

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE NA REGIÃO DA FOZ DO RIO ITAJAÍ

PRIMEIRO RELATÓRIO JURÍDICO

Análise do Marco Regulatório. Tarefas a, b, c e d do Termo de Referência

Elaborado por Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados

Abril de 2019

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

SUMÁRIO

I.	O PROJETO	6
II.	O MARCO REGULATÓRIO DO TRANSPORTE URBANO	7
II.1.	DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS	7
II.2.	GESTÃO REGIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: REGIÕES METROPOLITANAS E CONSÓRCIOS PÚBLICOS	8
II.2.1.	Competência material	8
II.2.1.1.	As regiões metropolitanas	8
II.2.1.1.1.	Precedentes do Supremo Tribunal Federal	9
II.2.1.1.1.1.	Requisitos para instituição de região metropolitana	9
II.2.1.1.1.2.	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.482/RJ	10
II.2.1.1.2.	Legislação federal	12
II.2.1.1.2.1.	O Estatuto da MetrÓpole	12
II.2.1.1.3.	A regulamentação estadual das regiões metropolitanas	15
II.2.1.2.	ConsÓrcios Públicos	17
II.2.2.	Consequência prática da competência regulatória do ConsÓrcio Público para o Projeto STCR 21	
II.3.	REGULAMENTAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS	22
II.3.1.	União	22
II.3.1.1.	Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU (Lei nº 12.587/12)	22
II.3.1.1.1.	Aspectos gerais da PNMU: definições, princípios, diretrizes e objetivos	22
II.3.1.1.2.	Diretrizes para a regulação dos serviços de transporte público coletivo	24
II.3.1.2.	Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03)	26
II.3.1.3.	Regulação setorial da ANTT e do DNIT	27
II.3.2.	Estado de Santa Catarina	28
II.3.2.1.	Regulamentação da Constituição do Estado de Santa Catarina: competência legislativa 28	
II.3.2.1.1.	Competência legislativa	28
II.3.2.2.	Legislação estadual	29
II.3.2.2.1.	Desenho institucional dos Órgãos estaduais no setor de transporte coletivo	29
II.3.2.2.2.	Lei base para a regulamentação do transporte intermunicipal – Lei Estadual nº 5.684/80 31	
II.3.2.2.3.	Leis que impõe ônus para as empresas prestadoras de serviço de transporte intermunicipal	33
II.3.2.2.3.1.	Lei Estadual nº 7.975/90 – Emissão de vale-transporte para os servidores públicos 33	
II.3.2.2.3.2.	Lei Estadual nº 8.220/91 – Assentos para uso de pessoas portadoras de deficiência 34	

II.3.2.2.3.3.	Lei Estadual nº 11.953/01 – Vagas para pessoas consideradas obesas.....	34
II.3.2.2.3.4.	Lei Estadual nº 12.199/02 – Dever de informação.....	34
II.3.2.2.3.5.	Lei Estadual nº 14.219/07 – Registro de empresas para transporte intermunicipal 34	
II.3.2.2.3.6.	Lei Estadual nº 17.278/17 – Embarque e desembarque de idosos, pessoas com deficiência e mulheres usuários do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.....	35
II.3.2.2.4.	Leis de gratuidade ou desconto na passagem.....	35
II.3.2.2.4.1.	Lei Estadual nº 15.182/10 – Benefícios para idosos.....	35
II.3.2.2.4.2.	Lei Estadual nº 12.125/02 – Gratuidade para crianças portadoras de câncer.....	36
II.3.2.2.4.3.	Lei Estadual nº 17.292/17 - Gratuidade do transporte rodoviário intermunicipal para passageiros portadores de necessidades especiais.....	36
II.3.2.3.	Legislação estadual pretensamente aplicável ao transporte metropolitano.....	37
II.3.2.4.	Regulação setorial da Secretaria de Estado da Infraestrutura e Mobilidade (SIE).....	37
II.3.2.4.1.	Regulamentação geral do serviço – Decreto nº 12.601/80 e Instrução Normativa nº 07/91	38
II.3.2.4.2.	Instrução Normativa nº 001/2007 / Instrução Normativa nº 04/2011 – veiculação de publicidade nos veículos que operam transporte intermunicipal de passageiros.....	38
II.3.2.4.3.	Resolução nº 11/15 - Regulamenta o Seguro de Responsabilidade civil obrigatório, na execução do transporte intermunicipal de passageiros.....	39
II.3.2.5.	Ações judiciais.....	40
II.3.2.5.1.	Ações Cíveis Públicas sobre a necessidade de licitação no sistema de transporte coletivo intermunicipal e municipal.....	40
II.3.2.5.1.1.	Ação Civil Pública nº 0900777-18.2018.8.24.0023 – transporte intermunicipal....	40
II.3.2.5.1.2.	Ação Civil Pública nº 0003863-80.2009.8.24.0041 – transporte no Município de Mafra	41
II.3.2.5.2.	Ações Cíveis Públicas sobre o Estatuto do Idoso e direitos das pessoas com deficiência 42	
II.3.2.5.2.3.	ACP 0900392-56.2016.8.24.0018 – Reunidas S/A Transportes Coletivos.....	44
II.3.3.	Municípios.....	45
II.3.3.1.	Regulação dos Municípios da região.....	46
II.3.3.1.1.	Balneário Camboriú.....	46
II.3.3.1.1.1.	Lei Municipal nº 1.872/99 - sistema de transporte coletivo de passageiros.....	46
II.3.3.1.2.	Lei Municipal nº 3.674/14 – Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí.....	50
II.4.	Situação atual do transporte público coletivo na região metropolitana.....	54
II.4.1.	Possibilidade de competição entre os modais.....	54
II.4.2.	A interferência do projeto nas linhas intermunicipais.....	55
II.4.3.	A interferência do projeto nas linhas municipais.....	55
II.4.3.1.	Balneário Camboriú.....	55

II.4.3.2.	Camboriú.....	56
II.4.3.3.	Itajaí.....	56
II.4.4.	Impacto do Projeto nas linhas existentes.....	56
II.5.	A competência para licenciamento ambiental e urbanístico do empreendimento.....	57
II.6.	SUBSÍDIOS PARA A TOMADA DE DECISÃO: TRANSPORTE METROPOLITANO X TRANSPORTE INTERMUNICIPAL MEDIANTE DELEGAÇÃO – RESPOSTA AO OFÍCIO ASJU N° 001/2019	60
II.6.1.	Cenário 1: gestão do transporte metropolitano, sem qualquer necessidade de autorização do Estado 60	
II.6.1.1.	Tema 1: “O Consórcio figurará como Poder Concedente e como órgão de regulação”	60
II.6.1.1.1.	Questionamento a: risco de governança	60
II.6.1.1.2.	Questionamento b: possibilidade de delegação da atividade de regulação	62
II.6.1.1.3.	Questionamento c: criação de entidade metropolitana de regulação	62
II.6.1.2.	Tema 2: “O transporte metropolitano não está sujeito às normas estaduais e municipais, mas tão somente às normas gerais.”	63
II.6.1.2.1.	Questionamento a: regulamentação do transporte metropolitano	63
II.6.1.2.2.	Questionamento b: riscos da criação de uma Superintendência Metropolitana	64
II.6.1.3.	Tema 3: “Havendo a opção pelo transporte metropolitano, a princípio, o Estado continua com a competência para o serviço de transporte coletivo intermunicipal.”	66
II.6.1.3.1.	Questionamento a: concorrência do transporte intermunicipal	66
II.6.1.3.2.	Questionamento b: paradas do transporte intermunicipal nos municípios	67
II.6.1.3.3.	Questionamento c: acordo com o Estado	68
II.6.2.	Cenário 2: gestão do transporte intermunicipal na região da AMFRI, mediante a celebração de convênio de delegação ou de lei de delegação	69
II.6.2.1.	Tema 1: convênio de delegação	69
II.6.2.2.	Tema 2: delegação exclusiva para o CIM-AMFRI	70
II.6.3.	Outras questões	70
II.6.3.1.	Tema 1: não realização de intervenções na BR-101	70
II.6.3.2.	Tema 2: necessidade de analisar os contratos de transporte intermunicipal	70
II.6.4.	Análise comparativa dos cenários	71
II.6.4.1.	O traçado mais direto	71
II.6.4.2.	A delegação do serviço intermunicipal	72
II.6.4.3.	Criação da entidade metropolitana	73
II.6.4.4.	Assunção pelo CIM-AMFRI com delegação inversa da regulação	73
II.6.4.5.	Quadro-síntese de vantagens e desvantagens	74
III.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
	ANEXO – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO	78

INTRODUÇÃO

O presente documento se insere no âmbito das contratações decorrentes da parceria firmada entre a Associação dos Municípios da Região da Foz do Rio Itajaí (AMFRI) e o Banco Mundial para promover estudos de pré-viabilidade complementares aos já realizados pela InovAMFRI, relativos ao projeto de implementação de cinco corredores de *Bus Rapid Transit* (BRT) e seis linhas de ônibus prioritárias (Projeto STCR¹).

Conforme previsto no Plano de Trabalho, o Relatório Jurídico Preliminar contempla as tarefas “a”, “b”, “c” e “d” do Termo de Referência (TdR). Os aspectos gerais do projeto serão apresentados a seguir com a finalidade de contextualizar o trabalho e registrar algumas premissas de análise. Na sequência, o Relatório descreverá o marco normativo e os principais aspectos, para o Projeto STCR, dos contratos de concessão existentes na região.

O Tópico II.1 abordará a divisão de competências constitucionais para a prestação do serviço público de transporte coletivo. O Tópico II.2 da gestão regional das funções públicas de interesse comum, ensejando em uma competência metropolitana para a prestação do serviço de transporte coletivo metropolitano. O tópico abordará, ainda, o marco legal dos Consórcios Públicos.

Apesar de o Consórcio ter a prerrogativa de regulamentar o serviço a ser prestado, com a finalidade de cumprir o escopo do TdR e de oferecer o panorama legislativo atinente à prestação do serviço de transporte público na região, apresentaremos no Tópico II.3, as leis federais estaduais e municipais, deixando desde já claro que o Consórcio possui competência para criar regulamentação própria para o Projeto STCR.

Conforme consta no TdR, será procedida a análise da regulação do transporte público nos municípios que tenham um sistema municipal de transporte e a competência para o licenciamento ambiental.

No Tópico II.6 serão apresentadas as respostas aos questionamentos formulados pelo CIM-AMFRI por meio do Ofício ASJU nº 001/2019, contendo, ao final, a análise comparativa entre os cenários solicitados.

Por fim, apresentaremos as nossas considerações finais aos temas endereçados nas tarefas do TdR, de forma objetiva.

¹ Trata-se da denominação que o projeto tem no âmbito da AMFRI: Sistema de Transporte Coletivo Regional – STCR.

I. O PROJETO

Segundo dados disponibilizados pelos consultantes, a AMFRI congrega 11 Municípios da região da Foz do Rio Itajaí no Estado de Santa Catarina, a saber: Balneário Camboriú, Balneário Piçarras, Bombinhas, Camboriú, Ilhota, Itajaí, Itapema, Luiz Alves, Navegantes, Penha e Porto Belo. Conforme informações do TdR², a região possui uma população de 680.000 habitantes, podendo chegar a 1,3 milhões em determinados períodos de pico, devido ao turismo na região. A população da região “cresceu 3.6% ao ano nos últimos cinco anos, três vezes o valor da média do Estado de Santa Catarina”.

O TdR identifica uma infraestrutura de transporte coletivo insuficiente, apesar do crescimento demográfico e da expansão do setor turístico na região, sendo uma das razões do modal de transporte automotivo privado responder por 80% das viagens. Identificou-se, ainda, como fator de preocupação os índices de acidentes automobilísticos fatais no Estado de Santa Catarina — de 23,4 por 100.000 habitantes (dados de 2015), o maior da região sul e acima da média nacional.

Este cenário fez com que a AMFRI e seus municípios associados buscassem endereçar os desafios de mobilidade urbana da região. Por meio da InovAMFRI foram desenvolvidos estudos preliminares de viabilidade técnica e econômica para implantação de sistema de transporte coletivo intermunicipal pela IDP Engenharia. Tais estudos concluíram pela melhor adequação do BRT em detrimento do VLT para suprir as necessidades de transporte da região, resultando, assim no atual projeto de implementação do BRT (Projeto STCR).

Conforme consta no TdR, o Projeto inclui cinco corredores de BRT com 49km de extensão e 87 estações. São eles:

- Navegantes — Itajaí;
- Itajaí — Balneário Camboriú;
- Balneário Camboriú — Camboriú;
- Itapema — Porto Belo;
- Penha — Navegantes

Os investimentos previstos no TdR englobariam, ainda, a estruturação de um novo sistema de bilhetagem eletrônica, a instalação de seis linhas de ônibus prioritárias, sinalização de trânsito, o uso de frota de ônibus ecológica e a construção de novas estações, calçadas, de uma ponte entre Itajaí e Navegantes, além de novos terminais e plataformas.

² Em tradução livre.

Os Municípios constituíram o Consórcio Intermunicipal Multifinalitário dos Municípios da AMFRI (CIM-AMFRI) com a missão de implementar projetos estratégicos de integração regional que envolvam forte coordenação regional, dentre os quais o Projeto STCR. A hipótese que se cogita ao longo de todo esse relatório é a de que o CIM-AMFRI executará o Projeto STCR, que consiste em um projeto *greenfield*, para atender uma média de 525.000 viagens por dia até 2030, conforme relata o TdR.

Por fim, o TdR indica que em parceria com o Banco Mundial, a AMFRI pretende realizar a revisão e o aperfeiçoamento dos estudos preliminares de pré-viabilidade, envolvendo a contratação de consultorias especializadas para um trabalho interdisciplinar que envolverá: i) estudo técnico operacional e de demanda; ii) revisão técnica dos estudos de engenharia; iii) estudo de pré-viabilidade ambiental e social; iv) relatório jurídico; v) análise fiscal e financeira do projeto, e vi) gestão de comunicação e gerenciamento de *stakeholders*.

Passa-se para ao Relatório Jurídico Preliminar, tal como delimitado no escopo de trabalho do TdR.

II. O MARCO REGULATÓRIO DO TRANSPORTE URBANO

II.1. DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

O direito ao transporte consta no art. 6º da Constituição Federal como um direito social, sendo possível falar, com a edição da Emenda Constitucional nº 82/14, em um “**direito à mobilidade urbana eficiente**” (art. 144, §10).

A prestação dos serviços públicos de transporte urbano envolve esforço coordenado de todos os entes federativos.

No que tange à **competência legislativa**, o art. 22 da CF prevê que **cabe à União legislar privativamente sobre as diretrizes da política nacional de transportes** (inciso IX)³.

O art. 21 atribui **competência material da União**, para a exploração dos serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, **ou que transponham os limites de Estado ou Território** (inciso XII, “d”) e a exploração dos **serviços de transporte rodoviário interestadual** e internacional de passageiros (inciso XII, “e”). No que tange

³ A União, pela Lei nº 13.502/18, delegou ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que editou a Portaria nº 235, de 28 de março de 2018, cujo objetivo foi instituir a Política Nacional de Transportes (PNT). A PNT elegeu dentre os seus princípios o planejamento e integração territorial, infraestrutura sustentável e o desenvolvimento econômico, social e regional.

Dentre os seus objetivos, segundo o art. 4º, destacam-se: i) prover um sistema acessível, eficiente e confiável para a mobilidade de pessoas e bens; ii) prover uma matriz viária racional e eficiente; iii) planejar os sistemas de logística e transportes a partir de uma visão territorial, integrada e dinâmica.

ao Projeto STCR, destaca-se, ainda, a competência material da União para “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*” (art. 21, XX). O exercício dessa competência foi materializado com a edição da **Lei nº 12.587/12, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana**, sobre a qual falaremos no tópico II.3.1.1.

A **competência material dos Municípios** compreende a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, **incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial** (art. 30, V).

Por fim, **compete aos Estados a exploração dos serviços de transporte intermunicipal**, por força de sua **competência residual prevista no art. 25, §1º da Constituição**. Neste sentido, a Constituição do Estado de Santa Catarina prevê a **competência material** do Estado para **explorar**, diretamente ou mediante delegação, **os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros** (art. 8º, VIII).

II.2. GESTÃO REGIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: REGIÕES METROPOLITANAS E CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Além da divisão constitucional de competências entre os entes políticos, a Constituição Federal também previu arranjos de colaboração interfederativa, que permitem a atuação conjunta para a gestão dos serviços públicos de forma regionalizada. Destacam-se as **regiões metropolitanas** e os **Consórcios Públicos**, ambos com relevância para o Projeto STCR.

Para melhor compreensão do tema, será mantida a divisão técnica entre competência material e competência legislativa no presente tópico. Como será exposto, a criação das regiões metropolitanas cria um **novo arranjo de divisão da competência material para os serviços metropolitanos**.

II.2.1. Competência material

II.2.1.1. As regiões metropolitanas

As regiões metropolitanas foram previstas no art. 25, § 3º, da Constituição Federal, onde se lê que “os Estados poderão, **mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum**”.

A instituição de uma Região Metropolitana para organizar, planejar e executar funções de interesse comum tem uma consequência prática fundamental que consiste na **delegação**

da competência material dos entes que a compõe para a Região Metropolitana, nos termos da lei estadual que a instituir.

Como será aprofundado, os 11 Municípios integrantes da AMFRI e que constituíram o CIM-AMFRI, estão inseridos em Regiões Metropolitanas criadas pelo Estado de Santa Catarina. Portanto, no âmbito da **competência material** para prestação das funções públicas de interesse comum, a análise da regulação das regiões metropolitanas é essencial.

Ante a falta de um marco regulatório mais preciso, o perfil institucional das regiões metropolitanas passou a depender de precedentes jurisdicionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), com destaque para a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ. Com a edição da Lei nº 13.089/15 (Estatuto da MetrÓpole), as metrÓpoles ganharam uma regulamentação legal mais abrangente, padronizada, em que pese ainda muito genérica. Em âmbito estadual, em Santa Catarina a regulamentação da região metropolitana ocorreu por meio de uma lei geral (Lei Complementar Estadual nº 104/94) e da edição de leis específicas.

II.2.1.1.1. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

O art. 23, §2º da Constituição Federal prevê apenas: i) a possibilidade de constituição da região metropolitana; ii) os Municípios que a compõe; e iii) seus objetivos. Fica aberta, portanto, parcela considerável da regulamentação para os Estados. Mesmo com a edição do Estatuto da MetrÓpole, a compreensão do regime jurídico das regiões metropolitanas não prescinde dos precedentes do STF sobre o alcance das constituições e das leis complementares estaduais. Portanto, analisar a regulamentação destas entidades envolve, invariavelmente, a análise da jurisprudência da Corte Suprema.

II.2.1.1.1.1. Requisitos para instituição de região metropolitana

O tema das regiões metropolitanas foi submetido ao STF no julgamento sobre a constitucionalidade dos dispositivos constitucionais dos estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro.

O art. 216, §1º da Constituição do Estado do Espírito Santo exigia consulta prévia, mediante plebiscito, das populações interessadas antes da instituição da região metropolitana. Por sua vez, o art. 357, parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro exigia aprovação prévia das Câmaras Municipais.

Ambos os dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo STF⁴. Nos julgamentos foram fixadas duas polêmicas teses que norteiam o tema. A primeira tese é que **o único requisito constitucional para instituir uma região metropolitana é a aprovação de lei complementar estadual**, não cabendo outras exigências além das previstas no art. 25, §3º. A segunda tese consiste no reconhecimento do **caráter compulsório da participação dos Municípios** em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas.

II.2.1.1.1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.482/RJ

Em 2013, o julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ** foi um marco na discussão sobre regiões metropolitanas. Embora a ação ainda não tenha transitado em julgado (há embargos de declaração pendentes de julgamento), as teses fixadas pelo STF impulsionaram a atuação dos órgãos legislativos, sobretudo com a edição, em 2015, da **Lei nº 13.089/15 (Estatuto da Metrôpole)**.

A ADIn foi proposta em face da Lei Complementar Estadual nº 87/97, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e da Lei Ordinária Estadual nº 2.869/97, que dispunha sobre o regime de prestação do serviço público de saneamento básico.

Foram questionados dispositivos legais que submetiam a execução da integração metropolitana ao crivo exclusivo das autoridades estaduais ou que delegavam integralmente os serviços metropolitanos ao Estado.

O voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes fixou a tese de que

“não é compatível com a Constituição Federal a integral transferência do poder concedente seja ao estado federado, seja ao município pólo, uma vez que eliminaria, neste aspecto, a capacidade de auto-administração dos Municípios envolvidos e, conseqüentemente, núcleo essencial da autonomia municipal”.

O STF entende que é preciso existir alguma *“estrutura (convênio, agência reguladora, conselho deliberativo, etc.) com alguma forma de participação de todos os entes envolvidos, capaz de concentrar em um órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço de saneamento básico”*. Caberia ao órgão colegiado *“regular e fiscalizar a execução de suas decisões, definindo inclusive as formas de concessão do serviço de saneamento*

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.841-9/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 796-3/ES, Rel. Min. Néri da Silveira.

básico, política tarifária, instalação de subsídios cruzados etc.”, não havendo necessidade de representação paritária.

Isto não ocorria na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, uma vez que o Estado monopolizava as competências metropolitanas para o planejamento, execução e fiscalização dos serviços metropolitanos. Dessa forma, foram declarados inconstitucionais todos os dispositivos que condicionavam a execução da integração metropolitana ao exclusivo crivo de autoridades estaduais ou lhe outorgaram a competência exclusiva para planejamento, execução dos serviços públicos. Consta do dispositivo:

5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum.

O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.

O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro.

Em síntese, os dispositivos que foram declarados inconstitucionais previam a submissão à Assembleia Legislativa do Plano Diretor Metropolitano e o exercício das funções de planejamento, execução, regulação e supervisão dos serviços públicos comuns de interesse metropolitano exclusivamente pelo Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, o STF buscou conciliar a integração regional com a autonomia municipal, balizando as regiões metropolitanas criadas antes do Estatuto da MetrÓpole. Mais importante para o caso em análise é concluir que o espaço metropolitano, vetor de atribuições

múltiplas, uma vez legalmente criado, atrai um feixe de competências próprias, para o exercício das quais os entes que participam do arranjo metropolitano devem interagir.

II.2.1.1.2. Legislação federal.

