unidades e promover, oportunamente, as substituições demandadas em função do desgaste ou superação tecnológica, ou ainda, promover os reparos ou modernizações necessárias à boa execução e à preservação da adequação das atividades e serviços, em observância ao princípio da atualidade;
- w) dar imediato conhecimento ao Poder concedente da ocorrência de qualquer litígio e prestar-lhe toda a informação relativa à sua evolução.
- x) apresentar ao Poder concedente, quando houver necessidade de extensão das redes públicas de utilidade, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o início da obra, o comprovante do pedido feito à concessionária do serviço correspondente;
- y) encaminhar ao Poder concedente, até 5 (cinco) dias após o recebimento de ordem de início das obras, uma cópia da ART – Anotação de Responsabilidade Técnica da Obra no CREA-MA;
- z) responsabilizar-se, além dos serviços específicos da construção, pelas ligações provisórias e definitivas de água, esgoto, instalações de luz e força, de modo que, ao ser dada por concluída, possa a obra entrar em funcionamento imediatamente;
- aa) promover, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, a averbação da obra edificada ou do acréscimo concluído;

- bb) apresentar, ao final da obra, o “*as built*” completo, em meio magnético e por meio de cópia plotada e assinada pelo responsável técnico do parceiro privado;
- cc) prestar serviços nas áreas jurídicas, psicológicas, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, pedagógica, esportiva, social e religiosa, para o desenvolvimento e acompanhamento dos presos, em conformidade com o disposto na Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210, de 11 de setembro de 1984 e suas alterações posteriores);
- dd) sem quaisquer ônus para o Poder concedente, desfazer todas as obras, atividades e serviços que forem executados em desacordo com o projeto aprovado e reconstituí-los, segundo os mesmos projetos, ressalvado o caso em que o Poder concedente, explicitamente, aceitar tais obras, atividades e serviços como regularmente executados;
- ee) implantar todos os equipamentos e instalações necessários à prestação, continuidade e modernização das atividades e serviços sob a concessão administrativa;
- ff) manter e conservar todos os bens, equipamentos e instalações empregados na concessão administrativa em perfeitas condições de funcionamento, bem como reparar suas unidades e promover, oportunamente, as substituições demandadas em função do desgaste ou superação tecnológica, ou ainda promover os reparos ou modernizações necessárias à boa execução e à preservação da adequação das atividades e serviços, conforme determinado na concessão administrativa;
- gg) não realizar qualquer modificação nas instalações da UPRM, que possam representar alterações ao projeto arquitetônico básico, decorrente da concepção arquitetônica, e não configure sua simples manutenção, sem a prévia autorização escrita do Poder concedente;
- hh) recrutar e fornecer toda mão de obra, direta ou indireta, equipamentos e materiais necessários à exploração, inclusive encarregados e pessoal de apoio administrativo, conforme as responsabilidades e atribuições delineadas na concessão administrativa;
- ii) realizar programas de treinamento de seu pessoal, visando ao constante aperfeiçoamento deste para a adequada exploração da concessão administrativa;
- jj) providenciar, antes do início dos trabalhos de construção e/ou gestão Da UPRM, para que todos os seus empregados sejam identificados e registrados e tenham seus assentamentos devidamente anotados em suas carteiras de trabalho, bem como atender às demais exigências de previdência social, e da legislação trabalhista em vigor;
- kk) pagar, como única empregadora, todos os encargos sociais, trabalhistas e previdenciários incidentes sobre o custo da mão de obra, bem como os referentes ao respectivo seguro de acidente de trabalho;

- ll) comprovar perante o Poder concedente, mensalmente, as quitações legalmente exigidas de todo e qualquer encargo que se referir aos serviços, atividades e obras objeto da concessão administrativa, inclusive as contribuições devidas ao INSS, FGTS, taxas e impostos municipais pertinentes;
- mm) regularizar junto aos órgãos e repartições competentes todos os registros e assentamentos relacionados à exploração da concessão administrativa, respondendo, a qualquer tempo, pelas consequências que a falta ou omissão destes acarretar;
- nn) assegurar livre acesso, em qualquer época, das pessoas encarregadas e designadas por escrito pelo Poder concedente às suas instalações e aos locais onde estejam sendo desenvolvidas atividades relacionadas à concessão administrativa, bem como a seus registros contábeis;
- oo) responsabilizar-se, integralmente, por danos eventualmente causados ao Poder concedente e/ou a terceiros, decorrentes da sua culpa ou dolo na execução das obras, atividades e serviços, isentando, assim, o Poder concedente de quaisquer reclamações que possam surgir em consequência da concessão administrativa, obrigando-se, outrossim, a reparar os danos causados, independentemente de provocação por parte do Poder concedente, ainda que tais reclamações sejam resultantes de atos de seus propositos ou de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas empregadas ou ajustadas na execução das obras, atividades e serviços;
- pp) arcar com todos os custos relacionados a estudos e licenciamentos sob a sua responsabilidade nos termos da concessão administrativa, bem como com os custos referentes à implementação das providências e investimentos necessários para atender às exigências de órgãos e entidades públicas competentes;
- qq) atender às ordens do Poder concedente no tocante ao fornecimento de informações de natureza técnica, operacional, econômica, financeira e contábil, medições, prestações de contas, na periodicidade e segundo os critérios estabelecidos;
- rr) manter seu acervo documental de acordo com o disposto na Lei Federal nº 8.159/91 e demais normas aplicáveis;
- ss) publicar, anualmente, suas Demonstrações Financeiras e Relatórios nos termos da legislação vigente;
- tt) cumprir todas as obrigações fixadas no CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA;
- uu) observar a legislação de proteção ambiental, respondendo pelas consequências de seu eventual descumprimento;
- vv) promover o monitoramento interno de cada unidade da UPRM, efetuando o controle e a inspeção nos postos de vigilância e mantendo o monitoramento dos presos nos termos das respectivas sentenças condenatórias;