II.2.1.1.2.1. O Estatuto da Metrópole

Apesar da competência estadual para a instituição das regiões metropolitanas, a União detém competências que lhe permitem editar uma norma geral sobre metrópoles, com base nos seguintes dispositivos constitucionais:

- Art. 21, XX – competência material da União para **instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano**, inclusive habitação, saneamento básico e **transportes urbanos**;
- Art. 23, IX – competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- Art. 24, I – competência legislativa concorrente da União e dos Estados para **legislar sobre direito urbanístico**; e
- Art. 182 – competência da União para fixar **diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano**.

Neste sentido, foi editada a Lei nº 13.089/15 (Estatuto da Metrópole), que estabelece

“diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano” (art. 1º).

A lei fixou em seu art. 2º definições de conceitos relevantes sobre “função pública de interesse comum”, “governança interfederativa”, “região metropolitana” e “governança interfederativa das funções públicas de interesse comum”. Confira-se:

*II – **função pública de interesse comum**: política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes;*

*IV – **governança interfederativa**: compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum;*

*VII - **região metropolitana**: unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum;*

IX - governança interfederativa das funções públicas de interesse comum: compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, mediante a execução de um sistema integrado e articulado de planejamento, de projetos, de estruturação financeira, de implantação, de operação e de gestão

Uma das preocupações do legislador foi fixar parâmetros para a regulamentação das regiões metropolitanas de acordo com as diretrizes que o STF estabeleceu. Como a Corte ressaltou a **necessidade de participação de todos os entes federativos**, sob pena de declaração de inconstitucionalidade, a lei regulamenta a governança interfederativa de forma extensa.

O art. 3º prevê que a instituição da região metropolitana deve ser precedida de estudos técnicos e audiências públicas que envolvam todos os Municípios (§2º) e deverão contar com um plano de desenvolvimento urbano integrado aprovado por lei estadual (art. 10).

O art. 3º, §1º prevê que os Estados e Municípios incluídos em região metropolitana **“deverão promover a governança interfederativa”** (§1º). Na sequência, os arts. 6º a 7º estabelecem os **princípios, diretrizes gerais e específicas** da governança interfederativa:

Princípios (Art. 6º)	Diretrizes Gerais (art. 7º-A)	Diretrizes Específicas (art. 7º)
Prevalência do interesse comum sobre o local	Compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade	Implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum
Compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção do desenvolvimento urbano integrado	Compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados	Estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum
Autonomia dos entes da Federação		Estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas
Observância das peculiaridades regionais e locais		Execução compartilhada das funções públicas de interesse

Gestão democrática da cidade

comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa

Efetividade no uso dos recursos públicos

Participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão

Busca do desenvolvimento sustentável

Compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes envolvidos na governança interfederativa

Compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, na forma da lei e dos acordos firmados no âmbito da estrutura de governança interfederativa

O art. 9º apresenta os **instrumentos para o desenvolvimento urbano integrado**, dentre os quais destacamos as **operações urbanas consorciadas interfederativa (iv)**, os **consórcios públicos (vi)** e as **parcerias público-privadas interfederativa (x)**. Percebe-se, portanto, que o **CIM-AMFRI é um dos instrumentos que a legislação previu para o desenvolvimento urbano integrado**.

Por fim, vale destaque que além de o consórcio público ser um instrumento de desenvolvimento urbano, o art, 23 prevê que **os Municípios podem formalizar convênios de cooperação e constituir consórcios públicos para atuação em funções públicas de interesse comum no campo do desenvolvimento urbano independente das disposições da lei sobre região metropolitana**. Dessa forma, a lei privilegiou os Consórcios Públicos como instrumento de desenvolvimento urbano, mas sem vincular à região metropolitana, permitindo um uso amplo deste instituto.

Sendo assim, a atuação da AMFRI para viabilizar a cooperação regional e a instituição do Consórcio Público por meio do CIM-AMFRI não conflitaria com a regulação legal das regiões metropolitanas, constituindo, ao revés, um dos instrumentos de desenvolvimento urbano

integrado com previsão legal expressa em âmbito federal e, como será abordado adiante, estadual.

II.2.1.1.3. A regulamentação estadual das regiões metropolitanas

Para a criação de regiões metropolitanas, a Constituição do Estado de Santa Catarina exigiu, em seu art. 114, que os Municípios limítrofes estivessem inseridos no mesmo complexo geoeconômico e social, *in verbis*:

“O Estado, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de seu interesse e de Municípios limítrofes do mesmo complexo geoeconômico e social, poderá, mediante lei complementar, instituir:

I - regiões metropolitanas;

[...]”

Segundo o **parágrafo primeiro**, a instituição da região metropolitana se fará com base: i) na população, crescimento demográfico, grau de concentração e fluxos migratórios; ii) na atividade econômica e perspectivas de desenvolvimento; iii) nos fatores de polarização; iv) na deficiência dos recursos públicos, em um ou mais Municípios, com implicação no desenvolvimento da região.

A regulamentação das regiões metropolitanas ocorreu com a edição da Lei Complementar Estadual nº 104/94, que dispõe sobre os princípios da regionalização do Estado, *“para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas”* (art. 1º).

O Estado deve desenvolver ação administrativa regionalizada, nos termos do art. 2º, com o objetivo de promover: i) *“o planejamento regional voltado para o desenvolvimento sustentável, equilibrado e integrado do Estado, buscando a constante melhoria da qualidade de vida da população”*; ii) *“a integração entre os níveis federal, estadual e municipal de Governo, mediante a descentralização, articulação e integração de seus órgãos, para garantir maior eficiência no desempenho de ações públicas”*; iii) *“a utilização racional do território e dos recursos naturais e culturais, respeitando sua sustentabilidade e peculiaridades, com justiça social e complementaridade dos setores urbanos e rurais”*.

Como visto, a Constituição Federal trata das regiões metropolitanas como instrumento para a execução de **funções públicas de interesse comum**. A lei estadual, por sua vez, definiu as funções públicas de interesse regional no seu art. 3º. Dentre elas, destacamos:

I - o planejamento integrado do desenvolvimento regional;

II - as prestações dos serviços de utilidade pública de:

[...]

b) transporte coletivo;

[...]

III - o exercício do poder de polícia administrativa para:

- a) preservação ambiental;**
- b) controle do uso e ocupação do solo;*
- c) preservação do patrimônio histórico e cultural;*
- d) definição e execução do sistema viário intra-regional;**

IV - utilização de incentivos técnicos e financeiros com o estímulo à atividade econômica;

V - imposição de tributos.

Como função pública de interesse regional, a **prestação do serviço de transporte coletivo** pode ser delegada às unidades regionais (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões).

A lei também considerou como função pública de interesse regional o **exercício do poder polícia para a definição e execução do sistema viário intra-regional**. Esta disposição legal é fundamental para o Projeto STCR. Isto porque reside no art. 3º, III, “d” o fundamento legal que legitima o exercício das funções regulatórias pelo Consórcio Público, como restará claro ao se tratar especificamente do instituto.

No desempenho das funções públicas comuns, todas as entidades e órgãos com atuação regional devem considerar as diretrizes do planejamento da respectiva unidade regional (art. 10).

A Lei Complementar Estadual nº 104/94 traz, como visto, uma regulamentação geral das regiões metropolitanas no Estado de Santa Catarina. Já a Lei Complementar Estadual nº 495/10 foi responsável por instituir diversas regiões metropolitanas, dentre as quais destacam-se a **Região Metropolitana da Foz do Rio Itajaí** e a **Região Metropolitana do Vale do Itajaí**:

- **Região Metropolitana da Foz do Rio Itajaí (art. 9º):**

- **Núcleo metropolitano:** Balneário Camboriú, Camboriú, Itajaí, Penha, Navegantes
- **Área de expansão:** Balneário Piçarras, Bombinhas, Itapema, Porto Belo

- **Região Metropolitana do Vale do Itajaí (art. 6º):**

- **Área de expansão:** Ilhota e Luiz Alves.

Verifica-se, portanto, que os 11 (onze) Municípios integrantes da AMFRI e do Projeto STCR integram regiões metropolitanas instituídas pela Lei Complementar Estadual nº 495/10. As iniciativas metropolitanas de integração ou exercício conjunto das funções comuns, até o momento, ainda não adquiriram personalidade jurídica própria ou caráter orgânico. No entanto, isto não constitui óbice para que os Municípios celebrem Consórcios Públicos para a execução de atribuições metropolitanas, conforme prevê o art. 14:

Art. 14. Os Municípios poderão criar consórcios intermunicipais para a realização de ações, obras e serviços de interesse comum.

Parágrafo único. Os consórcios deverão ser auto-suficientes em termos financeiros, não devendo onerar os demais Municípios da Região Metropolitana que deles não participem.

Tal como visto no Estatuto da MetrÓpole, o objetivo da regulamentação das regiões metropolitanas não é criar obstáculos para outras formas de integração regional em prol da Região Metropolitana. No caso, a legislação estadual autoriza que os Municípios se consorciem e, ainda, que formem Consórcios Públicos entre Municípios de diferentes regiões metropolitanas, desde que os demais não sejam onerados em termos financeiros.

A possibilidade de o Consórcio Público congregar municípios de diferentes regiões metropolitanas é essencial para o Projeto, pois permite que Ilhota e Luiz Alves, integrantes da Região Metropolitana do Vale do Itajaí, participem de uma ação consorciada com os demais municípios que integram a Região Metropolitana da Foz do Rio Itajaí.

Desta forma, o Consórcio Público é, segundo previsto na legislação estadual, um instrumento válido para a organização de municípios com o intuito de executar as competências das Regiões Metropolitanas criadas pela Lei Complementar Estadual nº 495/10, cujas regras devem ser combinadas com as previsões da Lei Complementar Estadual nº 104/94.

II.2.1.2. Consórcios Públicos

Os Consórcios Públicos⁵ encontram previsão constitucional no art. 241, que assim dispõe:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

A Lei nº 11.107/05 regulamentou as normas gerais para os entes federativos contratarem Consórcios Públicos, revelando o caráter contratual da relação entre os entes, que só podem constituí-lo pela aprovação, mediante lei, do protocolo de intenções (art. 3º). A legislação permite que o Consórcio constitua associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (art. 1º, §1º), tendo o CIM-AMFRI optado pela sua constituição sob a forma de associação pública, com

⁵ A Tarefa “f” prevê, de forma específica, a elaboração de um parecer sobre a estruturação do modelo de concessão considerando o CIM-AMFRI como poder concedente. Este tópico não se confunde com a Tarefa “f”, mas, eventualmente, alguns temas terão de ser adiantados no momento para compreensão do papel regulatório do Consórcio.

personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica interfederativa, conforme consta do seu protocolo de intenções.

A gestão associada pode ocorrer para viabilizar a prestação do serviço público ou, nos termos do art. 2º, §3º, conferiu-se permissão aos Consórcios Públicos para “*outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor*”.

Para efeitos de **gestão associada de serviços públicos**, cumpre destacar que o art. 4º, XI exige que haja autorização no protocolo de intenções, explicitando uma série de requisitos, todos eles atendidos pelo protocolo de intenções firmado pelo CIM-AMFRI, conforme mostrado na tabela abaixo:

Lei nº 11.107/05, art. 4º, XI	Protocolo de intenções
Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:	-
XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:	
a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;	4.2.4. Exercer as competências dos entes da federação, nos termos do ato de autorização ou delegação;
	[...]
	5.1. Para o cumprimento de seus objetivos, o CIM-AMFRI poderá:
	5.1.1. Firmar acordos, ajustes, termos de parcerias, convênios, contratos e/ou instrumentos congêneres, de qualquer natureza, compatíveis com os Contratos de Programa, as finalidades e os objetivos do CIM-AMFRI, com a administração pública, municipal, estadual, distrital e federal, consórcios públicos, iniciativa privada, entidades do terceiro setor e organismos internacionais, conforme legislação vigente e aplicável;
	5.1.5. Emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado;
	5.1.7. Administrar direta ou indiretamente, por concessão, permissão, parceria público privada,

b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;

c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão

contrato de gestão, termo de parceria ou instrumentos congêneres, os serviços previstos nos Contratos de Programa, programas governamentais, projetos afins e relativos às áreas de sua atuação, de forma complementar ou suplementar, desde que disponível pelos municípios associados, mediante Contrato de Gestão e pagamento de preço público, nos termos da Lei Federal nº. 11.107/05;

5.1.8. Planejar, contratar, executar, manter, gerir, fiscalizar e/ou viabilizar a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços, diretamente ou mediante licitação, bem como celebrar contratos administrativos, inclusive de concessão, permissão e parcerias público privadas;

5.1.12. Receber, por delegação de competência, a gestão e/ou exploração de serviços públicos de competência da União Federal, Estado e Municípios;

5.1.13. Exercer poder de polícia administrativo;

5.1.14. Realizar a gestão associada dos serviços e das políticas públicas especificadas nos contratos de programa;

5.1.24. Regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio;

4.2. O CIM-AMFRI tem por finalidades:

4.2.1. A gestão associada de serviços públicos, inclusive mediante a realização de licitações compartilhadas e a celebração de contratos de concessão e parcerias público-privadas, especialmente nas seguintes áreas:

b) mobilidade urbana e infraestrutura;

5.1.6. Outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, previstos nos Contratos de Programa, programas governamentais, projetos afins e relativos às áreas de sua atuação, observada a legislação de normas gerais em vigor;

Não aplicável ao Projeto.

5.1.10. Definir preços e tarifas, bem como seu reajuste, revisão e reequilíbrio financeiro, levando em conta, além dos custos operacionais, os critérios de finidos pela

legislação vigente de cada ente consorciado pela oferta do serviço público, respeitando as regras de rateio estabelecidas nos instrumentos contratuais;

Como visto, a ação regional considera como função pública de interesse comum o exercício do poder de polícia administrativa para definição e execução do sistema viário intra-regional. No âmbito do Projeto, foram delegadas para a AMFRI as competências para o exercício do poder de polícia (5.1.13) e para “regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio” (5.1.24).

Portanto, verifica-se que a função regulatória do Projeto STCR foi atribuída ao CIM-AMFRI. Afinal, se o exercício do poder de polícia para definição e execução do sistema viário intra-regional é considerado uma função de interesse comum, este também pode ser exercido pelo referido Consórcio. Ou seja, como os Consórcios Públicos podem assumir as competências legais que lhe forem transferidas (art. 4º, XI, “a”), isto inclui, também, a delegação do poder de polícia e da função regulatória, como previsto do protocolo de intenções.

O art. 13 prevê que as obrigações que um ente da Federação constituir para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos, deverão ser constituídas por meio de contrato de programa. Este deve conter cláusulas que estabeleçam (§2º):

- I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;*
- II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;*
- III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;*
- IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;*
- V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;*
- VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.*

Dessa forma, garante-se aos Consórcios Públicos, no exercício da gestão associada, a possibilidade de agir como poder concedente em substituição aos entes que o integram, exercendo, assim, a competência material para a prestação do serviço público de transporte coletivo e a competência regulatória dos serviços metropolitanos que por eles, nos termos da legislação estadual, sejam assumidos. Para o Projeto STCR, isto significa que o CIM-AMFRI poderá figurar como concedente.

II.2.2. Consequência prática da competência regulatória do Consórcio Público para o Projeto STCR

Dessa forma, temos que a Lei Complementar nº 104/94 prevê que o transporte coletivo é uma função pública de interesse comum (art. 3º, II, “b”). Como tal, é necessária a atuação regional, **fixando uma competência material metropolitana para a prestação do serviço de transporte coletivo.**

Trata-se de uma **nova forma de prestação do serviço público de transporte coletivo**, não colidente com o transporte intermunicipal ou municipal. Cria-se, assim, uma **competência material comum para a prestação do serviço de transporte coletivo**, sendo:

- **Competência do Município:** prestação do serviço de transporte municipal;
- **Competência do Estado:** prestação do serviço de transporte intermunicipal;
- **Competência Metropolitana:** prestação do serviço de transporte metropolitano.

O arranjo institucional permite, por meio da atuação regional dentro da região metropolitana, que **o serviço de transporte coletivo metropolitano atue autonomamente em relação aos serviços estadual e municipais eventualmente já constituídos.** Por consequência, sendo um serviço distinto, não incidirá sobre o mesmo nem a regulação setorial legal e infralegal dos Municípios, nem a regulação estadual intermunicipal, cumprindo à lei instituidora da região metropolitana traçar as molduras do exercício da competência regulatória própria dos seus integrantes nesse tema.

No caso, ainda não houve a criação de uma entidade metropolitana que assuma competências regulatórias. Desse modo, a prestação do serviço e a regulação do transporte coletivo metropolitano dar-se-á, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 495/10 (art. 14), pelo próprio Consórcio.

○ **CIM-AMFRI, insista-se, exercerá o papel de órgão de regulação do serviço de transporte regional metropolitano.** Esta é uma das competências que lhe foi transferida no protocolo de intenções, como visto no tópico anterior. Dessa forma, na ausência de uma instância regulamentar de caráter metropolitano, a regulação do serviço de transporte coletivo deve ser executada pelo próprio Consórcio CIM-AMFRI.

Sob o prisma jurídico-institucional, a complexidade do Projeto STCR reside na articulação interinstitucional de 12 entes federativos com regulamentações próprias. A concepção do Projeto STCR como um serviço de transporte metropolitano (art. 3º, II, b, Lei Complementar Estadual nº 104/94) prestado e regulado por um Consórcio Público (art. 14, Lei Complementar Estadual nº 495/10) elimina parte desta complexidade.

II.3. REGULAMENTAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS

A análise da regulamentação dos entes federativos parte das premissas assentadas no tópico anterior:

- **Premissa 1:** o serviço metropolitano é uma nova forma de prestação do serviço de transporte coletivo;
- **Premissa 2:** a competência regulamentar sobre serviços metropolitanos é da própria região metropolitana, a qual a operacionaliza em função do arranjo institucional fixado por lei estadual;
- **Premissa 3:** o CIM-AMFRI é responsável pela gestão associada do serviço de transporte coletivo metropolitano, que envolve a prestação do serviço, por meio da outorga de concessão, e a regulação e exercício do poder de polícia;
- **Premissa 4:** na ausência de lei estadual que institua um ente metropolitano, caberá ao CIM-AMFRI regular o serviço de modo integral.

Assentadas as premissas, passemos à análise da legislação vigente sobre os serviços de transporte coletivo de passageiros em todos os níveis federativos.

II.3.1. União

II.3.1.1. Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU (Lei nº 12.587/12)

II.3.1.1.1. Aspectos gerais da PNMU: definições, princípios, diretrizes e objetivos

A Lei nº 12.587/12 estabeleceu a **Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU)** como **instrumento da política de desenvolvimento urbano**, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e da mobilidade das pessoas e cargas no território do Município (art. 1º). Como a lei veicula **uma política nacional**, seu âmbito de incidência abrange o transporte metropolitano.

Seu objetivo, previsto no art. 2º, é contribuir para o **acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano**, por meio do planejamento e da gestão democrática do **Sistema Nacional de Mobilidade Urbana**.

O **Sistema Nacional de Mobilidade Urbana**, por sua vez, é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município (art. 3º).

O Projeto STCR corresponde, dentro da classificação legal, ao **transporte público coletivo**, definido como o **serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público** (art. 4º, VI).

Guarda relevância especial o art. 3º, §3º, ao definir as **infraestruturas de mobilidade urbana**. Na fase de modelagem do projeto, será essencial considerar **quais destas estruturas integrarão os bens reversíveis da futura concessão**. São elas: i) vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias; ii) estacionamentos; iii) terminais, estações e demais conexões; iv) pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas; v) sinalização viária e de trânsito; vi) equipamentos e instalações; e vii) instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações.

A PNMU é composta por princípios, diretrizes e objetivos, que deverão ser observados na etapa de modelagem do Projeto. São eles:

Princípios (Art. 5º)	Diretrizes (Art. 6º)	Objetivos (Art. 7º)
Acessibilidade universal.	Integração com a política de desenvolvimento urbano e respectivas políticas setoriais de habitação, saneamento básico, planejamento e gestão do uso do solo no âmbito dos entes federativos.	Reduzir as desigualdades e promover a inclusão social.
Desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais.	Prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado.	Promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais.
Equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo.	Integração entre os modos e serviços de transporte urbano.	Proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade.
Eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano.	Mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade.	Promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades.
Gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação	Incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de	Consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do

da Política Nacional de Mobilidade Urbana.	energias renováveis e menos poluentes.	aprimoramento da mobilidade urbana.
Segurança nos deslocamentos das pessoas.	Priorização de projetos de transporte público coletivo estruturadores do território e indutores do desenvolvimento urbano integrado.	
Justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços.	Integração entre as cidades gêmeas localizadas na faixa de fronteira com outros países sobre a linha divisória internacional.	
Equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros.	Garantia de sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros, de modo a preservar a continuidade, a universalidade e a modicidade tarifária do serviço.	
Eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.		

II.3.1.1.2. Diretrizes para a regulação dos serviços de transporte público coletivo

A PNMU também trouxe em seu Capítulo II as diretrizes para a regulação dos serviços de transporte público coletivo, que passamos a descrever sinteticamente.

No que tange à **política tarifária**, os serviços de transporte público coletivo deverão ser orientados pelas diretrizes previstas no art. 8º. São elas:

- I - promoção da equidade no acesso aos serviços;*
- II - melhoria da eficiência e da eficácia na prestação dos serviços;*
- III - ser instrumento da política de ocupação equilibrada da cidade de acordo com o plano diretor municipal, regional e metropolitano;*
- IV - contribuição dos beneficiários diretos e indiretos para custeio da operação dos serviços;*
- V - simplicidade na compreensão, transparência da estrutura tarifária para o usuário e publicidade do processo de revisão;*
- VI - modicidade da tarifa para o usuário;*
- VII - integração física, tarifária e operacional dos diferentes modos e das redes de transporte público e privado nas cidades;*
- VIII - articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos;*
- IX - estabelecimento e publicidade de parâmetros de qualidade e quantidade na prestação dos serviços de transporte público coletivo; e*

X - incentivo à utilização de créditos eletrônicos tarifários.

Todas as diretrizes deverão ser consideradas quando da definição da política tarifária do Projeto.

A lei impõe, ainda, um **dever aos Municípios de divulgar de forma sistemática e periódica, os impactos dos benefícios tarifários concedidos no valor das tarifas dos serviços de transporte público coletivo (art. 8º, §2º)**, que deverá ser cumprido pelo CIM-AMFRI na futura concessão. Note-se que o próprio contrato a ser firmado com parceiros privados já poderá prever mecanismos para facilitar o cumprimento de tal obrigação legal.

No que tange ao **regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo**, caberá ao **edital de licitação** estabelecê-lo, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público, nos termos do art. 9º.

O Poder Público fixará a **tarifa pública cobrada do usuário** (§2º), que juntamente com a receita oriunda de outras fontes de custeio, comporá a “**tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo**” (§1º), destinadas **ao custeio do serviço e à remuneração do prestador**.

A lei permite, ainda, que o Poder Público adote medidas de **subsídio tarifário**, definido como o valor correspondente à “*diferença a menor entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário*”.

O parágrafo quinto prevê que “*caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o déficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante*”.

Todo subsídio tarifário ao custeio da operação deverá ser definido em contrato, com base em **critérios transparentes e objetivos de produtividade e eficiência**, especificando, minimamente, o objetivo, a fonte, a periodicidade e o beneficiário (art. 10, parágrafo único).

A lei também prevê a hipótese de **superávit tarifário**. Segundo o parágrafo quarto, a “*existência de diferença a maior entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário denomina-se superávit tarifário*”. Neste caso, a receita adicional deverá, necessariamente, ser revertida para o próprio Sistema de Mobilidade Urbana (art. 9º, §6º)

Com relação aos **procedimentos de reajuste e revisão da tarifa**, compete ao Poder Público delegante a sua fixação, de acordo com a periodicidade prevista no Edital. **Os reajustes deverão, ainda, promover a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários** (§9º). Já a **revisão ordinária**, conforme previsto no art. 9º, §10, terá a **periodicidade prevista no edital** e deverá: i) **incorporar parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa ao usuário**; ii) **incorporar índice de transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários**; e iii) **aferir o equilíbrio econômico e financeiro da concessão e o da permissão, conforme parâmetro ou indicador definido em contrato**.

A lei permite que a **Concessionária conceda, por sua conta e risco e sob anuência do Poder Público, descontos nas tarifas ao usuário, inclusive de caráter sazonal, não cabendo reequilíbrio nestes casos** (§11). Tal mecanismo, se bem manejado, pode facilitar a ordenação da demanda e, conseqüentemente, contribuir para com o atingimento de bons padrões de prestação de serviço durante a execução contratual, além de ser visto, pelos licitantes, como uma possibilidade de incremento de sua remuneração, estimulando a concorrência na etapa licitatória.

O art. 10 estabelece que as contratações dos serviços de transporte público serão precedidas de licitação e deverão observar as seguintes diretrizes:

- I - fixação de metas de qualidade e desempenho a serem atingidas e seus instrumentos de controle e avaliação;*
- II - definição dos incentivos e das penalidades aplicáveis vinculadas à consecução ou não das metas;*
- III - alocação dos riscos econômicos e financeiros entre os contratados e o poder concedente;*
- IV - estabelecimento das condições e meios para a prestação de informações operacionais, contábeis e financeiras ao poder concedente; e*
- V - identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.*

Por fim, quanto à **fiscalização e controle**, o art. 13 prevê que caberá ao poder concedente realizar atividades de fiscalização e controle dos serviços delegados, preferencialmente em parceria com os demais entes federativos.

II.3.1.2. Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03)

O Estatuto do Idoso estabelece uma política tarifária especial para a população maior de 65 (sessenta e cinco) anos. O art. 39 assegura a **gratuidade transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos**, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados

paralelamente aos serviços regulares. Basta que o idoso apresente qualquer documento oficial que comprove sua idade para usufruir de tais benefícios. Além disso, os veículos terão que reservar 10% dos assentos para os idosos.

O art. 42 dispõe que devem ser **asseguradas a prioridade e a segurança do idoso nos procedimentos de embarque e desembarque nos veículos do sistema de transporte coletivo.**

O transporte coletivo metropolitano, também se sujeita aos dispositivos do Estatuto do Idoso. Os dispositivos legais deverão ser considerados tanto para fins de cálculo de demanda, como na modelagem técnica e jurídica do Projeto.

II.3.1.3. Regulação setorial da ANTT e do DNIT

Se mantido o traçado inicial do Projeto, ele passará por trechos da BR-101, rodovia federal e, nesse caso, será necessário compatibilizar o uso do bem federal com o novo sistema de transporte metropolitano proposto. A legislação oferece diversos instrumentos para tanto — ou seja, para viabilizar o uso de bens públicos de diferentes entes federativos. A análise das possibilidades é complexa e varia conforme as particularidades dos bens em questão. Como nesse momento ainda não há traçado definido para o Projeto, parece-nos adequado apenas registrar alguns dos instrumentos jurídicos que poderão ser futuramente considerados para o arranjo institucional do projeto, se for o caso. São eles:

- **Transferência da propriedade por doação:** hipóteses previstas na Lei nº 12.379/11: i) trechos de rodovias federais envolvidos por área urbana; ii) trechos de rodovias federais substituídos em decorrência da construção de novos trechos; iii) rodovias ou trechos de rodovias não integrantes da Rinter.
- **Cessão de Uso Gratuito:** é autorizado o uso em determinadas condições definidas no contrato, mas este direito é pessoal e não pode ser transferido a terceiros.
- **Cessão de Uso Onerosa:** deve ser aplicada quando se destinar a atividade lucrativa e ações de apoio ao desenvolvimento local. Havendo condições de competitividade, deve-se respeitar o disposto na Lei 8.666/93, o que não seria o caso do Projeto.
- **Cessão em Condições Especiais:** pode ser aplicada quando for necessário estabelecer encargos contratuais específicos, como condição resolutive contratual.

Note-se que a ANTT não tem ingerência sobre os serviços de transporte metropolitano. Ao revés, o art. 22, § 2º da Lei nº 10.233/01 prevê que a ANTT harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encarregados do gerenciamento de seus sistemas viários e das operações de transporte intermunicipal e urbano.

Portanto, caso seja necessário fazer uso de alguns dos instrumentos listados (ou outros), para compatibilizar o futuro Projeto com a rodovia federal existente, entendemos que caberia ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT firmar o instrumento legal que vier a ser eleito, por força do disposto nos art. 81, II e art. 82, VII da Lei nº 10.233/01.

II.3.2. Estado de Santa Catarina

II.3.2.1. Regulamentação da Constituição do Estado de Santa Catarina: competência legislativa

II.3.2.1.1. Competência legislativa

O Estado possui competência legislativa para dispor sobre a criação de regiões metropolitanas e, desse modo, para regular indiretamente o serviço público de transporte metropolitano. Ou seja, o Estado não regula o transporte metropolitano propriamente dito, mas tem o poder-dever de estabelecer o modo pelo qual a região metropolitana deve regular este serviço.

Ressalte-se que a competência legislativa do Estado de Santa Catarina para dispor sobre o transporte intermunicipal **não se confunde com a competência legislativa para dispor sobre o serviço de transporte coletivo metropolitano. É fundamental compreender que se tratam de serviços distintos.** O fundamento constitucional do transporte metropolitano, bem como da própria existência das regiões metropolitanas, enquanto núcleo agregador de atribuições de interesse comum dos entes federativos que as formam, é o **art. 25, §3º da Constituição Federal** (o art. 114 da Constituição do Estado de Santa Catarina, estatui que: “O Estado, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de seu interesse e de Municípios limítrofes do mesmo complexo geoeconômico e social, poderá, mediante lei complementar, instituir: I - regiões metropolitanas”). Por sua vez, o fundamento constitucional do transporte intermunicipal encontra-se fixado na competência residual dos Estados, no **art. 25, §1º da Constituição Federal** (o art. 8º, VIII da Constituição do Estado de Santa Catarina, estabelece a competência do Estado para: “explorar diretamente ou mediante delegação os recursos hídricos de seu domínio, os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e outros de sua competência conforme art. 137”).

Dessa forma, **a legislação sobre transporte intermunicipal não é aplicável ao Projeto STCR.** O CIM-AMFRI poderá, por uma decisão própria, adotar elementos da legislação estadual já existente voluntariamente. No entanto, ressalte-se, a legislação sobre transporte intermunicipal não diz respeito ao transporte metropolitano, não sendo, portanto, aplicável ao Projeto STCR.

II.3.2.2. Legislação estadual

II.3.2.2.1. Desenho institucional dos órgãos estaduais no setor de transporte coletivo

No âmbito das Regiões Metropolitanas da Foz do Rio Itajaí e do Vale do Itajaí, insista-se, **não houve, até o momento, a criação de um ente que represente todos municípios e o Estado e atue nos temas relacionados ao transporte metropolitano.**

No que tange ao serviço de transporte intermunicipal, existe um sistema de regulação do serviço. O mesmo foi regulado pelo Departamento de Transportes e Terminais – DETER, até a edição da Lei Complementar Estadual nº 741/2019, que alterou a estrutura organizacional da Administração Pública. Com isso, o DETER foi extinto (art. 98) e suas atribuições foram divididas entre a **Secretaria de Estado da Infraestrutura e Mobilidade (SIE)** e a **Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina (ARESC).**

Com base no art. 99, a ARESA ficou responsável pelo exercício de todos os poderes de **fiscalização do transporte intermunicipal de passageiros**, que eram competências do DETER, e também a competência para cobrança das taxas previstas na Lei Estadual nº 17.221/17. Por sua vez, a SIE ficou com todas as competências não absorvidas pela ARESA.

No que tange à SIE, esta ficou responsável, segundo o art. 40, pelos **serviços de transporte intermunicipal**, competindo-lhe as seguintes funções:

- X – planejar e executar o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros;*
- XI – elaborar, executar e revisar periodicamente a Política Estadual de Transportes de Passageiros;*
- XII – licitar e firmar documentos de delegação de serviços de transporte intermunicipal de passageiros na forma de lei específica;*
- XIII – elaborar normas gerais e específicas sobre o sistema de transporte de passageiros sob sua jurisdição, em consonância com a Política Estadual de Transportes de Passageiros;*
- XVI – firmar convênios, acordos, contratos e demais instrumentos legais;*
- XXI – modernizar o sistema de transporte de passageiros sob sua jurisdição;*

No que tange à ARESA, sua lei de criação (Lei Estadual nº 16.673/15) não foi reformada para incluir, em seu rol de atribuições, o transporte intermunicipal. No entanto, a própria Lei Complementar Estadual nº 741/19 previu, em seu art. 57, que as competências da ARESA “*abarcam todos os serviços públicos delegados no Estado, inclusive os de transporte intermunicipal de passageiros*”. Previu, ainda, que a Taxa de Fiscalização do Transporte Intermunicipal de

Passageiros passasse a ser atribuída à ARES (art. 59). A fiscalização do serviço público de transporte intermunicipal, compete à ARES:

I – supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação específica relativa aos serviços públicos concedidos;

II – fiscalizar a prestação dos serviços públicos concedidos, incluídos os aspectos contábeis e financeiros e os relativos ao desempenho técnico-operacional;

III – expedir regulamentos de ordem técnica e econômica, com vistas ao estabelecimento de padrões de qualidade para:

- a) prestação dos serviços;*
- b) otimização dos custos;*
- c) segurança das instalações; e*
- d) atendimento aos usuários;*

IV – estabelecer o regime tarifário, de forma a garantir a modicidade das tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços;

V – analisar os custos e o desempenho econômico-financeiro da prestação dos serviços;
[...]

VII – promover estudos com vistas ao incremento da qualidade e da eficiência dos serviços prestados e do atendimento a consultas dos usuários, dos prestadores de serviços e dos entes delegatários;

VIII – aplicar sanções e penalidades ao prestador de serviços quando, sem motivo justificado, houver descumprimento de suas diretrizes técnicas e econômicas;

IX – celebrar convênios e contratos com órgãos e entidades internacionais, federais, estaduais, distritais e municipais e com pessoas jurídicas de direito privado, no âmbito de sua área de atuação;

X – manter serviço gratuito de atendimento telefônico para recebimento de reclamações dos usuários, sem prejuízo do estabelecimento de outros mecanismos em regulamento;

XIII – supervisionar, controlar e avaliar a aplicação de investimentos realizados pelos prestadores de serviços públicos concedidos com recursos oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de empreendedores privados, de fundos especiais e de beneficiários diretos. (Art. 5º, §1º.)

Verifica-se, portanto, que convivem dois órgãos com atribuições públicas no âmbito do **serviço público de transporte coletivo intermunicipal. Nenhum deles, contudo, possui competência para atuar ou regulamentar um serviço público metropolitano**, pois não se trata de **serviços públicos delegados pelo Estado**, não se inserindo, portanto, no âmbito regulatório da SIE ou da ARES.

Dessa forma, para o que tange ao Projeto STCR, o órgão executivo, repita-se, deve ser o Consórcio Público.

II.3.2.2.2. Lei base para a regulamentação do transporte intermunicipal – Lei Estadual nº 5.684/80

A Lei Estadual nº 5.684/80 dispõe sobre o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. O art. 3º da lei define como transporte intermunicipal aquele “realizado entre dois ou mais Municípios, seja a estrada federal, estadual ou municipal”. As linhas são definidas como o transporte regular, com itinerário determinado, entre dois pontos definidos com início e término do trajeto, nos termos do parágrafo único.

Incumbe ao Poder Executivo, por sua Administração Indireta, planejar, executar, fiscalizar e controlar a prestação do serviço, podendo delegar para empresas particulares sob a forma de concessão, autorização ou permissão (**art. 1º, caput, e parágrafo único**). A regulamentação da lei ocorreu por meio do Decreto nº 12.601/80.

O art. 5º da lei dispõe que a concessão ocorrerá por meio de contrato administrativo com prazo de 10 (dez) anos e mediante concorrência, podendo ser renovado “a critério do Poder Concedente”.

O art. 10 condiciona a execução do serviço concedido aos padrões administrativos e técnico-operacionais, cujas normas serão baixadas através de resoluções da entidade competente, enquanto o art. 11 prevê o pagamento da passagem pelo usuário como remuneração para a efetiva prestação do serviço.

O art. 11 prevê, ainda, alguns benefícios tarifários. O **parágrafo primeiro** prevê que o professor, o especialista em assuntos educacionais, o assistente de educação e o assistente técnico-pedagógico pertencentes ao quadro do magistério público estadual, devidamente credenciados, terão direito a deslocamento gratuito no trajeto escola-casa e vice-versa. O **parágrafo segundo** prevê que o aluno do ensino fundamental, médio e superior, de instituições públicas e privadas, terá direito a desconto de 50% (cinquenta por cento) na aquisição de passe mensal, durante o período escolar, no trajeto escola-casa e vice-versa.

No que tange à prestação do serviço, os arts. 12-A, 12-B e 12-C preveem o dever de a empresa concessionária fornecer informações relativas às normas de segurança e bem-estar dos passageiros, antes do início das viagens com percurso superior a 50 quilômetros. O art. 12-B especifica as informações que devem ser fornecidas aos passageiros⁶, enquanto o art. 12-C prevê a possibilidade de registro de reclamação e, eventualmente, punição em desfavor da empresa.

⁶ Art.12-B. Para os efeitos desta Lei, deve ser observado o seguinte:

I – quanto à segurança dos passageiros, informar sobre:

Quanto às penalidades aplicáveis às empresas concessionárias, o art. 13 traz algumas inovações. Foram previstas 6 penalidades que podem ser aplicadas nas concessões: i) advertência; ii) multa; iii) retenção do veículo; iv) suspensão da concessão; v) encampação da concessão; vi) declaração de inidoneidade.

Os valores das multas obedecerão ao escalonamento gradual previsto em decreto do Poder Executivo (art. 13, §1º), e poderão atingir até o dobro em caso de reincidência no período de 1 ano (§3º). A tipificação das “*infrações passíveis de serem cometidas pelas empresas transportadoras, assim como as respectivas penalidades, serão discriminadas por meio de decreto do Chefe do Poder Executivo, ficando vedada a exigência de utilizar tecnologias de rastreamento e georreferenciamento*” (§4º). Neste ponto, a regulamentação ocorreu por meio do art. 94 do Decreto nº 12.601/80 que estabeleceu um rol longo e abrangente de infrações com a gradação monetária das multas.

Da decisão, cabe recurso dirigido ao Conselho Estadual de Transporte de Passageiros (CTP) contra a imposição de multa, com efeito suspensivo (art. 14). O CTP, além de órgão recursal, também delibera sobre abertura de licitação para concessão, prorrogação dos contratos de concessão, transferência de concessão, encampação e declaração de inidoneidade (art. 2º, IV, V, do Decreto nº 2.418/04).

Para o Projeto STCR, o CIM-AMFRI não precisará submeter sua regulamentação do serviço de transporte metropolitano à Lei Estadual nº 5.684/80, pois esta trata do transporte

-
- a) o dever do uso de cinto de segurança, quando o serviço assim o exigir;
 - b) o dever de os passageiros permanecerem sentados durante todo o percurso, quando não permitido seu transporte em pé;
 - c) o sistema de abertura das janelas e portas de emergência, na hipótese de acidentes;
 - d) a localização dos extintores de incêndio e modos de utilização, em eventuais emergências;
 - e) outros equipamentos de segurança disponíveis no interior do veículo e modos de utilização; e
 - f) os procedimentos a serem adotados pelos passageiros nos casos de acidentes;
- II – quanto ao bem-estar dos passageiros, informar sobre:
- a) os serviços de bordo e, em não sendo gratuitos, os preços respectivos e formas de pagamento;
 - b) o tempo previsto para a viagem até o destino final;
 - c) o tempo de viagem estimado até cada uma das paradas intermediárias, indicando as cidades e respectivos locais de paradas, bem como o tempo de espera previsto em cada uma delas;
 - d) a localização dos banheiros; e
 - e) os procedimentos vedados aos passageiros, conforme a legislação vigente.

Parágrafo único. As informações previstas neste artigo poderão ser prestadas, pessoalmente, pelo motorista ou outra pessoa credenciada pela empresa, ou por meio de sistemas eletrônicos de áudio e vídeo, e devem ser repetidas sempre que houver embarque de novos passageiros nas paradas intermediárias.

intermunicipal. Considerando a inexistência de legislação sobre transporte metropolitano, o Consórcio poderá, com base nas competências que lhe foram atribuídas, elaborar uma regulamentação do serviço moderna e mais adequada para o modal BRT.

II.3.2.2.3. Leis que impõe ônus para as empresas prestadoras de serviço de transporte intermunicipal

O Estado de Santa Catarina possui um conjunto de leis que impõe ônus específicos que devem ser arcados pelas concessionárias do serviço de transporte intermunicipal. Na análise do marco regulatório do transporte coletivo, compete apresentá-las. No entanto, ressalve-se que **nenhuma delas é aplicável ao Projeto STCR, por não cuidarem especificamente do transporte metropolitano**. No entanto, o CIM-AMFRI poderá replicar parcialmente ou totalmente elementos do marco legal existente na sua própria regulamentação do serviço, caso julgue conveniente e oportuno.

II.3.2.2.3.1. Lei Estadual nº 7.975/90 – Emissão de vale-transporte para os servidores públicos

A lei em referência prevê que os servidores públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e Tribunal de Contas receberão de forma antecipada o vale-transporte para utilização em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, **por meio do sistema de transporte coletivo público**, urbano ou intermunicipal de características urbanas, excluídos os serviços seletivos e os especiais (art. 1º).

O vale-transporte será adquirido pelo Poder Público, que arcará com os gastos que excederem 6% da remuneração do servidor. No entanto, **o ônus de emissão do vale-transporte deverá ser arcado pela empresa**, conforme consta no art. 4º:

A empresa operadora do sistema de transporte coletivo público fica obrigada a emitir e a comercializar o Vale-Transporte, ao preço da tarifa vigente, colocando-o à disposição do Poder Público e assumindo os custos dessa obrigação, sem repassá-los para a tarifa dos serviços.

O art. 5º prevê a possibilidade das sanções a serem aplicadas à empresa operadora que comercializar o vale no caso de falta ou insuficiência de estoque necessários ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema.

II.3.2.2.3.2. Lei Estadual nº 8.220/91 – Assentos para uso de pessoas portadoras de deficiência

O art. 1º da lei prevê que as empresas concessionárias de **transporte coletivos de linhas intermunicipais** de características urbanas no Estado de Santa Catarina, destinem, em cada ônibus, 4 assentos para o uso exclusivo de pessoas portadoras de deficiências, gestantes e idosos.

II.3.2.2.3.3. Lei Estadual nº 11.953/01 – Vagas para pessoas consideradas obesas

A lei obriga que as empresas concessionárias de **transporte coletivo municipal e intermunicipal** com sede no Estado de Santa Catarina reservem no mínimo dois lugares em cada veículo para utilização por pessoas consideradas obesas (arts. 1º e 2º). Os lugares reservados consistirão em assentos especiais, de forma a garantir o conforto físico.

II.3.2.2.3.4. Lei Estadual nº 12.199/02 – Dever de informação

A lei traz a obrigatoriedade de as empresas de **transporte rodoviário intermunicipal** de passageiros imprimirem, no verso dos bilhetes de passagem, informação sobre a indenização a que tem direito a vítima de acidente, nos seguintes termos: *“A pessoa vítima de acidente de trânsito causado por veículo automotor de via terrestre, transportada ou não, será indenizada pelo seguro obrigatório a que se refere a Lei federal nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974”*.

II.3.2.2.3.5. Lei Estadual nº 14.219/07 – Registro de empresas para transporte intermunicipal

A lei prevê a obrigatoriedade de registro das empresas que **pretendam prestar o serviço de transporte intermunicipal** no DETER, atual SIE. Caso o CIM-AMFRI opte por replicar o dispositivo em sua regulamentação, a empresa concessionária seria classificada no Registro Tipo B, previsto no art. 1º.

O art. 2º estabelece a documentação mínima para o registro:

- comprovação de propriedade de pelo menos 1 (um) ônibus ou micro-ônibus de até 25 (vinte e cinco) anos adequados aos serviços;
- comprovação de que os veículos com idade superior a 10 (dez) anos tenham condições de segurança, mediante a apresentação do respectivo certificado de inspeção veicular emitido por entidade credenciada

- Capital social mínimo de 250.000 Coeficientes Tarifários do Serviço Rodoviário do Piso I⁷

II.3.2.2.3.6. Lei Estadual nº 17.278/17 – Embarque e desembarque de idosos, pessoas com deficiência e mulheres usuários do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

O art. 1º da lei prevê que “no horário compreendido entre as 22h e 6h, os idosos, as pessoas com deficiência e as mulheres usuários do **transporte rodoviário intermunicipal de passageiros** podem, a seu juízo, optar pelo local mais seguro e adequado para embarque e desembarque, ainda que fora do ponto de parada”, desde que respeitado o itinerário previsto no contrato de concessão e as regras de trânsito estabelecidas pelo CTB.