- ww) não permitir a utilização de qualquer tipo de armamento, aparelhos celulares ou similares, rádios transmissores/receptores, por parte dos empregados encarregados do monitoramento interno, salvo necessários ao trabalho devidamente autorizado pelo Diretor Público Geral;
- xx) organizar e manter prontuários com identificação dos presos, registro de movimentação, bem como atualizado o sistema de informações, de maneira a permitir a execução das medidas necessárias ao cumprimento das determinações judiciais, mediante supervisão do Diretor Público Geral de cada unidade da UPRM;
- yy) prover a guarda de valores dos presos;
- zz) apresentar, em até 30 (trinta) dias antes do início da operação da UPRM, a relação contendo os nomes e os números do CPF/MF, CTPS e PIS dos seus empregados que serão vinculados à prestação dos serviços objeto da concessão administrativa;
- aaa) designar de sua estrutura administrativa um preposto permanentemente responsável pela perfeita execução dos serviços, inclusive para atendimento de emergências e para zelar pela prestação contínua e ininterrupta dos serviços, bem como, dentre os que permaneçam no local do trabalho, um que será o responsável pelo bom andamento dos serviços e que possa tomar as providências pertinentes para que sejam corrigidas todas as falhas detectadas;
- bbb) respeitar e fazer com que seus empregados respeitem as normas de segurança do trabalho, identificação, disciplina e demais regulamentos específicos de cada UNIDADE da UPRM, bem como atentar para as regras de cortesia no local onde serão executados os serviços objeto da concessão administrativa;
- ccc) arcar com todas as despesas decorrentes de transporte, alimentação, inclusive seguro de vida contra o risco de acidente de trabalho de seus empregados;
- ddd) comunicar imediatamente à SEAP qualquer anormalidade que interfira no bom andamento dos serviços, objeto da concessão administrativa, provocada por empregados ou prepostos da Concessionária, indicando o nome do responsável;
- eee) responder, perante o Poder concedente, pela conduta, disciplina, frequência e pontualidade dos seus empregados designados para a execução dos serviços objeto da concessão administrativa;
- fff) assumir a total responsabilidade por todas as despesas decorrentes da operacionalização e gestão da UPRM, tais como pessoal, encargos sociais, alimentação, material de limpeza, material de escritório, vestuário, transporte, combustível, rádio comunicação, medicamentos, higiene pessoal, telefonia, luz, água, tributos e demais despesas relacionadas nos Anexos da

concessão administrativa, de modo a garantir o pleno funcionamento de cada unidade da UPRM.

5.3. Estrutura do Plano de Seguros

O Plano de Seguros, objeto de mitigação de uma série de riscos expostos no do presente Documento, tomou como base de sua elaboração as seguintes premissas:

- Nenhuma obra ou serviço poderá ter início ou prosseguir sem que o parceiro privado apresente ao Poder concedente a comprovação de que as apólices dos seguros expressamente exigidos pela legislação e que constarão da concessão administrativa se encontram em vigor, nas condições estabelecidas, podendo ser apresentadas apólices provisórias.
- As apólices devem ser contratadas com seguradoras de primeira linha autorizadas a operar no Brasil.
- Os seguros contratados deverão resguardar durante todo o prazo contratual, os interesses do Poder concedente e da Concessionária, em relação aos danos patrimoniais e/ou decorrentes de reclamações oriundas de danos causados a terceiros decorrentes dos riscos inerentes ao desenvolvimento de todas as obras, serviços e atividades contempladas na Concessão Administrativa, bem como aqueles previstos pelas normas e legislação aplicável.
- Concluída a fase de obras, a Concessionária deve apresentar ao Poder concedente cópia das apólices garantindo danos patrimoniais e por danos a terceiros, figurando o PODER CONCEDENTE como cossegurado.
- A apólice garantindo os danos patrimoniais deve conter declaração do valor em risco e deve corresponder ao valor de todos os bens que compõe as UPRM, incluindo o valor do prédio, móveis, máquinas, equipamentos e utensílios, sejam eles de propriedade da Concessionária, do Poder concedente ou de terceiros.
- Especificamente em relação ao risco de engenharia, o valor da importância segurada deverá ser igual a:
 - Para obras até R\$ xx(xx Reais), cobertura básica com valor de importância segurada igual àquele estipulado para a correspondente obra no Plano de Negócios;
 - Para obras com valor superior a R\$ xx(xx Reais), a cobertura básica da modalidade com valor de importância segurada equivalente a 20% (vinte por cento) do valor estipulado para a correspondente obra no Plano de Negócios, não podendo ser inferior a R\$ xx(xx Reais).
 - Cobertura de despesas extraordinárias representando um limite de 5% (cinco por cento) da cobertura básica; e,