A lei dispõe que sua aplicação abrange o **transporte intermunicipal**, sem distinção, prevendo penalidades em caso de descumprimento (art. 4º).

Contudo, o seu conteúdo é inaplicável por duas razões. Primeiro, como visto, pela independência da legislação que regulamenta o transporte metropolitano com relação à regulação do transporte intermunicipal. Segundo, a norma é incompatível com um projeto de BRT, uma vez que é da própria natureza do modal que os passageiros embarquem apenas nas estações.

II.3.2.2.4. Leis de gratuidade ou desconto na passagem

O Estado de Santa Catarina possui leis que garantem benefícios tarifários para determinados grupos. Tal como no tópico anterior, na análise do marco regulatório do transporte coletivo, compete apresentá-las com a ressalva de que não são aplicáveis ao **transporte metropolitano**.

II.3.2.2.4.1. Leis Estadual nº 15.182/10 – Benefícios para idosos

A Constituição do Estado prevê gratuidade para os idosos maiores de 65 anos nos transportes coletivos em linhas urbanas e intermunicipais de características urbanas, assim classificadas pelos poderes concedentes (art. 189, II). Neste ponto, as garantias são idênticas ao

⁷ Em 2018, a Resolução nº 004/2018 fixou o valor de 0,31499 para o CT Piso I, sendo o capital mínimo necessário de R\$ 75.747,50.

Estatuto do Idoso. A comprovação deverá ser feita pela apresentação da carteira de identidade (art. 2º da Lei nº 8.160/90).

A **Lei Estadual nº 15.182/10** incluiu um benefício mais abrangente. Prevê o art. 1º que, para todos os idosos com idade igual ou superior a 60 anos e renda igual ou menor a 2 salários-mínimos, fica assegurada **no transporte coletivo público intermunicipal**: i) a reserva e ocupação de 2 vagas gratuitas por veículo; ii) desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas.

II.3.2.2.4.2. Lei Estadual nº 12.125/02 – Gratuidade para crianças portadoras de câncer

A lei assegura passagem gratuita a crianças portadoras de câncer, cujos pais tenham renda inferior a dois salários mínimos, em **ônibus de linhas intermunicipais**, no Estado de Santa Catarina, durante o tratamento que obrigue deslocamento fora de seu domicílio. Para os efeitos da lei, serão consideradas crianças pessoas da faixa etária de zero a quatorze anos de idade.

II.3.2.2.4.3. Lei Estadual nº 17.292/17 - Gratuidade do transporte rodoviário intermunicipal para passageiros portadores de necessidades especiais

A Lei nº 17.292/17 consolidou diversas leis que tratavam sobre os direitos das pessoas com deficiência. Dentre elas, a Lei nº 1.162/93, que tratava da gratuidade do transporte rodoviário intermunicipal para passageiros portadores de necessidades especiais. O tema passou a ser regulado pela nova legislação.

O art. 112 da nova lei dispõe que “fica assegurada a gratuidade do **transporte rodoviário intermunicipal** para passageiros com deficiência”, sendo o benefício concedido ao usuário credenciado pela Fundação Catarinense de Educação Especial (FCEE) ou pelas associações das diversas categorias das pessoas com deficiência.

Além da gratuidade, o art. 114 prevê que os terminais rodoviários do Estado de Santa Catarina devem instalar placas em Braille contendo a relação das linhas de ônibus e seus itinerários.

O Decreto nº 12.601/80 define o “Terminal Rodoviário de Passageiros” como “estabelecimento **destinado a atender ao tráfego rodoviário intermunicipal, interestadual e/ou internacional de passageiros**, sendo ponto de partida, de parada e/ou de chegada de ônibus, local para aquisição de passagens e para o despacho de malas, encomendas e/ou malas postais, dotado

de instalações sanitárias adequadas e acessíveis aos usuários, sala de espera, serviço de refeição e áreas comerciais autorizadas” (art. 3º, XLIII). Sendo assim, os terminais do BRT não são classificados como Terminais Rodoviários, não se aplicando o previsto no art. 114.

II.3.2.3. Legislação estadual pretensamente aplicável ao transporte metropolitano

A Lei Estadual nº 17.292/17 mencionada acima, que consolidou diversas leis que tratavam sobre os direitos das pessoas com deficiência, possui trecho abrangente e aplicável em tese ao transporte metropolitano. Muito embora, o transporte metropolitano deva ser regulado pela própria região metropolitana que o detêm enquanto atribuição, parece haver pretensão do legislador estadual, neste caso, de regular todas as espécies de transporte de passageiros. Como não cabe ao presente trabalho cogitar sobre a inconstitucionalidade de leis, importante que se faça menção expressa ao fato.

O art. 175 prevê que *“toda pessoa com deficiência acompanhada de cão-guia, bem como treinador ou acompanhante habilitado, poderá ingressar e permanecer em qualquer local público, meio de transporte ou estabelecimento comercial, industrial, de serviços ou de promoção, proteção e recuperação da saúde, desde que observadas as condições estabelecidas por esta Lei e seu regulamento”*. A lei prevê que o direito se aplica a qualquer “meio de transporte”, sem especificar se intermunicipal, municipal ou metropolitano.

II.3.2.4. Regulação setorial da Secretaria de Estado da Infraestrutura e Mobilidade (SIE)

Como visto, atualmente a regulação do transporte intermunicipal é feito pela SIE e pela ARESC. No que tange à ARESC, não há, até o momento, informações ou resoluções em seu site sobre transporte intermunicipal. Em paralelo, foi feita uma busca no Diário Oficial de Santa Catarina para verificar se houve alguma resolução ou deliberação da Agência sobre a matéria desde que lhe foram atribuídas as competências previstas na Lei Complementar Estadual nº 741/2019. A pesquisa não retornou resultados⁸. Portanto, no que tange à ARESC, não há regulamentação específica no momento.

Quanto à SIE, a maior parte da regulação setorial foi produzida pelo antigo DETER. A presente análise se baseará em tais normativos, com a ressalva de que se utilizou a base de dados presente no site oficial do Governo do Estado de Santa Catarina, o qual contém o seguinte

⁸ A data base da pesquisa foi o dia 09/07/2019.

alerta: “estamos promovendo as alterações necessárias nos sistemas e documentos oficiais emitidos pelo extinto DETER”⁹.

Novamente, ressalte-se que a apresentação da regulação setorial específica do transporte intermunicipal cumpre o papel de apresentar o quadro regulatório existente sobre o transporte coletivo. No entanto, **no Projeto STCR, que trata do transporte metropolitano, o CIM-AMFRI exercerá as funções regulatórias que lhe forem transferidas pelo contrato de programa, não se aplicando a regulação setorial existente referente ao transporte intermunicipal.**

II.3.2.4.1. Regulamentação geral do serviço – Decreto nº 12.601/80 e Instrução Normativa nº 07/91

O Decreto Estadual nº 12.601/80 e a Instrução Normativa DETER nº 07/91 regulamentam a Lei Estadual nº 5.684/80. Os normativos setoriais trazem extensa regulamentação sobre a forma de prestação do serviço, porém tratando-se de uma regulação técnica da execução do serviço, não cabe um aprofundamento jurídico no momento.

Ressalte-se, ainda, que tal como a lei que os normativos pretendem regulamentar (Lei Estadual nº 5.684/80), não há aplicação destes dispositivos legais ao transporte metropolitano.

II.3.2.4.2. Instrução Normativa nº 001/2007 / Instrução Normativa nº 04/2011 – veiculação de publicidade nos veículos que operam transporte intermunicipal de passageiros

As empresas que operam linhas de **transporte rodoviário intermunicipal** de passageiros podem divulgar publicidade na parte externa dos vidros traseiros dos ônibus, desde que, previamente, requerida e autorizada pela SIE (art. 1º), sendo inteira responsabilidade da Concessionária os efeitos causados pela veiculação do anúncio (art. 3º).

A SIE ou outros órgãos da União, Estados ou Município autorizados poderão veicular propagandas educativas ou outro tipo de publicidade sem objetivo comercial, com até 8% da frota da transportadora (art. 2º) pelo período mínimo de 3 meses (art. 5º). O ônus da confecção, manutenção e substituição da propaganda será da Concessionária (art. 4º).

As empresas que operem linhas de **transporte rodoviário intermunicipal de passageiros com características urbanas** são regidas pela Instrução Normativa nº 04/2011. A

⁹ O aviso consta do acesso ao site <https://www2.deter.sc.gov.br/> em 14/07/19.

Instrução permite que tais empresas divulguem publicidade na área externa dos vidros traseiro e na **parte interna dos ônibus urbanos** (art. 1º), limitados a 2 itens¹⁰ por veículo (art. 5º, §1º).

Quanto às propagandas de caráter educativo, a regulamentação é a mesma, com exceção do percentual a ser destinado que é de 10%. O art. 3º estabelece proibições do material que pode ser veiculado pela empresa. Vejamos:

Art. 3º Será proibida a veiculação de mensagem publicitária contrária à legislação pertinente, em especial aquelas:

a) de natureza político partidária;

b) que atentem contra a moral, os bons costumes e a dignidade da família;

c) que promovam a discriminação ou o preconceito de raça, etnia, religião, ou nacionalidade;

d) que possam representar risco à segurança do trânsito.

As transportadoras deverão fazer requerimento formal à SIE, que emitirá uma **Autorização Provisória** com validade de 30 dias (art. 6º, parágrafo único). Em 10 dias a Concessionária deverá providenciar para **Autorização Para Divulgação de Publicidade** mediante requerimento protocolado no DETER (art. 7º), que terá validade de 180 dias passíveis de prorrogação (art. 7º, §3º). O não atendimento do procedimento poderá acarretar em sanções aplicadas pela SIE, que podem ser: i) remoção da publicidade; ii) multa; iii) suspensão da autorização; iv) cancelamento da autorização (art. 10).

Por fim, a Instrução Normativa prevê que a operadora deverá encaminhar mensalmente à SIE a comprovação das receitas oriundas da veiculação de publicidade com a finalidade de integrar o cálculo tarifário (art. 9º).

II.3.2.4.3. Resolução nº 11/15 - Regulamenta o Seguro de Responsabilidade civil obrigatório, na execução do transporte intermunicipal de passageiros

Estabeleceu como requisito para registro do veículo no DETER a apresentação de apólice de Seguro de Responsabilidade Civil Obrigatório (RCO) com cobertura para os danos

¹⁰ O art. 5º prevê os itens e as características em seu *caput*: Art. 5º Será permitida a fixação de publicidade na área interna dos veículos, com as seguintes características: I – em painéis fixos na parte superior das janelas, no máximo 02 (duas) unidades em cada lado do salão de passageiros, com dimensões máximas de 700 mm de comprimento e altura limitada às dimensões do frechal ou sanca, devendo ser fixados de forma a evitar seu desprendimento; II – em impresso alocado diretamente no cano superior (pega-mão– balaústre), que devem ser fixados de forma a evitar seu desprendimento; III – em telas digitais sob o teto e acima dos passageiros, limitadas a 02 (duas) unidades por veículo, desde que não prejudique a iluminação do salão de passageiros, não possuam cantos vivos ou contundentes, ou constituam-se em fator de risco para os usuários e para tripulação; IV – em peças tipo “pega-mão”, que atendam a norma da ABNT 15.570:2008, item 35.9.1, limitados a 10 (dez) unidades por veículo, fixadas no corrimão junto aos balaústres, de forma que venham a atuar como barreira física na movimentação dos passageiros, desde que a interessada apresente o resultado do ensaio feito por laboratório conveniado pelo INMETRO, comprovando que a peça em questão atende ao item 35.9.1 da norma ABNT 15570:2008.

corporais e materiais causados a passageiro, conforme previsto no art. 1º. O valor da apólice do RCO foi estabelecido em 12.000.000 coeficientes tarifários do transporte rodoviário piso I.

II.3.2.5. Ações judiciais

Em que pese não influenciar diretamente a modelagem do Projeto, é importante registrar ações judiciais em curso no Estado de Santa Catarina nas quais agentes públicos e Concessionárias estaduais e municipais figuram no polo passivo por questionamentos quanto à gestão do serviço de transporte coletivo.

A partir da análise dos temas debatidos, o CIM-AMFRI poderá melhor adequar seus parâmetros regulatórios, quando houver aplicação à nova realidade de transporte metropolitano.

II.3.2.5.1. Ações Cíveis Públicas sobre a necessidade de licitação no sistema de transporte coletivo intermunicipal e municipal

II.3.2.5.1.1. Ação Civil Pública nº 0900777-18.2018.8.24.0023 – transporte intermunicipal

A principal Ação Civil Pública (ACP) em curso é a de nº 0900777-18.2018.8.24.0023 proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina. O MP aponta irregularidades em prorrogações de contratos de concessões de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, administrados pelo antigo DETER, as quais eram realizadas sem o devido procedimento licitatório como determinou o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em razão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002.006442-0. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 10.824/1998, que instituiu o sistema PROFROTA e que permitia a realização da aludida prática pelo ente público.

Os principais argumentos do MP foram:

- os contratos de concessão estariam sendo mantidos sem o devido procedimento licitatório;
- a aplicação do princípio da continuidade do serviço público não pode se sobrepor indefinidamente ao princípio da segurança jurídica, da isonomia, da competitividade e de muitos outros relativos à Lei que trata das licitações.
- entre 2004 e 2018 os Conselheiros do Conselho Estadual de Transporte se reuniram diversas vezes, consubstanciando-se 705 atas, porém o tema não foi abordado para fins de cumprimento da legislação, tratando estas tão somente da prorrogação dos contratos vencidos quando já não mais podiam ser renovados.

Em sua manifestação, o DETER afirma que:

- ante o julgamento da ADIN as operadoras permanecem executando os serviços em um regime precário, decorrente de uma autorização tácita do Poder Público até que a licitação seja deflagrada, eis que as tentativas de realização foram infrutíferas;
- desenvolveu com a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) a formulação das diretrizes da Política e do Plano de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros para o Estado de Santa Catarina, buscando-se a implantação de um novo modelo para o sistema de transporte público intermunicipal;
- o estudo para a licitação já foi contratado;
- cada região tem características distintas e o processo de licitação deve contemplar todas as diferentes características da demanda por transporte de passageiros.
- desde o ano de 2009 DETER já desenvolve estudos e articulações para o novo desenho de licitação de linhas de transporte rodoviário de passageiros, analisando a delegação por linhas, grupos de linhas, bacias, ou mesmo por via de alteração de modelo, por meio de autorização, como se dá no âmbito da regulamentação da ANTT para as linhas interestaduais;

O processo ainda está na fase de instrução, restando ainda a intimação de parte dos réus. A última movimentação do processo foi o deferimento do pedido de citação por edital¹¹.

II.3.2.5.1.2. Ação Civil Pública nº 0003863-80.2009.8.24.0041 – transporte no Município de Mafra

A Ação Civil Pública foi ajuizada face do Município de Mafra e da Viação Santa Clara Ltda., com vistas a demonstrar a irregularidade na prorrogação do contrato de concessão (sem que houvesse nova licitação) do serviço de público de transporte de passageiros do Município. Além disso, afirma ser inconstitucional a cláusula do Contrato que permite o monopólio privado do transporte coletivo de Mafra por 20 anos.

Na fundamentação, afirma que o Município, no contrato de concessão em questão, feriu princípios presentes na Constituição Estadual de Santa Catarina, quais sejam: a) os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como meios obstantes aos abusos do poder econômico

¹¹ O deferimento ocorreu em 25/05/19.

(art. 135, § 4º); e b) o princípio da licitação como defesa da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 137, § 1º e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Sobre o princípio da livre concorrência, afirma o MP que não pode o Município restringir a participação de agentes econômicos na exploração de serviços públicos e privilegiar determinados atores da iniciativa privada. Assim, a previsão contratual que permite o monopólio privado da prestação dos serviços de transporte por 20 anos seria inconstitucional.

No que tange ao Princípio da Licitação, afirma que as regras vigentes ao tempo da concessão do serviço não permitem a prorrogação de contratos administrativos com prazo vencido ou indeterminado sem que se instaure a devida licitação, a qual possibilitaria o ingresso de novos competidores. A empresa prestava os serviços há mais de 44 anos.

Em 12/08/2015 foi proferida sentença de parcial procedência, sob o argumento de que houve dispensa indevida de licitação no caso narrado, tendo em vista que não houve procedimento licitatório após a Constituição de 88 e que não caracteriza hipótese de dispensa da Lei nº 8.666/93. Assim, ao compreender a nulidade e ilegalidade do termo de permissão firmado entre o Município e a Viação Santa Clara, o magistrado considerou que o lucro obtido pela empresa desde 04/05/1998 é enriquecimento ilícito da concessionária, devendo tais valores serem restituídos ao Município.

Atualmente encontra-se pendente o julgamento do recurso de apelação¹².

II.3.2.5.2. Ações Cíveis Públicas sobre o Estatuto do Idoso e direitos das pessoas com deficiência

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou diversas ações cíveis públicas em face de concessionárias de transporte para garantir o cumprimento do Estatuto do Idoso. Tais ações podem servir de orientação para a elaboração da regulamentação por parte do CIM-AMFRI, de modo a evitar questionamentos pelos órgãos de controle.

II.3.2.5.2.1. ACP 0905561-87.2018.8.24.0039 - Auto Viação Catarinense Ltda.

O MP aponta irregularidades na aplicação do Estatuto do Idoso no âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, por parte da empresa Auto Viação Catarinense em atuação no Município de Lages/SC.

¹² Foi interposta apelação em 06/08/2015 pela Viação Santa Clara. O recurso de apelação está concluso no gabinete do Relator desde 26/07/2018.

O Estatuto do Idoso prevê: i) o direito à gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos para os maiores de 65 anos, exceto nos serviços seletivos e especiais quando prestados paralelamente aos serviços regulares (art. 39); ii) o direito à gratuidade ou ao desconto para os idosos no sistema de transporte coletivo interestadual (art. 40). Segundo o MP, houve abuso do poder regulamentar dos arts. 3º e 4º do Decreto Federal nº 5.934/06 ao prever a aplicação do art. 40 apenas aos serviços convencionais, pois o dispositivo não excepcionou a sua aplicação aos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

Dessa forma, não seria lícita a conduta da Concessionária de disponibilizar passagens gratuitas ou com desconto, conforme o caso, para idosos apenas às quartas-feiras e aos domingos sob a justificativa de que os benefícios da gratuidade e do desconto somente são disponibilizados em "ônibus convencionais" que sairiam nesses dias.

A Concessionária argumenta, em sede preliminar, que a competência seria de Justiça Federal, por ser serviço público de competência da União e pela necessidade da ANTT integrar o polo passivo. No mérito, alega caber à ANTT as funções de fiscalização do contrato, não tendo a Agência pugnado pela sanção da empresa. Sustenta ainda a validade da interpretação do Decreto Federal questionado, ressaltando a ausência de fonte de custeio para o benefício pretendido em sede judicial

Atualmente o processo encontra-se concluso para sentença¹³.

II.3.2.5.2.2. ACP 0900027-39.2018.8.24.0080 – Auto Viação Xanxerê e Município de Xanxerê

A ação objetiva declarar a nulidade da cláusula 5ª do contrato de concessão dos serviços públicos de transporte público municipal, que trata do pagamento referente ao transporte gratuito de idosos e pessoas com deficiência. A cláusula prevê que as despesas do transporte gratuito de idosos é dividida entre o município e a empresa concessionária. Sustenta o MP que os custos deveriam ser arcados integralmente pela Concessionária, devendo a empresa ressarcir o município de todo o valor pago à empresa a título de despesas com transporte público gratuito de pessoas idosas e deficientes. Por fim, buscou-se impedir que o Município realizasse o pagamento com verba do Fundo Municipal de Assistência Social.

O Município defende a legalidade da cláusula e a sua adequação ao equilíbrio do contrato de concessão, sendo o contrato considerado ato jurídico perfeito.

¹³ Desde o dia 30/04/2019.

A Concessionária sustenta que o custeio é um problema que deve ser resolvido dentro da relação entre o poder concedente e o concessionário e que os serviços são suportados, via de regra, pela tarifa e não pelo prestador. Assim, o subsídio parcial pelo Município comporta a equação econômica e financeira do contrato a fim de preservar a modicidade tarifária.

Não houve decisão de mérito no processo até o momento¹⁴.

II.3.2.5.2.3. ACP 0900392-56.2016.8.24.0018 – Reunidas S/A Transportes Coletivos

O MP tem como objetivo compelir a empresa requerida a cumprir o disposto no Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 -, no Decreto nº 5.934/2006, na Resolução 1692/2006 (ANTT) e na Lei Estadual 15.182/2010 que, em prol do Direito dos Idosos, impõem a reserva de vagas gratuitas, bem como a concessão de desconto em passagens para idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, que tenham renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, no transporte coletivo intermunicipal.

Aponta-se que a empresa desrespeitou o que determina a legislação especial, pois não viabilizou o fornecimento de passagem gratuita, nem a compra da passagem com 50% de desconto à idosa, na passagem adquirida no trecho Itapiranga – Florianópolis, na data de 13/01/2011. De acordo com o MP, a própria empresa ré confirmou que não é concedido o desconto nos pontos de venda terceirizados da empresa.

Foi proferida sentença favorável em 20/06/17:

“confirmando a decisão liminar de p. 86-99, julgo parcialmente procedente o pedido, para o fim de impor à empresa REUNIDAS S/A TRANSPORTES COLETIVOS (CNPJ 83.054.395/0001-32): a) a obrigação de garantir **em todo o percurso** de suas linhas duas vagas gratuitas reservadas para pessoas com deficiência e/ou idosos, reserva que deve ser observada mesmo quando o benefício tenha sido concedido em outros trechos da mesma linha, pena de incorrer em multa de R\$ 20.000,00 por cada ocorrência onde comprovado o descumprimento desta decisão, valor este a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; b) que mantenha permanentemente orientação aos seus funcionários (motoristas, cobradores, vendedores, gerentes, fiscais), de fácil compreensão, a respeito dessa obrigação, também em seu site da internet, cujo descumprimento acarretará multa diária de R\$ 2.000,00, valor este também a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; c) a obrigação de indenizar em R\$ 5.000,00 quem comprovadamente for

¹⁴ Está pendente de julgamento o conflito negativo de competência pelo Tribunal de Justiça. Autos conclusos desde 24/04/19.

lesado com a inobservância desta decisão (quantia que poderá ser executada tanto pelo lesado quanto pelo Ministério Público, nos moldes do tópico V).”

Importa registrar a interpretação do juízo quanto à reserva das vagas estabelecidas em lei. Segundo o magistrado, a empresa considerava que havia transportado dois usuários durante uma viagem, porém negou à um terceiro o benefício em trecho no qual os primeiros já haviam desembarcado. Para o magistrado, não havendo ocupação durante o segundo trecho, não poderia a empresa alegar ter cumprido a norma, ainda que tenha transportado as duas gratuidades na viagem. Por isso, estabeleceu ser “*obrigação de garantir em todo o percurso*” as duas vagas gratuitas reservadas para pessoas com deficiência e/ou idosos.

Foi interposto recurso de apelação contra a sentença, que se encontra concluso com o relator¹⁵.

II.3.2.5.2.4. Procedimento em face do Terminal de Passageiros de Balneário Camboriú (SIG n. 08.2019.00218261-2)

Consta no sistema de consulta do MPSC o procedimento SIG n. 08.2019.00218261-2 que consiste em uma minuta de petição inicial de ação civil pública em face do Condomínio Terminal Rodoviário de Passageiros de Balneário Camboriú. No entanto, o processo principal não foi localizado no sistema do Tribunal de Justiça, não sendo possível aferir se a ação foi ajuizada.

Consta da minuta de petição inicial que o MP pretende compelir o demandado ao cumprimento das obrigações decorrentes da Lei nº 10.098/00, que determina a adaptação das edificações de uso público às normas da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. Sustenta que o Terminal Rodoviário de Balneário Camboriú, localizado na Avenida Santa Catarina, 347, Balneário Camboriú/SC, não se encontraria adaptado.

O MP formula pedido de condenação do requerido na promoção de todas as obras necessárias para adequação do Terminal Rodoviário de Balneário Camboriú às normas de acessibilidade vigentes (NBR 9050:2015, Decreto nº 5.296/2004), nos termos dos relatórios já apresentados pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, com a obrigação de apresentar laudo técnico subscrito por engenheiro ou arquiteto, com ART, e atestado de regularidade dos Bombeiros, comprovando as adaptações.

II.3.3. Municípios

¹⁵ Desde o dia 04/04/19.

Conforme exposto, Projeto STCR consiste em uma nova forma de prestação do serviço de transporte coletivo, que coexiste com o transporte intermunicipal (competência estadual) e municipal. As competências material e regulamentas são exercidas pelo CIM-AMFRI, que exercerá regulação integral do serviço até que porventura seja criado um ente metropolitano que responda pelo respectivo serviço público de transporte. Dessa forma, **nem o Estado, nem os Municípios detêm isoladamente competência para legislar ou regulamentar os serviços de transporte metropolitanos**, mas a regulamentação do transporte metropolitano deverá observar as limitações das legislações municipais e estaduais no que refere às obras do BRT.

O TdR prevê a análise da regulação setorial em âmbito municipal. Ressalte-se que, conforme informação transmitida pela AMFRI, apenas Balneário de Camboriú, Camboriú e Itajaí possuem sistemas municipais de transporte contratados¹⁶.

Dessa forma, apesar de a regulação municipal não ser aplicável ao Projeto, é necessário analisar a regulamentação dos três municípios que contam com operadores do serviço público.

II.3.3.1. Regulação dos Municípios da região

II.3.3.1.1. Balneário Camboriú

II.3.3.1.1.1. Lei Municipal nº 1.872/99 - sistema de transporte coletivo de passageiros

Segundo o art. 3º, o “Serviço de Transporte Coletivo do Município de Balneário Camboriú é prestado através de um sistema tecnicamente complexo, formado por um conjunto uno, harmônico e interdependente de serviços, linhas, pontos de parada e terminais de integração, planejado, implantado e gerenciado de acordo com as peculiaridades viárias locais, destinando-se a atender as necessidades de transporte da população, contribuindo para a racional ocupação do solo no processo de expansão urbana”.

Dessa forma, o art. 4º classifica os serviços de transporte coletivo em três modalidades:

- **Regulares:** são os serviços prestados direta ou indiretamente, sob o regime de permissão ou de concessão, executados de forma contínua e permanente, obedecendo a horários, itinerários e intervalos de tempo preestabelecidos,

¹⁶ Conforme informado, o município de Navegantes está na fase de planejamento da licitação do transporte municipal. Os municípios de Penha e Balneário Piçarras pretendem fazer uma ação consorciada para licitar o transporte municipal. Os demais ainda não têm um plano pronto, mas estuda-se a possibilidade de expandir o modelo de Penha e Piçarras para os demais.

podendo ser: i) urbanos e distritais; ii) convencionais¹⁷s ou diferenciados¹⁸; iii) experimentais.

- **Especiais:** são os serviços de fretamento, de transporte escolar e extraordinário;
- **Experimentais:** são aqueles executados pelas Permissionárias ou Concessionárias, nas respectivas áreas de influência, em caráter provisório, para verificação de viabilidade, objetivando alterações e expansões de serviços destinados ao atendimento de demandas decorrentes do crescimento urbano, cuja duração e a respectiva tarifa serão fixadas através de Decreto de autorização, editado pelo Chefe do Poder Executivo

Quanto ao transporte coletivo regular, cabe ao Município prestá-lo diretamente, ou sob regime de permissão ou concessão, exercer o seu controle e fiscalização, bem como estabelecer a forma e as condições de contratação que lhe convier no caso de execução indireta (art. 5º). Compete ao Município como Órgão Gerencial, ainda, as atribuições que lhe confere o art. 7º:

- I - fixar itinerários e pontos de parada;*
- II - fixar horários, frequência, frota e terminais de cada linha;*
- III - organizar, programar e fiscalizar o sistema;*
- IV - implantar e extinguir linhas e extensões;*
- V - vistoriar os veículos;*
- VI - aplicar penalidades;*
- VII - elaborar, fixar através de Decreto e fiscalizar a aplicação dos cálculos tarifários;*
- VIII - estabelecer as normas de pessoal de operação;*
- IX - controlar o número de passageiros do sistema; -*
- X - determinar os pontos de parada das linhas intermunicipais dentro no Município;*
- XI - exercer o controle sobre os serviços especiais e,*
- XII - determinar a forma de integração dos serviços locais com os regionais e a respectiva localização dos terminais.*

¹⁷ § 1º - Entende-se por convencional a categoria em que os serviços são executados através de ônibus ou microônibus do tipo urbano.

¹⁸ § 2º - Entende-se por diferenciada aquela categoria em que os serviços são executados através de veículos diferenciados, de categoria, agilidade e conforto superiores aos demais.

Quanto ao **prazo da concessão**, o mesmo será estabelecido “de acordo com o que dispõe a Legislação Federal pertinente” (art. 9º), podendo ser prorrogado “por igual período o contrato de concessão ou o termo de permissão, mediante devida avaliação, que será realizada com base em pesquisa de satisfação dos usuários realizada pelo poder concedente, e respeitadas as exigências legais e técnicas, podendo ainda o contrato ser denunciado pelo poder concedente, através de ato administrativo motivado, se de má qualidade a prestação do serviço” (art. 10).

A lei prevê garantias expressas ao concessionário quanto à extinção da concessão. Nesse sentido, o art. 13 prevê que ocorrendo encampação ou rescisão sem justa causa por parte do poder concedente, assegura-se às concessionárias o direito de serem previamente indenizadas pelos lucros cessantes calculados até a data prevista para o término do prazo contratual, pelo valor de mercado dos bens não reversíveis, pelas dívidas vincendas assumidas pelas operadoras relativas aos bens reversíveis e pelos títulos e encargos trabalhistas decorrentes da rescisão dos contratos de trabalho dos empregados.

Quanto às **causas de extinção do contrato**, além das regularmente prevista na Lei Federal nº 8.987/95, o art. 16 previu, ainda, as hipóteses de: i) retomada dos serviços pelo poder concedente sem justa causa; ii) a força maior ou caso fortuito que impossibilite, de forma absoluta, a continuidade dos serviços; iii) a transferência dos serviços sem prévia anuência do poder concedente; iv) descumprimento ou não observância da lei.

Dentre as obrigações do poder concedente, o art. 17 não difere da legislação federal. Já no que diz com a especificação dos encargos das Concessionárias, o art. 18 da legislação municipal dispõe que além do cumprimento do contrato, as empresas se obrigam a:

[...]

IV - manter a frota adequada às exigências da demanda;

V - emitir, comercializar e controlar passes e/ou vale transporte, e fornecer à Prefeitura, mensalmente, relatórios e informações a respeito dos mesmos;

VI - adotar uniformes e identificação, através de crachá, para o pessoal de operação;

[...]

VIII - executar os serviços com rigoroso cumprimento de horário, frequência, frota, tarifa, itinerário, pontos de parada e terminais;

[...]

X - apresentar, sempre que exigido, os veículos para vistoria, comprometendo-se a sanar, em 48 (quarenta e oito) horas as irregularidades que possam comprometer o conforto, a segurança e a regularidade destes serviços;

XI - manter as características fixadas pelo Poder Executivo Municipal para os veículos de operação;

XII - preservar a inviolabilidade dos instrumentos contadores de passagens, controladores de quilometragem, tacógrafos e outros;

XIII - apresentar seus veículos para o início de operação em adequado estado de conservação e limpeza;

XIV - operar com imóveis, equipamentos, máquinas, peças, acessórios, móveis, oficinas, manutenção e pessoal vinculado, com exclusividade ao serviço de transporte prestado;

XV - proporcionar, periodicamente, treinamento e reciclagem do pessoal de operação, principalmente nas áreas de relações humanas, segurança do tráfego e primeiros socorros;

XVI - no caso de interrupção de viagens, a empresa operadora ficará obrigada a tomar imediatas providências para o seu regular prosseguimento, sem ônus para os usuários que já tenham pago a tarifa.

No que tange à caracterização do serviço, o art. 22 prevê, *in verbis*:

As linhas intermunicipais em trânsito pelo Município de Balneário Camboriú deverão ter os seus itinerários, terminais e pontos de parada situados dentro do Município aprovados pelo Poder Executivo Municipal local e estão proibidas, sob qualquer hipótese, de executar transporte coletivo intramunicipal.

§ 1º - **Entende-se por transporte intramunicipal o embarque e o desembarque do passageiro dentro do Município.**

§ 2º - O Município poderá determinar o bloqueio de seções em linhas intermunicipais que estejam procedendo em desacordo para com esta Lei.

Com relação à **estrutura de custos e fixação da tarifa**, os arts. 24 a 34 regulamentam a matéria. O art. 26 dispõe serem itens da planilha para efeitos de cálculo: i) custo operacional; ii) custo de capital; iii) custo de administração; iv) custo tributário.

Os arts. 35 a 42 trazem requisitos específicos para o pessoal da Concessionária. Os dispositivos veiculam proibições (art. 36, exigências legais para os motoristas (arts. 37 e 38), cobradores (arts. 39 e 40) e encarregados de operação (art. 42).

Com relação à publicidade, a lei autoriza que a empresa explore a publicidade em sua parte externa, contudo, na parte interna só poderão ostentar cartazes, avisos e anúncios de utilidade pública (art. 51). O Decreto nº 2.784/86 regulamenta o procedimento de expedição da licença para colocação de publicidade.

A legislação municipal estabeleceu, também, regras para a frota que podem impactar no projeto. O emplacamento dos veículos deverá ser feito no Município de Balneário Camboriú. Ademais, o art. 46 prevê que as empresas deverão contar com uma frota reserva, equivalente a um mínimo de 10% (dez por cento) e a um máximo de 20 % (vinte por cento) de frota operacional.

As gratuidades e os benefícios tarifários foram previstos nos arts. 78 e 79, conforme exposto a seguir.

Art. 78 - Estão isentos do pagamento da tarifa do serviço regular:

I - Os deficientes físicos para os quais, em decorrência do seu estado, não lhes seja possível exercer regularmente ofício ou profissão, não estejam regularmente empregados e que não sejam titulares de benefício pago pela Seguridade Social;

II - Os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade;

III - Os menores de 05 (cinco) anos de idade.

IV - Os aposentados por invalidez

Art. 79 Tem direito aos seguintes descontos na compra de passes os usuários que estiverem regularmente cadastrados junto às empresas operadoras:

I - de 50% (cinquenta por cento) os estudantes da rede pública e privada de ensinos de primeiro, segundo e terceiro grau.

Parágrafo Único: Para a utilização dos benefícios dos artigos 78 e 79, o usuário deverá se identificar na compra dos blocos e no seu uso.

Por fim, vale menção às normas de licitação previstas nos arts. 87 a 98. Apesar de se tratar de concessão, o art. 87 prevê que o procedimento ocorrerá “dentro dos ditames da Lei n.º 8666/93”. As regras de habilitação previstas no art. 93 seguem a reprodução da Lei n.º 8666/93. Já o conteúdo do Edital se assemelha às regras da Lei n.º 8.987/95 (art. 18).

O art. 95 prevê que “o edital deverá conter a pontuação que devem ter as garagens, instalações, equipamentos, veículos, idade média da frota disponível e qualificação técnica do pessoal de operação e de manutenção”. O art. 96 prevê, ainda, o sorteio entre os licitantes com a mesma pontuação em caso de empate.

II.3.3.1.2. Lei Municipal n.º 3.674/14 – Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí

No âmbito dos Municípios com sistema de transporte, foi desenvolvida uma política de integração entre os sistemas de transporte municipal, aprovada pela Câmara Legislativa dos três Municípios. Considera-se Política de Integração as “ações desenvolvidas com objetivo de possibilitar que os usuários do Transporte Coletivo de Passageiros dos Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí, possam circular nos veículos de transporte das empresas concessionárias que aderirem ao programa mediante o pagamento de uma única passagem” (art. 2º, I).

A integração entre os sistemas de transportes pode ser tarifária e/ou física.

O art. 3º prevê que “as empresas concessionárias das Cidades de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí poderão construir nas áreas limítrofes dos Municípios envolvidos, por sua conta,

terminais de integração para embarque e desembarque de passageiros". Trata-se, neste ponto, de uma integração física entre as redes.

Como condição para implantação destes terminais e efetivação da integração física, as empresas concessionárias deverão implantar a sistemática de bilhetagem unificada, onde o passageiro com um único bilhete poderá circular dentro dos três Municípios com o pagamento de uma única passagem (art. 5º). Trata-se, neste ponto, de uma integração tarifária.

II.3.3.1.3. Camboriú

II.3.3.1.3.1. Lei Municipal nº 391/83 – normas gerais para o serviço de transporte coletivo de passageiro

A lei regulamenta o transporte coletivo na cidade, conforme o Plano de Transporte Coletivo, que estabelecerá: i) as áreas seletivas em que será dividido o Município para efeito de distribuição de linhas de transporte coletivo; ii) a demanda de transporte coletivo em cada uma das áreas seletivas; iii) a distribuição e numeração das linhas; iv) os itinerários; v) a frequência das viagens e horários; vi) o tipo de veículo e o número mínimo necessário; vii) o padrão de serviço; viii) o valor e seccionamento das passagens.

No que toca à **regulação dos veículos**, o art. 9º estabelece que os veículos devem ser construídos especialmente para esse fim, contendo, entre outras características: i) rodas duplas no eixo traseiro; ii) chassi de tipo apropriado; iii) carrocerias confortáveis; iv) pintura de acordo com modelo único determinado pela Prefeitura; v) motores com potência adequada ao tipo, peso e dimensões dos veículos; dos transportes e domingo I - dispositivo marcador do número de passageiros transportados.

Com relação ao **modo de prestação do serviço**, as tabelas de horários e o itinerário para as linhas serão fixadas pelo Órgão competente da Prefeitura.

Questão relevante é a **forma de fixação da tarifa**. O art. 16 prevê que a fixação da tarifa levará em conta: i) os custos de operação e manutenção dos serviços; ii) a depreciação dos veículos e instalações; e iii) a justa remuneração do capital compreendendo juros e lucros permitidos por lei.

Com relação **aos funcionários que prestarão o serviço**, o art. 22 lhes designou como "pessoal de tráfego", compreendendo os motoristas, trocadores, despachantes, fiscais das empresas. Suas obrigações são delineadas por meio de Regulamento do Executivo. A Prefeitura detém prerrogativas, como a de "*solicitar a demissão de qualquer empregado do tráfego que, sem serviço, for encontrado em estado de embriaguez, constatado pela fiscalização ou por outra autoridade competente*".

O art. 33 estabelece a **gratuidade** para os cegos e o art. 34 garante **meia passagem** para os estudantes matriculados nas escolas primárias.

II.3.3.1.3.2. Lei nº 2.679/14 – Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí

As leis da Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí são idênticas em seu conteúdo, valendo as mesmas considerações feitas quanto à Balneário.

II.3.3.1.4. Itajaí

II.3.3.1.4.1. Lei Municipal nº 3.076/96 – normas gerais para o serviço de transporte coletivo de passageiro

A lei regulamenta o transporte coletivo na cidade.

Quanto à **tarifa**, o seu cálculo será efetuado com base em planilha de custos, elaborada pelo poder concedente, que levará em conta o custo por quilômetro rodado e o índice de passageiros por quilômetro, atualizados (art. 8º). A lei veda o estabelecimento de privilégios tarifários, a não ser por cumprimento de lei que indique os respectivos recursos públicos. As únicas exceções são o direito de estudantes do ensino fundamental, médio, superior e profissionalizante à meia-passagem, o direito ao transporte gratuito às pessoas portadoras de necessidades especiais e aos idosos a partir de 60 anos de idade,

A lei também estabelece normas de conduta para **o pessoal** pela Concessionária. Previu normas gerais aplicáveis a todos (art. 39 e 40), para o exercício da função de motorista (art. 41), cobradores (arts. 42 e 43).

Foram previstos, ainda, alguns indicadores (art. 44), para medir a qualidade do serviço:

Art. 44 - Considerar-se-ão como indicadores de boa qualidade dos serviços prestados:

I - as condições de segurança, conforto e higiene dos veículos, Terminal Rodoviário Urbano e pontos de parada;

II - o cumprimento das condições de regularidade, continuidade, atualidade, pontualidade, eficiência, segurança e cortesia na prestação;

III - o desempenho profissional do pessoal da concessionária;

IV - o índice de acidentes em relação aos itinerários realizados.

Estes são os principais marcos da regulação setorial.

II.3.3.1.4.2. Lei Municipal nº 3.642/01 – política de gratuidade

O art. 2º estabelece as pessoas que fazem jus à gratuidade no serviço de transporte. São elas:

Art. 2º Fazem jus à gratuidade no transporte coletivo de passageiros as pessoas com as seguintes deficiências:

I - Deficiência física: com alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento de função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - Deficiência mental de moderada à profunda: com funcionamento intelectual significativamente inferior à média manifestado antes dos dezoito anos de idade e limitações associadas à duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho;

III - Transtornos invasivos do desenvolvimento: com autismo, Síndrome de Rett, Transtorno Desintegrativo da Infância e Síndrome de Asperger;

IV - Deficiência visual: com acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (Tabela de Snellen);

V - Deficiência auditiva neurosensorial moderada, severa ou profunda: conforme classificação Davis Silverme (média das frequências 500, 1000 e 2000 Hz);

VI - Atraso no desenvolvimento neuropsicomotor: crianças de zero a quatro anos de idade; e

VII - Deficiência múltipla: com associação de duas ou mais deficiências.

A lei prevê, ainda, o livre acesso aos cães-guia (art. 5º), tal como na legislação estadual.

II.3.3.1.4.3. Lei Municipal nº 6.528/14- Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí

As leis da Política de Integração do Transporte Coletivo Municipal de Passageiros entre os Municípios de Balneário Camboriú, Camboriú e Itajaí são idênticas em seu conteúdo, valendo as mesmas considerações feitas quanto à Balneário.

II.3.3.1.4.4. Lei Municipal nº 10.929/17- declara situação de emergência no serviço de transporte público coletivo urbano de passageiros do Município de Itajaí

O Decreto declarou a “*situação anormal, caracterizada como situação de emergência, no sistema público de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de Itajaí*” (art. 1º). Com isso, considerando a urgência da situação vigente, ficaram dispensados de licitação os contratos de prestação de serviços necessários às atividades de resposta à situação emergencial.

II.4. Situação atual do transporte público coletivo na região metropolitana

II.4.1. Possibilidade de competição entre os modais

Antes de adentrar na possível interferência entre o Projeto e as linhas existentes, é de se ressaltar que não há óbice jurídico para competição entre diferentes modais. Ao revés, tal condição é incentivada.

A PNMU se fundamenta no princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços (art. 5º, VII) e prestigia a integração dos modais de transporte urbano (art. 6º, III, da Lei nº 12.587/2012). Essa integração é um dos principais desafios para a sustentabilidade econômico-financeira do sistema¹⁹.

Saber o impacto econômico do novo modal é essencial para definir a interferência efetiva do novo modelo nas linhas existentes e a interferência da regulação municipal no Projeto.

Há casos nos quais algum dos modais representa verdadeiro monopólio natural, entendido como a situação na qual apenas uma empresa consegue ofertar o serviço ao mercado inteiro, a um custo menor do que ocorreria se houvessem duas ou mais empresas. Nestes casos, apesar de não haver óbices jurídicos, a competição entre modais é inviável do ponto de vista econômico.

Casos outros admitem uma competição entre modais, como é comum em grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, em que o usuário possui mais de uma opção, como metrô ou ônibus. Ambos os modais convivem e competem entre si, de modo economicamente viável e com validade legal.

Portanto, é possível que, a despeito da existência de outras linhas intermunicipais e municipais, o Projeto possa admitir competição.

II.4.2. A interferência do projeto nas linhas intermunicipais

Os contratos referentes ao transporte intermunicipal não foram fornecidos em tempo, de modo que não foi possível proceder com a análise neste relatório preliminar, sem prejuízo de complementação posterior.