- Cobertura de desentulho representando um limite de 5% (cinco por cento) da cobertura básica.
- O parceiro privado, além dos seguros exigíveis pela legislação aplicável, deverá assegurar, durante todo o prazo de vigência da concessão administrativa, a existência e manutenção em vigor das apólices de seguro necessárias para garantir a efetiva e abrangente cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à concessão administrativa.
- O Poder concedente deverá ser indicado como cossegurador das apólices de seguros, cabendo-lhe autorizar previamente o cancelamento, suspensão, modificação ou substituição de quaisquer apólices contratadas pelo parceiro privado, bem como a alteração nas coberturas e demais condições correspondentes, a fim de se assegurar a adequação dos seguros a novas situações que ocorram durante o período da concessão administrativa.
- As instituições financeiras que realizem empréstimos poderão ser incluídas nas apólices de seguro, na condição de cosseguradas ou beneficiárias.
- As apólices emitidas não poderão conter obrigações, restrições ou disposições que contrariem as disposições da concessão administrativa ou a regulação setorial.
- Anualmente, até o último dia útil do mês de janeiro de cada ano, o parceiro privado deverá apresentar certificado emitido pela(s) seguradora(s) confirmando:
 - a) que todos os prêmios vencidos no ano imediatamente anterior foram devidamente quitados;
 - b) que as apólices contratadas estão em plena vigência ou foram renovadas, devendo neste caso ser encaminhada ao Poder concedente a comprovação da renovação.
- O parceiro privado também deverá fornecer ao Poder concedente, em prazo não superior a 15 (quinze) dias do fim da vigência de cada apólice, certificado emitido pela seguradora confirmando que as apólices de seguros contratados foram ou serão renovadas imediatamente após o seu vencimento.
- O parceiro privado contratará e manterá em vigor, no mínimo, os seguintes seguros:
 - a) seguro do tipo “todos os riscos” (*allrisks*) para danos materiais cobrindo a perda, destruição ou danos em todos ou em qualquer bem integrante da CONCESSÃO, devendo tal seguro contemplar todas as coberturas compreendidas de acordo com os padrões internacionais;
 - b) seguro de risco de engenharia para instalação e montagem, incluindo cobertura de testes e riscos do fabricante (sem prejuízo das garantias sobre os equipamentos);
 - c) seguro de responsabilidade civil, que compreenda todos e quaisquer acidentes de prepostos ou empregados da Concessionária e de terceiros, cobrindo qualquer prejuízo que venha a ser causado ou esteja relacionado com a execução da Concessão Administrativa.

- d) seguro de riscos operacionais, incluindo, no mínimo, a cobertura de danos materiais por incêndio, tumulto ou manifestações populares, raios, explosões de qualquer natureza, danos elétricos e de equipamentos eletrônicos;
- e) seguro de responsabilidade civil, que compreenda todos e quaisquer acidentes de prepostos ou empregados do parceiro privado e de terceiros, cobrindo qualquer prejuízo que venha a ser causado ou esteja relacionado com a execução da concessão administrativa, inclusive, mas não se limitando a responsabilidade civil de empregador, os danos involuntários pessoais, mortes e danos corporais e materiais causados a terceiros, com a cobertura de no mínimo R\$ xx (xx Reais); e
- f) multirrisco empresarial, abrangendo danos materiais, incluindo lucros cessantes, com cobertura de R\$ xx (xx reais).
- Em caso de descumprimento, pelo parceiro privado, da obrigação de contratar e manter em plena vigência as apólices de seguro, o Poder concedente, independentemente da prerrogativa de decretar a intervenção ou a caducidade da concessão administrativa e de aplicar as demais penalidades correspondentes, poderá proceder à contratação e ao pagamento direto dos prêmios respectivos, correndo a totalidade dos custos a expensas do parceiro privado.
 - O parceiro privado deverá, em até 15 (quinze) dias da data em que vier a ser notificada sobre as despesas decorrentes da contratação de seguros, reembolsar o Poder concedente, sob pena de se descontar a quantia correspondente da remuneração a ela devida e de se executar a garantia de execução da concessão administrativa, sem prejuízo às demais sanções previstas no contrato de concessão.
 - O parceiro privado é responsável pelo pagamento integral da franquia, em caso de utilização de quaisquer dos seguros por ela contratados.

Diante da possibilidade, em considerações finais, da adoção pelo Poder Público maranhense da concessão administrativa para a consecução do objeto da PMI, e segundo as premissas traçadas, apresentamos a seguir propostas de Edital de Concorrência, Minuta de Contrato de Concessão Administrativa e demais anexos necessários à formulação da disputa e celebração do negócio jurídico com o Estado do Maranhão por intermédio da Secretaria de Estado de Administração de Administração Penitenciária.