II.4.3. A interferência do projeto nas linhas municipais

O ToR prevê uma análise sobre as possíveis interferências entre o Projeto e os contratos de concessão de transporte coletivo municipal. No entanto, como exposto, o entendimento assentado é de que o transporte metropolitano consiste em uma forma autônoma de prestação do serviço de transporte coletivo²⁰. Coexistem, dessa forma, o transporte intermunicipal, metropolitano e municipal.

Portanto, o transporte metropolitano não entra em conflito com o transporte municipal. Uma vez que não há óbice jurídico para a coexistência das linhas municipais e metropolitanas, a análise do impacto será mais econômica do que jurídico. Vale dizer, o quanto e como o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes será afetado.

Isto porque a interferência direta com as linhas de transporte intermunicipais, poderá potencializar a demanda das linhas municipais ou concorrer com elas e gerar, conforme o caso, desequilíbrios para as contratos em vigor.

No que tange aos 8 Municípios que não possuem sistema de transporte coletivo e se valem do transporte intermunicipal, por não haver linhas existentes, não há impactos do ponto de vista jurídico.

II.4.3.1. Balneário Camboriú

O Município de Balneário de Camboriú firmou contrato de concessão com a empresa LondParte S.A. Transportes Urbanos para a prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros e concessão de serviço de transporte de linha turística denominada bondinho. De

²⁰ Há certa imprecisão nas molduras constitucionais, no que se refere às competência metropolitanas. Em verdade haveria, em tese, a possibilidade do transporte metropolitano passar a englobar os serviços municipais ou de continuar a conviverem os dois sistemas. No caso de haver contratos em andamento, no sistema municipal, o mais racional é que o sistema metropolitano preserve o municipal, pelo menos até a extinção desses contratos. Em termos de rede, podem conviver uma rede municipal e outra metropolitana, mas a ideia de integração física e econômico-financeira das redes parece acabar por eliminar essas distinções, tornando-as partes de um sistema único.

acordo com a Cláusula Terceira, o prazo da concessão é de 20 anos, tendo o contrato sido assinado em 17 de janeiro de 2007. Atualmente a Concessionária explora as linhas 100, 102, 103, 102-NAI, 105/1, 106, 109, 110, 112 e 120.

II.4.3.2. Camboriú

O Município celebrou contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo municipal com a empresa Camboriú Transporte e Turismo Ltda., cujo objeto contém duas linhas a serem exploradas pela empresa:

- Linha 01 – Bairro Monte Alegre x São Francisco de Assis;
- Linha 02 – Bairro São Francisco de Assis x Bairro Monte Alegre

De acordo com a Cláusula Primeira, o prazo da concessão é de 10 anos, tendo o contrato sido assinado em 28 de maio de 2001. O dispositivo prevê a possibilidade de prorrogação por igual período. Nesse sentido, o quarto termo aditivo prorrogou a vigência da concessão para o dia 28 de maio de 2021.

II.4.3.3. Itajaí

Considerando que, como visto, o Município declarou situação emergencial foi contratado em caráter emergencial a empresa Transpiedade para a prestação dos serviços de transporte de passageiros. O prazo de vigência é de 180 dias, iniciando em 24/01/2019, tendo seu término em 23/07.

Como não se trata de um contrato de concessão, o seu prazo é mais curto, podendo o Município aguardar o seu exaurimento para licitar novo sistema tendo o Projeto como premissa.

II.4.4. Impacto do Projeto nas linhas existentes

O ToR prevê uma análise sobre o impacto jurídico do Projeto STCR nas linhas de transporte existentes no âmbito estadual e municipal.

Contudo, como exposto, tal análise só pode ser feita de maneira conclusiva após a conclusão dos estudos técnicos de mensuração do impacto na demanda. Do ponto de vista jurídico, pode-se conjecturar duas possibilidades no momento.

A primeira hipótese é que a introdução do modal metropolitano gere efeito potencializador na prestação dos serviços das outras concessões em curso. Dessa forma, os usuários

inseridos no sistema pelo novo modal metropolitano incrementarão as receitas da Concessionárias e o Poder Público poderá buscar formas de participar dos ganhos ou repassa-los às tarifas.

Em sentido oposto, a segunda hipótese é a competição efetiva entre os modais. Nesta hipótese, caso se constate alteração na base econômica do contrato, as atuais concessionárias de Balneário Camboriú e Camboriú terão direito ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratados.

II.5. A competência para licenciamento ambiental e urbanístico do empreendimento

A divisão de competências para o licenciamento ambiental é regulada pela Lei Complementar nº 140/2011, que estabelece normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em matéria ambiental.

O licenciamento ambiental é definido como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I).

Conforme previsto no art. 13, os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, **por um único ente federativo**, podendo os demais órgãos apresentarem manifestação ao órgão responsável pela licença ou autorização de maneira não vinculante.

Na divisão de competências em matéria de licenciamento ambiental, a lei optou por prever de forma expressa a competência da União e dos Municípios, cabendo aos Estados uma atuação residual.

Neste sentido, é competência da União promover o licenciamento ambiental de empreendimento e atividades constantes no rol do art. 7º, XIV²¹. Para o Projeto, importa a competência atinente ao item “h”, *in verbis*:

²¹ XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

“XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento”

A regulamentação do dispositivo veio com a edição do Decreto nº 8.437/15. O art. 3º previu os empreendimentos que serão licenciados pelo órgão ambiental federal, dentre os quais destaca-se o inciso I, *in verbis*:

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

I - rodovias federais:

a) implantação;

b) pavimentação e ampliação de capacidade com extensão igual ou superior a duzentos quilômetros;

c) regularização ambiental de rodovias pavimentadas, podendo ser contemplada a autorização para as atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração, ampliação de capacidade e melhoramento; e

d) atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração e melhoramento em rodovias federais regularizadas;

No momento atual, conforme relatado no item II.1.4, não há definição precisa da forma de interferência do Projeto na BR-101. Desta forma, **a depender da estruturação de engenharia pretendida, a competência para o licenciamento poderá ser da União, caso enquadre-se alguma das hipóteses acima elencadas.**

A competência dos Município para promover o licenciamento ambiental, segundo o art.9º da Lei Complementar nº 140/11, abrangem as atividades ou empreendimentos localizados em unidade de conservação municipal, exceto APAs, ou aquelas que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme definido pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina (CONSEMA).

f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou

[...]

O CONSEMA editou a Resolução nº 99/17, que aprovou a listagem das atividades ou empreendimento que possam causar impacto ambiental de âmbito local, sendo, portanto, de competência dos Municípios.

Por fim, no que tange à competência estadual residual, trata-se da possibilidade mais concreta, considerando o porte do empreendimento e os critérios de classificações das atividades. A Resolução nº 98/17 listou as atividades sujeitas ao licenciamento em seu Anexo VI.

A definição da competência para o licenciamento dependerá de um detalhamento maior dos tipos de atividades e intervenções que serão necessárias para o Projeto. Em **caráter preliminar**, é possível verificar pelo ToR que serão implementados 5 corredores de BRT com 49 km e 87 estações. No entanto, não é possível definir com clareza o tipo de serviço que será realizado. A definição das atividades sujeitas ao licenciamento está prevista na listagem segue o quadro abaixo:

Atividade	Competência Estadual	Competência Municipal
33.11.00 – Implantação pioneira de estradas públicas ou operação de rodovias (exceto as vicinais), com ou sem pavimentação.	Porte Pequeno: Largura (L) ≤ 1 km (RAP) Porte Médio: 1 < L < 20 (EAS) Porte Grande: L ≥ 20 (EIA)	
33.12.00 – Implantação, duplicação ou pavimentação de rodovias, exceto as vicinais ou sobre vias urbanas consolidadas.	Porte Médio: 30 < L < 100 (EAS) Porte Grande: L ≥ 100 (EIA)	Porte Pequeno: L ≤ 30 (EAS)
33.12.02 - Restauração e melhorias de rodovias pavimentadas.	Porte Médio: 50 < L < 100 (RAP) Porte Grande: L ≥ 100 (EAS)	Porte Pequeno: 30 ≤ L ≤ 50 (RAP)

Percebe-se, portanto, que, com exceção da hipótese de atração da competência pela rodovia federal, independentemente do tipo de intervenção que será realizado para implementar os corredores, **a competência para o licenciamento será estadual**, podendo ser requerido o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) (33.11.00), Estudo Ambiental Simplificado (EAS) (33.12.00), ou o Relatório Ambiental Prévio (RAP) (33.12.02).

Por fim, ressalve-se que as conclusões do presente tópico não levaram em conta os convênios eventualmente celebrados entre o IMA e as Secretarias dos Municípios, pois não foi possível, até o momento, obter acesso a referidos acordos administrativos.

II.6. SUBSÍDIOS PARA A TOMADA DE DECISÃO: TRANSPORTE METROPOLITANO X TRANSPORTE INTERMUNICIPAL MEDIANTE DELEGAÇÃO – RESPOSTA AO OFÍCIO ASJU Nº 001/2019

A adoção do transporte metropolitano seria uma solução para o Projeto que permitiria uma estruturação mais livre por parte do CIM-AMFRI, além de reduzir o risco regulatório que poderia advir da regulação estadual e seu conflito com os interesses metropolitanos.

Durante a reunião intermediária do Projeto ocorrida em 06 de agosto de 2019 via videoconferência²², foi solicitado que a consultoria jurídica fornecesse subsídios para a tomada de decisão do Projeto na sua estruturação como transporte metropolitano ou como transporte interestadual delegado ao Consórcio. Os questionamentos específicos foram formalizados por meio do **Ofício CIM-AMFRI ASJU nº 001/2019**, o qual será respondido no presente tópico de acordo com os temas levantados em cada cenário.

II.6.1. Cenário 1: gestão do transporte metropolitano, sem qualquer necessidade de autorização do Estado

II.6.1.1. Tema 1: “O Consórcio figurará como Poder Concedente e como órgão de regulação”.

II.6.1.1.1. Questionamento a: risco de governança

a. Muito embora isso não seja uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro (agências reguladoras como poder concedente), há dúvidas a respeito do eventual conflito de competências e interesses desse modelo. Inclusive, há que se considerar se este modelo de governança pode oferecer algum risco ao projeto.

Não há risco de conflito de competências, de interesses ou de governança para o Projeto com a concentração de poderes atinentes à atividade regulatória em apenas uma pessoa jurídica.

É preciso fixar duas premissas para bem responder ao questionamento colocado. Primeiro, **o exercício da função reguladora é uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica** (art. 174 da Constituição Federal) ao lado da prestação, diretamente ou mediante delegação para um particular, das atividades caracterizadas como serviço público (art. 175). Note-se que a função reguladora incide nas atividades econômicas em sentido estrito (sujeitas ao regime de mercado) e nos serviços públicos, sendo inerente ao seu próprio regime de prestação²³.

²² Participaram da reunião os Drs. Douglas Oliveira e Marcos Perez (Manesco), Marianna Pacca (Banco Mundial) e Érica Requi (AMFRI).

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Beb Horizonte: Fórum, 2009, p. 42.

Segunda, **o contrato de concessão é, em si mesmo, um instrumento de regulação** marcado pelo seu “*caráter especial*” (art. 175, parágrafo único, I). No contrato estarão previstos os parâmetros para a prestação dos serviços, os direitos e os deveres dos usuários, a forma de remuneração do concessionário²⁴, etc. A partir de sua celebração, o contrato de concessão “*cumpra a função de ser base da atividade regulatória estatal*”²⁵.

Dessa forma, fica claro que há um vínculo indissociável entre os poderes de outorga — atribuíveis ao concedente — e os demais poderes que compõe a atividade regulamentar do Estado. São diferentes funções a serem desempenhadas no exercício da atividade regulatória. A questão reside em **como a estrutura administrativa do Estado se organizará legalmente para desempenhar cada uma de suas competências constitucionais** (função regulatória e prestação de serviços públicos).

Questiona o CIM-AMFRI se haveria eventual conflito de competências na atribuição ao Consórcio Público das funções de regulador e concedente em serviço público de competência metropolitana. A definição das competências é questão legal, portanto não há conflito de competências se a lei atribuiu ambas as funções ao Consórcio.

A Lei Federal nº 11.107/05 conferiu aos Consórcios Públicos a competência para “*outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor*” (art. 2º, §3º)²⁶. Ou seja, **os Consórcios Públicos podem atuar como concedente (poder de outorga)**.

A Lei também prevê que o protocolo de intenções deverá autorizar a gestão associada de serviços públicos e especificar as competências transferidas para o Consórcio e os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão (art. 4º, XI, ‘a’, ‘e’).

A transferência da função regulatória foi bem delimitada no protocolo de intenções. As Cláusulas 4.2.4 e 4.2.13 preveem ser finalidades do CIM-AMFRI, respectivamente, o exercício das competências dos entes da federação, nos termos do ato de autorização ou delegação, e a promoção do aperfeiçoamento institucional, regulatório e da gestão no setor.

²⁴ Art. 23, III, IV e V da Lei nº 8.987/95.

²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202-203.

²⁶ O protocolo de intenções prevê que para o cumprimento de sus objetivos o CIM-AMFRI poderá “outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, previstos nos Contratos de Programa, programas governamentais, projetos afins e relativos às áreas de sua atuação, observada a legislação de normas gerais em vigor” (Cláusula 5.1.6).

A Cláusula 5 do protocolo de intenções trata dos instrumentos de gestão do Consórcio, deixando explícito que o CIM-AMFRI é competente para desempenhar atividades não só atrelada à função normativa ou regulamentar, como também típicas da função regulatória de forma mais abrangente.

O Consórcio pode regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos diretamente ou mediante convênio (5.1.24), cabendo à Assembleia Geral aprovar os planos e regulamentos dos serviços públicos prestados pelo consórcio (9.4.15). Caberá ao Consórcio também definir preço e tarifas, bem como seu reajuste, revisão e reequilíbrio econômico-financeiro (5.1.10), exercer o poder de polícia administrativo (5.1.13), e, ainda, exercer “*outras competências necessárias à fiel execução de suas finalidades e que sejam compatíveis com o seu regime jurídico*” (5.1.27).

O Consórcio exerce, assim, **o poder normativo, de fiscalização, sancionador, conciliação e recomendação**. Não há, portanto, conflito de competências, pois as competências para o exercício dos diversos poderes atrelados à função regulatória foram atribuídas ao CIM-AMFRI.

Quanto ao possível conflito de interesses, também não se verifica. Poderia se cogitar de um conflito de interesses se o Consórcio fosse prestar o serviço diretamente, pois haveria confusão entre o prestador do serviço e o regulador. No entanto, havendo delegação do serviço ao particular mediante concessão, o conflito inexistente.

Portanto, é possível afirmar que **o modelo de governança não apresenta risco ao Projeto**.

II.6.1.1.2. Questionamento b: possibilidade de delegação da atividade de regulação

b. Há alguma solução para, em se optando pelo modelo de transporte metropolitano, transferir a atividade de regulação para outro órgão ou entidade?

A Cláusula 5.1.24 prevê que o Consórcio poderá “*regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, **diretamente ou mediante convênio***”. No mesmo sentido, o Cláusula 5.1.1 permite que o Consórcio celebre acordos com os demais entes federativos para cumprir suas finalidades.

O protocolo de intenções autoriza, portanto, que a atividade de regulação seja transferida para outro órgão ou entidade, caso se julgue mais conveniente.

II.6.1.1.3. Questionamento c: criação de entidade metropolitana de regulação

c. Seria necessário criar uma entidade metropolitana para atuar como órgão de regulação? Se sim, quem seria o ente competente para criar esta entidade? Seria possível transferir esta responsabilidade para a ARESC? Se sim, por meio de qual instrumento jurídico?

Não é necessário criar uma entidade metropolitana para atuar como órgão de regulação. A regulação não precisa ser, necessariamente, encampada por um órgão regulador autônomo tal como uma agência reguladora. A regulação por contrato também é um mecanismo válido e apto a regular de forma adequada a prestação de um serviço público, sobretudo quando os dispêndios para a criação de uma agência não se justificam diante dos cometimentos públicos que lhe seriam atribuíveis.

No entanto, seria possível transferir a responsabilidade para a ARESC por meio de convênio, conforme exposto no questionamento anterior.

II.6.1.2. Tema 2: “O transporte metropolitano não está sujeito às normas estaduais e municipais, mas tão somente às normas gerais.”.

II.6.1.2.1. Questionamento a: regulamentação do transporte metropolitano

a. Quem detém a competência para regulamentar o transporte metropolitano? É necessário existir uma Superintendência – criada pelo Estado – para regulamentar, normatizar, as questões do transporte metropolitano? Ou é possível que o Consórcio edite toda a normativa aplicável? Nesta hipótese, como se dá a regulamentação para o transporte metropolitano? (resoluções editadas pela Assembleia Geral, leis aprovadas em todos os municípios que compõem o Consórcio...)

Respondendo aos questionamentos de forma objetiva:

- A competência para regulamentar o transporte metropolitano é da região metropolitana, na forma prevista pela legislação estadual;
- É possível criar um ente personalizado ou um órgão (uma Superintendência), mas não é obrigatório que assim se proceda;
- O Consórcio pode editar a regulamentação por meio de resoluções aprovadas pela sua Assembleia Geral.

Ao instituir uma região metropolitana, cria-se uma competência metropolitana interfederativa para as funções públicas de interesse comum. A regulamentação do transporte metropolitano e dos demais serviços considerados de interesse comum será atribuída de acordo com o que a lei complementar criadora da região metropolitana disciplinar, uma vez que não há

uma definição constitucional ou no STF da forma de fazê-lo²⁷. A lei complementar deve observar o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.482/RJ, no sentido de que não é compatível com o regime federativo brasileiro a transferência integral da titularidade e do exercício de tais serviços ao Estado, suprimindo a participação dos municípios.

Há diferentes formas de disciplinar a regulamentação do serviço, sendo o próprio Estado de Santa Catarina um bom exemplo de diversidade. É possível que a lei crie uma Superintendência, como realizado pela Lei Complementar Estadual nº 636/14, que criou a Região Metropolitana da Grande Florianópolis (RMF). O art. 3º cria a Superintendência de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Grande Florianópolis (Suderf) como uma autarquia de regime especial vinculada ao Estado de Santa Catarina, que tem como competência coordenar os serviços comuns de interesse da RMF (art. 6º, IV), subordinando-se às deliberações do Colégio Superior e do Comitê de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Grande Florianópolis (Coderf)^{28 29} (art. 6º, I).

O legislador agiu de forma diferente com as regiões metropolitanas criadas pela Lei Complementar nº 495/10. Não foi criada nenhuma Superintendência ou qualquer outro órgão metropolitano. Além disso, a legislação prevê a possibilidade dos municípios criarem “consórcios intermunicipais para a realização de ações, obras e serviços de interesse comum”, leia-se: sem a participação do Estado, exceto quanto a identificação, criação ou especificação legal do “interesse metropolitano” e de suas respectivas atribuições.

Como exposto no questionamento ‘a’ do Tema 1, o Consórcio exerce uma gama de poderes incluso na função regulatória, como **o poder normativo, de outorga, de fiscalização, sancionatório, conciliação e recomendação**, podendo, portanto, editar toda a normativa aplicável ao serviço de transporte metropolitano. Isto será feito por meio das deliberações da Assembleia Geral, a quem compete “aprovar planos e regulamentos dos serviços públicos” (Cláusula 9.4.15).

II.6.1.2.2. Questionamento b: riscos da criação de uma Superintendência Metropolitana

²⁷ Não foi definido, por exemplo, se é obrigatória a criação de um ente personalizado.

²⁸ Compete ao Coderf “deliberar sobre a estruturação e a execução das funções públicas de interesse comum aos Municípios que constituem a RMF” (art. 11, II).

²⁹ Os dois órgãos deliberativos garantem a participação dos municípios. Assim, ainda que a SUDERF seja uma autarquia vinculada ao Estado, foram observadas as diretrizes do STF na ADI nº 1.482/RJ.

b. Caso seja possível que o Consórcio edite seus regulamentos, inclusive elegendo as leis que adotará (leis estaduais de gratuidades, por exemplo), nada obsta a criação pelo Estado de uma Superintendência para tratar da Região da AMFRI, tal qual a SUDERF, correto? Nesta hipótese, quais os riscos e implicações da criação superveniente de uma Superintendência (ou ente congênere) durante o curso da licitação ou após a celebração do(s) contrato(s)?

Correto. Nada impediria que fosse editada uma lei criando uma Superintendência para tratar da região da AMFRI.

A criação posterior da Superintendência possui restrições legais que circunscrevem seus riscos e efeitos sobre a atividade exercida pelo Consórcio. A primeira limitação é a autonomia municipal. Conforme decidido na ADI nº 1.4821.482/RJ, o Estado não poderia tomar para si a titularidade das funções públicas de interesse comum. Conforme consta do dispositivo, “o parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios”.

Dessa forma, a Superintendência deveria, obrigatoriamente, prever mecanismos de participação dos municípios da AMFRI, tal como previsto na SUDERF, o que reduziria o poder de decisão unilateral do Estado que pudesse prejudicar o serviço executado pelo CIM-AMFRI.

A segunda restrição legal é o respeito que a legislação deve guardar para com o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, que encontra previsão constitucional no art. 5º, XXXVI e legal no art. 6º da LINDB. Esta garantia se manifesta de muitas formas:

- Caso a nova legislação retire competências hoje atribuídas ao CIM-AMFRI, este teria o direito de continuar exercendo as competências que a legislação lhe outorgara enquanto vigorar os atos jurídicos perfeitos celebrados pelo Consórcio;
- O contrato de concessão e a regulamentação que será expedida pelo Consórcio configuram atos jurídicos perfeitos para o transporte metropolitano;
- Para o futuro Concessionário, há direitos adquiridos sedimentados no contrato, como a remuneração que lhe será devida e as obrigações que foram assumidas por ele.

A lei não pode retroagir para prejudicar os atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos. Tampouco no âmbito administrativo, controlador ou judicial poder-se-ia rever atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas cuja produção já se houvesse completado

sem considerar as orientações gerais da época, conforme previsão no art. 24 da LINDB (incluso pela Lei nº 13.655/18)³⁰.

Portanto, considerando (i) a obrigatoriedade de participação dos municípios nos órgãos deliberativos da futura Superintendência e (ii) as limitações legais para alteração do marco regulatório, os riscos e as implicações seriam baixos para o Projeto.

II.6.1.3. Tema 3: “Havendo a opção pelo transporte metropolitano, a princípio, o Estado continua com a competência para o serviço de transporte coletivo intermunicipal.”.

II.6.1.3.1. Questionamento a: concorrência do transporte intermunicipal

a. Quais os riscos jurídicos para o transporte metropolitano no que concerne à concorrência com o transporte intermunicipal?

O transporte metropolitano não concorre com o intermunicipal. A criação do transporte metropolitano é fator que justifica a extinção dos contratos intermunicipais que operem exclusivamente no âmbito interno da região da AMFRI³¹. No entanto, conforme informado pela AMFRI, atualmente as empresas operam por meio de permissões precárias, fato que, em tese, importaria na possibilidade de extinção do pacto permissório sem gerar direito de indenização aos permissionários.

Há o risco de questionamento judicial por parte das empresas que operam o transporte intermunicipal atualmente. No entanto, o risco de condenação do Estado parece-nos, a primeira vista, baixo³². A operação por meio de permissão precária não gera direitos para as empresas como um contrato de concessão regular geraria. Além disso, a operação destas empresas em regime precário já é questionada judicialmente por meio da Ação Civil Pública nº 0900777-18.2018.8.24.0023, o que fragiliza ainda mais os argumentos de mérito de eventual provimento jurisdicional que as empresas venham a empreender.

³⁰ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público

³¹ Não extingue, por exemplo, as linhas que congreguem o transporte entre municípios da AMFRI e outros municípios.

³² Ressalta-se que, conforme exposto no item II.4.2, os contratos de transporte intermunicipal da região ainda não foram disponibilizados e, portanto, analisados.

A despeito da fragilidade jurídica que estas empresas teriam para questionar o modelo, eventual indenização que lhes coubesse (por serviços prestados, por exemplo) seria uma questão entre elas e o Estado de Santa Catarina, não sendo responsabilidade do Consórcio ou do futuro concessionário indenizar estas empresas.

II.6.1.3.2. Questionamento b: paradas do transporte intermunicipal nos municípios

b. Atualmente o transporte intermunicipal, prestado de forma precária (contratos vencidos), realiza diversas paradas dentro de cada município, o que afeta diretamente o serviço de transporte municipal. Como garantir que o serviço intermunicipal se restrinja a paradas nos terminais rodoviários?

Conforme informação recebida da AMFRI, apenas três municípios possuem serviço de transporte municipal, sendo o de Itajaí operado por meio de uma contratação emergencial. Dessa forma, no que tange aos demais municípios, é de se reconhecer que, atualmente, o transporte intermunicipal com paradas dentro de seus territórios é o único meio de locomoção dos cidadãos. Seria difícil, portanto, questionar as paradas nestes municípios antes da implantação de um sistema de transporte municipal ou metropolitano.

No que tange aos demais municípios seria possível reconhecer ilegalidade na ação dos prestadores intermunicipais, em função da prestação do serviço fora do objeto permitido, a ponto, inclusive, de configurar-se como uma competição desleal com os prestadores do transporte municipal, a depender de circunstâncias fáticas e jurídicas que não podem ser medidas nesse estudo.

Descendo ao detalhe, analise-se a hipótese de as paradas desses ônibus intermunicipais fora dos terminais rodoviários próprios encontrarem-se autorizadas pelo poder concedente estadual ou pela respectiva agência reguladora. Nesta situação, o mais recomendado seria a busca de uma solução consensual com o poder concedente e/ou a agência reguladora estadual, de modo a modificar os pontos de parada das linhas, de modo a restringi-los aos terminais rodoviários. Outra possibilidade, menos efetiva, seria os Municípios da região AMFRI exercerem sua competência para regulamentar o trânsito (art. 30, I da Constituição Federal), para estabelecer proibições para o estacionamento de ônibus e, conseqüentemente, autuar, multar e executar as multas contra as empresas de transporte intermunicipal que atuassem em desconformidade às determinações municipais, o que geraria obvio contencioso administrativo e judicial, sem talvez lograr a solução do problema.

Outra hipótese seria a parada das empresas de transporte intermunicipal em pontos não autorizados pelo poder concedente estadual ou pela respectiva agência reguladora. Nesse caso seria preciso comunicar o poder concedente e a agência reguladora das irregularidades cometidas pelos seus regulados para que as providências para aplicação das sanções contratuais cabíveis fossem adotadas. Mas, importante reparar, a eventual aplicação de sanções deslocar-se-ia, nessa hipótese, para o plexo de competências da agência reguladora ou do poder concedente estaduais.

II.6.1.3.3. Questionamento c: acordo com o Estado

c. Uma alternativa poderia ser a celebração de um acordo formal com o Estado para não operação das linhas intermunicipais nos municípios na Região da AMFRI, ainda que por um tempo determinado para garantir a implementação e operação do STCR. Qual a análise jurídica a esse respeito, em especial, da formatação do acordo. Seria uma proposta de mediação entre o CIM-AMFRI e o Estado? Há fundamento jurídico para tanto, notadamente no que tange à possibilidade jurídica de o Estado celebrar este acordo?

A pactuação interfederativa, em matéria do exercício ou do esclarecimento de competências distribuídas entre diferentes entes da Federação é quase sempre um expediente aconselhável. Conforme exposto no questionamento anterior, a implantação de um sistema de transporte metropolitano seria um fato superveniente que autorizaria a extinção de contratos de transporte intermunicipal na região que possuam objeto coincidente, mas essa extinção vai depender de um ato concreto do poder concedente (o Estado)³³. O acordo mencionado no questionamento, se bem redigido, eliminaria conflitos jurídicos que se embasem na questão da gestão interfederativa ou metropolitana, reforçando a posição jurídica que (como visto) já se pode firmar a partir da legislação estadual vigente.

Na linha de reforçar o pacto metropolitano, nesse caso, o Estado de Santa Catarina poderia figurar como um interveniente anuente no contrato relativo à implementação do STCR.

A lógica, aqui, é eliminar potenciais conflitos, embasados no fato dos municípios terem exercido competência metropolitana (ainda que autorizados pela legislação estadual) sem participação ou mero conhecimento do Estado. Trata-se, na realidade, no raciocínio análogo, ainda que *contrario sensu*, ao proposto pelo Supremo Tribunal Federal, pois, se o Estado não poderia excluir os Municípios do processo de deliberação sobre a prestação dos serviços de interesse

³³ Sendo os contratos operados de forma precária, a extinção, salvo hipóteses excepcionais, não geraria o dever de pagamento de indenização para as empresas permissionárias.

comum (posição do STF), os Municípios também deveriam permitir a participação do Estado, que pode ser obtida justamente por meio da celebração de um acordo formal ou de sua anuência. Trata-se de um procedimento que traria maior estabilidade para o Projeto, eliminando um improvável, porém potencial, conflito.

Por fim, quanto à mediação, tem-se que ela poderia ser cogitada caso não venha a ser possível atingir uma solução consensual – i.e. o acordo suscitado no questionamento. Ressalte-se que não haveria obstáculos para a realização de mediação extrajudicial, visto que o art. 32 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) autoriza os Estados e Municípios a criarem câmaras de resolução administrativa de conflitos. Caso as referidas câmaras não existam no caso em questão, isto não seria um óbice na medida em que o art. 33 da referida Lei dispõe que o procedimento comum de mediação será aplicável em sua ausência.

II.6.2. Cenário 2: gestão do transporte intermunicipal na região da AMFRI, mediante a celebração de convênio de delegação ou de lei de delegação

II.6.2.1. Tema 1: convênio de delegação

1. A delegação de competência para gestão do transporte intermunicipal pode ser por meio de convênio de delegação, a exemplo do que ocorre com os convênios da ANAC e ANTAC e, inclusive, do convênio de cooperação interfederativo nº 001/2016 celebrado pelo Estado de Santa Catarina com os Municípios da Região Metropolitana de Florianópolis?

É possível que o Estado delegue a competência para gestão do transporte intermunicipal por meio de contrato de programa, que é o instrumento jurídico previsto no art. 13 da Lei nº 11.107/05 para tal finalidade.

No entanto, duas ressalvas precisam ser feitas. Primeira, para a efetivação da delegação é preciso que seja criada um “ambiente” institucional de cooperação interfederativa anterior. No caso, por exemplo da RMF, foi criada e estruturada a Superintendência da RMF antes da celebração do convênio de cooperação interfederativo nº 001/2016 com os municípios (sem estarem consorciados). Caso diverso é o da região dos municípios integrantes da AMFRI, que não há nenhuma atividade de cooperação interfederativa envolvendo o Estado.

A segunda ressalva é quanto à efetividade do modelo. A gestão do transporte intermunicipal seria transferida para o CIM-AMFRI, porém a regulação permaneceria com o Estado de Santa Catarina? O Consórcio outorgaria a concessão de um serviço que lhe foi delegado, mas não teria nenhuma ingerência sobre a regulação que lhe fosse aplicável. Parece-nos que este modelo careceria de efetividade/eficiência para os objetivos perseguidos pelo Consórcio.

II.6.2.2. Tema 2: delegação exclusiva para o CIM-AMFRI

2. Havendo a necessidade de delegação por meio de lei estadual, é possível que o Estado delegue a competência apenas para o CIM-AMFRI? Como ficam as demais regiões, consórcios e Municípios do Estado de Santa Catarina? (Aqui abre-se parênteses para destacar que, para além da seara jurídica que permeia a questão, Santa Catarina tem como marca o movimento municipalista em suas microrregiões, devidamente organizadas em associações de municípios, as quais estão, por sua vez, integradas na Federação Catarinense de Municípios – FECAM)

Primeiramente, deve-se destacar que o transporte metropolitano, por não ser competência do Estado, e sim da região metropolitana, não poderia ser delegado por ele. Contudo, considerando o questionamento realizado, caso o transporte metropolitano fosse de competência estadual, seria necessário criar o ambiente de cooperação entre os Municípios e o Estado por meio da celebração de convênio de cooperação para, em seguida, ser editada lei estadual autorizativa e a celebração do contrato de programa que teria por objeto a delegação para o Consórcio da prestação do serviço de transporte metropolitano.

Vale acrescentar que, no cenário analisado, as outras regiões metropolitanas e municípios seguirão o que for acordado com ou pelo Estado, a quem cabe executar o serviço, sendo possível optar pela regionalização da prestação ou pela prestação direta pelo Estado de Santa Catarina.

II.6.3. Outras questões

II.6.3.1. Tema 1: não realização de intervenções na BR-101

Por fim, em atenção ao subitem II.3.1.3, gostaríamos de esclarecer que o projeto não pretende realizar intervenções na BR-101, havendo apenas o trânsito dos veículos pela rodovia.

Confirmada a não realização de intervenções, o subitem II.3.1.3 deixa de ter relevância para o Projeto.

II.6.3.2. Tema 2: necessidade de analisar os contratos de transporte intermunicipal

Ainda, gostaríamos de questionar se há a necessidade de análise dos contratos de transporte intermunicipal, considerando que todos estão vencidos. A despeito disso, havendo o entendimento de que esta análise é imprescindível, colocamo-nos à disposição para pleitear junto ao Governo do Estado, nos termos da Lei de Acesso à Informação.

A análise dos contratos intermunicipais não é essencial para a consecução do Projeto, ressalvada o fato da consulente querer divisar responsabilidades do Estado perante os atuais permissionários (conforme tratado no item II.6.1.3.1 acima). Mas conseguimos na última semana acesso a esses contratos. Os documentos serão analisados e oportunamente relatados e disponibilizados ao consulente.

II.6.4. Análise comparativa dos cenários

Completando o estudo, conforme solicitado pelo consulente passa-se a expor, em análise comparativa, as conclusões sobre os caminhos disponíveis, em termos jurídicos, para a concretização dos objetivos do projeto.

II.6.4.1. O traçado mais direto

Parece-nos ter ficado claro que o caminho ou modelo mais simples para a concretização dos objetivos do projeto passa pelos seguintes pressupostos:

- (1) admissão de que a legislação estadual criou uma região metropolitana;
- (2) que, assim, instituiu competências ou atribuições metropolitanas;
- (3) que essas atribuições derogam as competências originais do serviço público estadual de transporte intermunicipal de passageiros, pois parte desses serviços passam para a esfera de competência material e regulatória da instância metropolitana;
- (4) que a legislação estadual possibilitou que o arranjo de competências metropolitanas seja executado ou por uma entidade metropolitana em sentido próprio (que ainda não foi criada) ou por meio de um consórcio de municípios (hipótese à qual a AMFRI se adequaria).

Assim, adotados esses pressupostos, o arcabouço legal existente seria suficiente para a execução do projeto. O CIM-AMFRI passaria a exercer, nos limites de seu objeto, todas as atribuições, inclusive regulatórias, para a concretização do projeto.

A busca de uma pactuação específica com o Estado (conforme acima abordado: via interveniência anuência no contrato de concessão) parece, neste cenário, não essencial, mas um importante mitigador do risco de contestação do modelo, a partir da repartição interfederativa de competências.

Consideramos esse modelo de baixo risco jurídico e, do ponto de vista da facilidade de execução, sem dúvida o mais aconselhável.

II.6.4.2. A delegação do serviço intermunicipal.

Outro caminho, no espectro das possibilidades de arranjo jurídico-institucional para a concretização do projeto, passaria pelos seguintes pressupostos:

- (1) que enquanto não criada a entidade metropolitana o serviço continuaria a ser estadual (transporte intermunicipal);
- (2) que, sendo assim, o Estado poderia delegar a execução deste serviço para o CIM-AMFRI, que passaria a executar direta ou indiretamente o serviço, sob regime de delegação;
- (3) neste caso, deveria ser formalizado ou um convênio de cooperação entre o Estado e os respectivos Municípios, o que exigiria um esforço legislativo de todos os entes enredados na parceria público-público;
- (4) o convênio deveria especificar a divisão de competências entre os entes (ainda que os Municípios estejam reunidos no CIM-AMFRI);
- (5) o convênio deveria especificar a governança (do ponto de vista do quórum para a tomada de decisão).

Esse modelo apresenta alguns problemas jurídicos para a sua concretização. Primeiramente ele passaria pela ideia de que a região metropolitana não foi efetivamente criada ou, se criada, não estaria ainda a produzir efeitos jurídicos (não teria eficácia plena), uma tese que nos parece de difícil sustentação, uma vez que a lei nada disse neste sentido e mesmo a legislação federal não obriga a criação de uma entidade, ou seja, uma pessoa jurídica, metropolitana, em todos os casos.

Ainda que se desconsidere esse problema inicial, o modelo passa por uma dificuldade muito maior para sua concretização, com a necessidade de aprovação de lei em todas as casas legislativas e os riscos políticos a isso inerentes.

A pactuação, que deve envolver um arranjo da divisão de competências entre o Estado e os Municípios e a governança da parceria (governança em termos de quórum para decisão e, eventualmente, da fixação de quóruns diferenciados por temas a serem decididos) torna-se mais complexa.

Além disso, ao admitir tratar-se de serviço de transporte intermunicipal de passageiros, os problemas jurídicos do atual serviço intermunicipal (bastante conflagrado judicialmente, como se sabe, e com prestadores já em operação) serão trazidos em alguma medida para a órbita do CIM-AMFRI.

Parece-nos mais simples, a se admitir que a criação da região metropolitana ainda não se efetivou, concretizar a criação da entidade metropolitana de uma vez por todas, ao invés de realizar esse arranjo invertido de delegação de competência, no qual quem delega, em tese, não tem mais competência para delegar ou, se ainda detivesse a referida competência, exercê-la somente até a efetiva instituição da entidade metropolitana.

II.6.4.3. Criação da entidade metropolitana

Como já se pode antever das respostas anteriores, a criação da entidade metropolitana, congregando os Municípios e o Estado é uma outra opção segura e, menos questionável do ponto de vista estritamente jurídico do que a opção de uma delegação do serviço intermunicipal para o CIM-AMFRI.

O caminho para isso é longo, pois passaria por discussões relacionadas à governança dessa entidade e pela aprovação de uma nova lei estadual. Mas é um caminho possível e seguro, se desconsiderados os riscos políticos.

Uma observação importante é que esse modelo não elimina o primeiro acima abordado, pois se poderia iniciar o serviço metropolitano pelo CIM-AMFRI, conforme facultado pela legislação estadual, para que, em seguida, o mesmo migrasse, de acordo com o que se vier a legislar, para a competência da entidade metropolitana então criada. Neste caso, como acima já se asseverou, a futura entidade deveria respeitar os contratos já firmados de modo a produzir baixo impacto regulatório sobre o serviço.

II.6.4.4. Assunção pelo CIM-AMFRI com delegação inversa da regulação

Esse nos parece o arranjo mais complexo e mais sujeito a questionamentos. Como vimos a competência do CIM-AMFRI passa pela admissão de que a região metropolitana foi criada e, com ela, transferiu-se a uma entidade ainda não instituída ou a um consórcio de municípios as competências de gestão sobre o serviço de transporte metropolitano de passageiros. Se isso acontece, por que delegar a regulação para uma entidade estadual?

Ora, mais uma vez admitida a competência metropolitana, a reversão de parte dessa competência ao Estado ou para suas entidades (uma agência estadual, por exemplo) passaria pela criação de uma parceria interfederativa, de um ambiente institucional de colaboração interfederativa e, portanto, um convênio de cooperação (para não dizer um consórcio público, que nos pareceria totalmente excessivo no caso), mediante autorização de todos os legislativos envolvidos, seguido de delegação da atividade por meio de contrato de programa

(pode-se questionar a necessidade desse contrato de programa, mas, nesse caso, o excesso seria um mitigador de eventuais questionamentos).

O arranjo é muito tortuoso e demandaria um esforço institucional-administrativo enorme para sua consumação. Melhor, mais uma vez, que se institua de uma vez por todas a entidade metropolitana, cujo esforço de constituição seria até menor (muito embora haja necessidade de lei estadual) e possibilitaria, comparativamente, arranjos mais estáveis, mais flexíveis e até mesmo mais inteligentes.

II.6.4.5. Quadro-síntese de vantagens e desvantagens

Em síntese, de forma comparativa, as vantagens e desvantagens podem ser melhor delimitadas no quadro abaixo:

	Vantagens	Desvantagens
Cenário 01 – Exercício das competências metropolitanas pelo CIM-AMFRI	<ul style="list-style-type: none"> • O arcabouço legal existente é suficiente para a execução do Projeto, permitindo que o CIM-AMFRI exerça todas as atribuições, inclusive regulatórias, necessárias para a concretização; • Facilidade de execução; • Possibilidade de participação do Estado como interveniente-anuente (mitigando o risco de eventual conflito). • Possibilidade de conjugar este modelo com o cenário 03 	<ul style="list-style-type: none"> • Pode ensejar conflito com o Estado e/ou com os atuais operadores do serviço intermunicipal
Cenário 02 – Delegação do serviço intermunicipal	<ul style="list-style-type: none"> • Pode eliminar eventuais conflitos com o Estado 	<ul style="list-style-type: none"> • Modelo vai de encontro com o fato de que a região metropolitana já foi criada pela legislação estadual; • Requer esforço legislativo em todas as casas legislativas para criação do ambiente de cooperação interfederativa; • Risco político atrelado às discussões sobre divisão de

		<p>competências e governança na gestão do serviço de transporte metropolitano;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Risco de envolvimento do CIM-AMFRI com os questionamentos judiciais do transporte intermunicipal em curso. • Pode ensejar conflito com os atuais operadores do serviço intermunicipal
Cenário 03 - Criação de uma entidade metropolitana	<ul style="list-style-type: none"> • Mais baixo risco de questionamento judicial; • Possibilidade de conjugar este modelo com o cenário 01. • Pode eliminar eventuais conflitos com o Estado 	<ul style="list-style-type: none"> • Necessidade de aprovação de lei estadual para criação da entidade; • Risco político atrelado às discussões sobre a governança da entidade. • Pode ensejar conflito com os atuais operadores do serviço intermunicipal
Cenário 04 – Assunção pelo CIM-AMFRI e delegação inversa da regulação	<ul style="list-style-type: none"> • Pode eliminar eventuais conflitos com o Estado • Possibilidade de conjugar este modelo com o cenário 03 (apesar de não tão clara quanto no cenário 01) 	<ul style="list-style-type: none"> • Arranjo contraria a lógica da lei que criou a região metropolitana em questão com a delegação dos serviços metropolitanos para entidade ou consórcio público; • A delegação inversa da regulação requer a criação de um ambiente de cooperação interfederativa, com a subsequente celebração de convênio de cooperação, para delegar ao Estado uma competência metropolitana; • Requer esforço legislativo em todas as casas legislativas para criação do

		ambiente de cooperação interfederativa.
--	--	--

Parece-nos que a opção pelo Cenário 1 permitirá uma estruturação mais simples e direta do Projeto e seu maior risco (questionamento judicial) pode ser minorado valendo-se do bom relacionamento com o Estado para que este atue como interveniente-anuente. Entre os caminhos mais longos, preferível nos parece a adoção (a partir da lógica jurídica) do Cenário 3.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o exposto no Relatório Preliminar, apresentamos as seguintes conclusões:

- O transporte coletivo regional do Projeto pode ser caracterizado como serviço metropolitano, pois é uma **função pública de interesse comum**, na forma do art. 3º, b da Lei Complementar Estadual nº 104/94;
- A consultoria jurídica entende que a caracterização como transporte metropolitano cujas competências regulatórias foram atribuídas com exclusividade ao CIM-AMFRI (Cenário 1) encontra amparo sólido na legislação já existente, conferindo maior simplicidade, adequação e celeridade ao Projeto, podendo o Estado atuar como interveniente-anuente para mitigar o risco de questionamento judicial;
- Optando-se pelo Cenário 1, no que tange à competência material metropolitana para a prestação do serviço de transporte coletivo, **o CIM-AMFRI**, é um instrumento de desenvolvimento urbano integrado (art. 9º da Lei nº 13.089/15), e exercerá as funções referentes à **gestão associada de serviços públicos, incluindo a função regulatória que lhe foi regularmente atribuída**;
- **A legislação estadual sobre transporte intermunicipal não se aplica, em termos gerais, ao transporte metropolitano.** Conseqüentemente, os órgãos públicos (SIE e ARESC) que integram o quadro regulatório também não possuem competência para regular o transporte metropolitano;
- Não havendo legislação específica sobre serviço público de transporte em região metropolitana, ou que tenha instituído ente metropolitano que detivesse competências regulatórias, **o CIM-AMFRI poderá exercer função regulamentar ampla**, conforme as competências que lhe foram atribuídas;
- A legislação municipal sobre transporte coletivo não se aplica ao Projeto, pois são esferas de competência diversas;

- Não há óbices jurídicos de coexistência entre o transporte coletivo municipal existente e o serviço de transporte metropolitano a ser implementado (ainda que haja tendência de o segundo passar a englobar o primeiro), cabendo eventualmente reequilíbrio contratual;
- O licenciamento ambiental será determinado de acordo com o tipo de atividade prevista nas Resoluções nº 98 e 99/17

Estas são as observações que entendemos relevantes, no contexto dos objetivos deste primeiro relatório.

ANEXO – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO**LEGISLAÇÃO FEDERAL**

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011

LEI Nº 8.160, DE 8 DE JANEIRO DE 1991

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

LEI Nº 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001

LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003

LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005

LEI Nº 12.379, DE 6 DE JANEIRO DE 2011

LEI Nº 12.587, DE 3 DE JANEIRO DE 2012

LEI Nº 13.089, DE 12 DE JANEIRO DE 2015

LEI Nº 13.502, DE 1º DE NOVEMBRO DE 2017

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942

DECRETO Nº 8.437, DE 22 DE ABRIL DE 2015

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA DE 1989

LEI COMPLEMENTAR Nº 104, DE 04 DE JANEIRO DE 1994

LEI COMPLEMENTAR Nº 495, DE 26 DE JANEIRO DE 2010

LEI COMPLEMENTAR Nº 741, DE 12 DE JUNHO DE 2019

LEI Nº 5.684, DE 09 DE MAIO DE 1980

LEI Nº 7.975, DE 28 DE JUNHO DE 1990

LEI Nº 8.220, DE 03 DE JANEIRO DE 1991

LEI Nº 8.160, DE 04 DE DEZEMBRO DE 1990

LEI Nº 11.953, DE 25 DE OUTUBRO DE 2001

LEI Nº 12.125, DE 11 DE JANEIRO DE 2002

LEI Nº 12.199, DE 19 DE ABRIL DE 2002

LEI Nº 14.219, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2007

LEI Nº 15.182, DE 26 DE MAIO DE 2010

LEI Nº 16.673, DE 11 DE AGOSTO DE 2015
LEI Nº 17.221, DE 1º DE AGOSTO DE 2017
LEI Nº 17.278, DE 5 DE OUTUBRO DE 2017
LEI Nº 17.292, DE 19 DE OUTUBRO DE 2017
DECRETO Nº 12.601, DE 06 DE NOVEMBRO DE 1980
INSTRUÇÃO NORMATIVA DETER Nº 07/1991
INSTRUÇÃO NORMATIVA DETER Nº 01/2007
INSTRUÇÃO NORMATIVA DETER Nº 04/2011
RESOLUÇÃO DETER Nº 11/2015
RESOLUÇÃO CONSEMA Nº 98, DE 5 DE MAIO DE 2017
RESOLUÇÃO CONSEMA Nº 99, DE 5 DE MAIO DE 2017

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – BALNEÁRIO CAMBORIÚ

LEI Nº 3674, DE 13 DE MAIO DE 2014
DECRETO Nº 2784, DE 12 DE JULHO DE 1996

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – CAMBORIÚ

LEI Nº 391, DE 12 DE SETEMBRO 1983
LEI Nº 1872, DE 28 DE JULHO DE 1999
LEI Nº 2679, DE 20 DE MAIO DE 2014

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - ITAJAÍ

LEI Nº 3076, DE 28 DE MAIO DE 1996
LEI Nº 3642, DE 18 DE SETEMBRO DE 2001
LEI Nº 6528, DE 29 DE ABRIL DE 2014
DECRETO Nº 10.929, DE 07 DE ABRIL DE 2017

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE NA REGIÃO DA FOZ DO RIO ITAJAÍ

SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO

Análise do Marco Regulatório. Tarefas e, f e g do Termo de Referência

Elaborado por Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados

Maio de 2020

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	4
II MODELAGEM DA CONTRATAÇÃO DO PROJETO SCTR.....	6
II.1 Remuneração e fontes de receitas tarifárias.....	6
II.2 Da importância da instituição de um fundo patrimonial para a segurança e conforto do modelo do fluxo de receitas do Projeto.....	10
II.2.a Das missões institucionais possíveis de serem adotadas por um fundo patrimonial.....	11
II.2.b Da integração do fundo a uma estrutura de liquidação.....	14
II.3 Modelos de estruturação aplicáveis ao Projeto e possíveis objetos.....	15
II.3.a A Concessão Comum.....	16
II.3.b A Concessão Comum com subsídios.....	19
II.3.c A Concessão Patrocinada (PPP).....	23
II.3.d A Concessão Administrativa.....	26
II.4 Comparações lógicas entre os riscos inerentes aos modelos de estruturação.....	29
II.5 Conclusões preliminares a respeito dos modelos de estruturação aplicáveis.....	33
III DA GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PÚBLICAS	34
III.1 A função e a importância das garantias prestadas pelo Poder Concedente.....	34
III.2 A estruturação das garantias.....	36
III.2.a Identificação dos ativos.....	37
III.2.b Mecanismo de garantia.....	37
III.3 O sistema de garantias previsto na Lei das PPPs.....	38
III.4 A operacionalização das garantias: alguns exemplos concretos.....	39
III.4.a A vinculação de receitas e o travamento do fluxo de pagamento nas PPPs da Bahia.....	40
III.4.b A cessão fiduciária de cotas de Fundo de Investimento Imobiliário (PPP do VLT do Rio de Janeiro)	43
III.4.c A combinação de fiança e penhor sobre cotas de Fundo exclusivo junto a Companhia Garantidora: o exemplo da PPP da Linha 4 – Amarela e Linha PPP da Linha 6 – Laranja, ambas do Metrô Estado de São Paulo.....	44
III.4.d Cumulação de penhor de títulos da dívida pública com seguro-garantia: o caso da PPP de Escolas de Belo Horizonte.....	45
IV PROGRAMAS DE FINANCIAMENTO DA MOBILIDADE URBANA	47
IV.1 Programas de financiamento nacionais.....	47
IV.1.a BNDES Finem - Mobilidade urbana.....	47
IV.1.b Caixa Econômica Federal - Programa Pró-Transporte.....	48
IV.1.c BADESC Sistema Viário.....	50
IV.2 Programas internacionais de financiamento.....	50
IV.2.a IFC – International Finance Corporation.....	50

IV.2.b BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento.....	53
IV.2.c BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento.....	55
IV.2.d NDB – New Development Bank.....	56
V ADAPTAÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO DO CONSÓRCIO PÚBLICO COMO PODER CONCEDENTE.....	59
V.1 Possibilidade jurídica do CIM-AMFRI figurar como Poder Concedente.....	59
V.2 Alternativas de regulação da concessão tendo o CIM-AMFRI como Poder Concedente.....	61
V.2.a Regulação direta através de contrato de concessão.....	62
V.2.b Criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana.....	63
V.2.c Delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual.....	65
V.3 Anuência do Estado de Santa Catarina para reforçar a segurança jurídica na implantação e operação do STCR.....	67
V.3.a Participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão.....	67
V.3.b Participação do Estado no Consórcio.....	68
V.3.c Celebração de convênio de cooperação com o Estado.....	68
VI MINUTA DE TERMO DE REFERÊNCIA PARA A PRÓXIMA FASE DO PROJETO.....	70
ANEXO 1 – APRESENTAÇÃO PRELIMINAR DO SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO.....	73
ANEXO 2 – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO.....	85
ANEXO 3 – BIBLIOGRAFIA.....	86

I INTRODUÇÃO

O presente documento insere-se no âmbito das contratações decorrentes da parceria firmada entre a Associação dos Municípios da Região da Foz do Rio Itajaí (AMFRI) e o Banco Mundial para promover estudos de pré-viabilidade complementares aos já realizados pela InovAMFRI, relativos ao projeto de implementação de **cinco corredores de Bus Rapid Transit (BRT) e seis linhas de ônibus prioritárias (Projeto STCR¹ ou Projeto)**.

Conforme previsto no Plano de Trabalho, este Relatório Jurídico foi elaborado em complementação ao Primeiro Relatório Jurídico entregue e contempla as tarefas “e”, “f”, e “g” do Termo de Referência (TdR).

O trabalho encontra-se estruturado em 6 partes distintas. Ultrapassada a presente introdução (**Item I**), serão apresentadas as particularidades dos modelos de contratação preliminarmente considerados para o Projeto, por meio de apresentação preliminar de fatores econômico-financeiros (**Item II**, que faz referência à tarefa “e” do Termo de Referência). Neste item serão tratadas as modalidades de remuneração tarifária e os benefícios da constituição de um fundo patrimonial como agente liquidador integrante do fluxo de pagamentos. Será ainda ponderada a aplicabilidade dos modelos ao caso concreto, diante da observância de fatores como (i) relação custo-benefício, (ii) possíveis óbices jurídicos e (iii) desdobramento de riscos em cada um dos modelos levantados.

Produzidas as considerações preliminares sobre a aplicabilidade dos modelos jurídicos de estruturação do Projeto, serão abordados os modelos de garantias públicas passíveis de serem adotadas na execução do investimento (**Item III**, que faz referência à tarefa “g” do Termo de Referência). Em sequência, o trabalho indica programas nacionais e internacionais de financiamento de mobilidade urbana à disposição para a sua execução (**Item IV**). Não obstante o tema do financiamento do Projeto não estivesse delineado como uma das tarefas jurídicas do termo de referência, tomamos a liberdade de listar abaixo alguns dos principais programas de financiamento disponíveis para o Projeto STCR, vez que, ao lado das garantias enumeradas, vislumbra-se a importância dos institutos para resguardar a atratividade e segurança jurídica dos investimentos demandados pelo projeto *greenfield*.

Por fim, e com base nas conclusões obtidas neste e no Primeiro Relatório Jurídico entregue, decorrer-se-á no **Item V** sobre as adaptações institucionais diagnosticadas como necessárias para a atuação do CIM-AMFRI como Poder Concedente, prezando-se pela manutenção da segurança jurídico do contrato de concessão a ser firmado, conforme indicações da Tarefa “f” do Termo de Referência.

A conclusão do documento atenderá ao solicitado na Tarefa “f”, item “a”, do TdR. Assim, o **Item VI** contempla a Minuta de um Novo Termo de Referência a ser utilizado como base para os trabalhos de análise jurídica a serem desempenhados na próxima fase do Projeto.

¹ Trata-se da denominação que o projeto tem no âmbito da AMFRI: Sistema de Transporte Coletivo Regional – STCR.

II MODELAGEM DA CONTRATAÇÃO DO PROJETO SCTR

Concessões pressupõem um **arranjo mais sofisticado** em termos de obrigações, riscos e viabilidade econômica do que um contrato administrativo mais corriqueiro e de curto prazo. Seja pelo conjunto de escopos do seu objeto ou pelo vínculo mais perene entre as partes (concessões, afinal, importam na constituição de relações de longo prazo), seja ainda pela dependência da receita tarifária como pressuposto de viabilidade e atratividade, as concessões reclamam uma análise mais detida dos elementos que conformam seus contratos. Até por essa razão, as legislações federais gerais que as disciplinam – notadamente as Leis Federais nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004, esta última instituindo um regime específico para as parcerias público-privadas (“PPPs”) – **conferem maior liberdade à Administração Pública para adequar seus arranjos jurídicos aos projetos concretos**, não apenas por meio da escolha adequada do modelo de contratação e de dispositivos que mais bem se encaixem às particularidade de cada caso, mas também do desenho contratual que cada concessão terá com vistas a melhor atingir seus objetivos.

Dentre as condições a serem consideradas para a modelagem de um projeto, estão a (i) **capacidade de pagamento das tarifas** pelos usuários, (ii) o potencial de auferir renda por meio de **receitas ancilares**, (iii) a disposição do modelo quando à **repartição de riscos**, (iv) a relação entre **“finance”** (como capacidade de conseguir financiamento por meio de linhas de crédito cedidas ao concessionário ou ao Poder Concedente) e **“funding”** (disponibilidade de recursos de longo prazo para o Projeto, considerando contraprestações públicas e tarifas), (v) a necessidade de oferecer **garantias para** o Projeto, (vi) a harmonização com diretrizes de **políticas públicas** etc.

Sendo as estruturas de remuneração pressupostos de viabilidade e atratividade, a certeza de que o contrato poderá ser executado em linha com as expectativas da Administração é de suma importância, tanto mais porque ao Poder Concedente cabe estipular **o quanto pretende dispor de seu orçamento** para viabilizar a implantação do Projeto. Uma vez tomada a decisão pelo Poder Concedente, poderá ser definido qual modelo representa o melhor custo-benefício para o Projeto, de acordo com suas particularidades fáticas e jurídicas.

Considerando que a **receita tarifária** envolvida no Projeto figura como um dos primeiros pressupostos para verificar a viabilidade e atratividade do investimento, esse tópico analisará como o seu desenho reflete na escolha do modelo jurídico a ser adotado pelo Projeto.

II.1 Remuneração e fontes de receitas tarifárias

Conforme as previsões legais da Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 11.079/2004, a remuneração de concessionários poderá advir, a depender do modelo de contratação adotado, de: tarifa pública, tarifa

de remuneração, subsídios, contraprestação pública, aporte ou receitas ancilares (provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, conforme definido em lei).

No que diz respeito às tarifas, cabe primeiramente ressaltar a diferença entre **tarifas públicas e tarifas de remuneração**, consequência das práticas utilizadas no setor do transporte público, nas grandes cidades brasileiras, e dos dispositivos da Lei nº 12.587/2012.

A tarifa pública será aquela paga **diretamente pelo particular** em contraprestação ao serviço de que usufruiu, podendo ser entregue diretamente ao próprio concessionário ou a uma estrutura intermediária, como um fundo. Já a tarifa de remuneração corresponde ao **valor recebido pelo concessionário** quando entregue por meio da referida estrutura intermediária, valor este que pode diferir do pagamento efetuado pelo usuário final do serviço. O valor de ambas as tarifas varia a depender do tipo de concessão, das premissas econômicas de cada projeto e do fluxo de receitas.

Por exemplo, a tarifa pública poderá contar com o acréscimo de subsídio fornecido pelo Poder Público, compondo uma tarifa de remuneração de maior valor. A tarifa pública poderá ainda, compreender outros valores que se relacionem ao serviço, mas que não necessariamente sejam direcionados ao concessionário, caso em que a tarifa de remuneração terá valor menor do que o da tarifa pública cobrada do usuário final.

O **subsídio**, como um meio de ajuda governamental ao usuário, tendo como móvel a chamada modicidade tarifária, corresponde no detalhe ao valor destinado a evitar que a dimensão dos encargos e riscos assumidos pelo prestador de serviço seja traduzida em encargos excessivamente onerosos a serem suportados pelos usuários finais do serviço prestado. No cenário de transporte coletivo de passageiros, os subsídios são meios utilizados com frequência para permitir a realização de investimentos ou de gratuidades previstas em lei para parcelas da população (v.g. isenção de tarifas para idosos, prevista no Estatuto do Idoso) sem inviabilizar economicamente a concessão. A previsão de subsídio justifica-se em face da impossibilidade de o concessionário recuperar seus investimentos a partir tão-somente da percepção da tarifa pública.

Já a **contraprestação pecuniária**, disponível para contratos de PPP, presta-se a custear parcela (ou totalidade, no caso de concessão administrativa) dos custos do serviço delegado que não possa ser arcada pelos usuários diretos, seja por razões econômicas (v.g. modicidade tarifária), seja por inviabilidade técnica (v.g. indivisibilidade ou dificuldade operacional de aferição do quantum fruído).

Enquanto o subsídio traduz-se em uma transferência de recursos do Estado voltada a custear parcialmente os serviços, de modo a torná-los economicamente acessíveis para o usuário final, a contraprestação pecuniária destina-se a tornar economicamente viável a intervenção inovadora na obra (implantação, ampliação, recuperação), sem onerar muito nem os usuários, nem o privado, e nem mesmo o Poder Público (pois o diferimento do retorno sobre o capital investido acarreta ônus financeiro também à Administração como pagadora).

Desta forma, enquanto a contraprestação tem **caráter remuneratório ou de despesa** (a título de custeio ou de investimento, a depender da parcela atribuída a cada qual numa parceria), o subsídio

terá, nos termos do art. 13 da Lei nº 4.320/1965, a natureza de **auxílio para obras públicas**², diferenciando-se daquele também pela classificação orçamentária. A diferença conceitual entre subsídio e contraprestação encontra-se esculpida no art. 7º da Lei nº 11.079/2004, quando disciplina que a contraprestação só poderá ser paga **após** a disponibilidade do serviço.

A Medida Provisória nº 575/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.766/2012, alterou o art. 6º da Lei de PPPs, inserindo ainda a modalidade do **aporte público** como meio de pagamento da Administração ao parceiro privado³. A alteração conferiu regime específico ao pagamento de recursos em favor do parceiro privado, ainda na fase pré-operacional do projeto (assim como é permitido aos subsídios), para a construção ou aquisição de bens reversíveis ao Poder Público.

O dispositivo passou a admitir a possibilidade de enquadrar os desembolsos do Estado em favor do concessionário, para investimento em bens reversíveis, como um **ressarcimento público de investimentos** realizados pelo particular em bens que posteriormente reverteriam ao patrimônio público. Ao deixar de ser enquadrado como uma contraprestação (remuneração do concessionário em função dos serviços da concessão), ao aporte público foi conferido tratamento tributário específico, passando a ser isento (ou tornando possível o diferimento) de vários tributos incidentes sobre esta parcela dos pagamentos do concessionário, com ganhos relevantes de economicidades para as parcerias que dele se utilizam. Ainda segundo a lei, a disponibilização do aporte público deve guardar proporcionalidade com as etapas de investimento efetivamente executadas pelo concessionário (§2º do art. 7º, acrescentado pela Lei nº 12.766/2012).

A diferenciação entre aporte público e subsídio se dá por uma linha tênue.

Ainda que ambos correspondam à disponibilização de recursos públicos para o concessionário, ainda na fase inicial do projeto, o **subsídio** tem natureza **assistencial** para a mitigação do investimento inicial proposto, ou seja, **volta-se ao usuário final da concessão**. Já o **aporte público** direciona-se ao **ressarcimento** por despesas com bens reversíveis, ou seja, volta-se ao **Estado**. Pretende **indenizar** o concessionário pelo investimento realizado em bens que incorporarão ao patrimônio público ao final da concessão. Aproxima-se, assim, das subvenções econômicas referidas no art. 12 da Lei 4.320/1964,

² Nem se diga que o art. 21 da Lei nº 4.320/1965 veda tais auxílios para investimentos de empresas da iniciativa privada. Diz o dispositivo: “Art. 21. A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio de empresas privadas de fins lucrativos”. Ocorre que no caso da concessão de serviços públicos precedida de obra pública, haja vista a reversibilidade que lhe é inerente, o ativo não irá se incorporar ao patrimônio do privado, do concessionário. Ainda que possa, transitoriamente, integrar seu ativo, o destino do bem (obra pública) é integrar o patrimônio público. Neste sentido vem a precisa lição de Kleber Luiz ZANCHIM: “[A] vedação do art. 21 é de transferência para investimentos que se incorporem ao patrimônio do beneficiário. Portanto, se o repasse ocorrer, por exemplo, no âmbito de um contrato de concessão para a construção de um ativo público como uma rodovia, não será vedado.” (in José Maurício CONTI, *Orçamentos Públicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 86).

³ Art. 6º, §2º: “O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.”

e do conceito de subvenção para investimento já admitida pelo direito tributário brasileiro antes mesmo da lei das PPPs.⁴ O aporte público despe-se assim da natureza contraprestacional para se assemelhar ao **ressarcimento por adiantamento de despesas**. Outra diferença relevante entre os dois mecanismos é a sua abrangência: enquanto o subsídio é admitido por concessões comuns e por PPPs, o aporte é figura exclusiva das últimas, sendo inclusive possível a adoção de ambos os meios de remuneração nas concessões patrocinadas.

Por fim, dentre os meios de remuneração dos concessionários de serviços públicos de transportes, mencionam-se as **receitas ancilares ou extraordinárias**, provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou da exploração de projetos associados (arts. 11 e 18, VI da Lei nº 8.987/1995). Embora a nomenclatura legal seja pouco precisa, tal remuneração corresponde aos valores percebidos pelos concessionários em complementação à receita principal do contrato, pela exploração de atividades econômicas adjacentes ao objeto da concessão. Um exemplo de receita ancilar é o lucro obtido com a veiculação de propaganda em equipamento integrante do sistema de transporte, passível de ser auferida por meio de previsão específica no edital de licitação.

Tais receitas podem ser auferidas tanto no ambiente de PPPs quanto no ambiente das concessões comuns, atuando como meios de complementação às outras receitas do concessionário⁵.

Como preceitua o art. 11 da Lei 8.987/1995, o objetivo das receitas ancilares é favorecer e contribuir para a **“modicidade das tarifas”**. A sua previsão, em um contrato de concessão, (i) permite reduzir o ônus assumido pelos usuários finais do serviço com o pagamento das tarifas públicas; (ii) induz o concessionário a buscar maior eficiência econômica na execução do contrato e (iii) ainda traz para o Poder Concedente a possibilidade de combinar o escopo imediato da concessão com outras atividades de interesse público (como o fomento do comércio local, ou a renovação de áreas urbanas degradadas com a implementação de linhas BRT, por exemplo).

Conforme o vetor legalmente estabelecido e o regime contratualmente fixado, tais receitas extraordinárias tendem a possibilitar um abatimento no valor da tarifa pública, dos subsídios ou do valor a ser pago pelo Poder Concedente como contraprestação pública. O estabelecimento de ajustes mais

⁴ Observe-se que a não-tributação de pagamentos com esta característica não foi novidade da lei das parcerias público-privadas. O direito tributário brasileiro desde há muito reconhece que o pagamento de valores em função de investimentos realizados em bens de terceiros não integra a receita operacional bruta da empresa que o recebe (art. 38, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977) e não deve entrar para a apuração do lucro real percebido pela empresa que realiza o investimento. Na forma da lei, os recursos concedidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos (subvenções de investimento) devem ser excludidos do Livro de Apuração do Lucro Real. O efeito decorre do reconhecimento de que esta parcela não integrará a remuneração propriamente dita do Concessionário e que, por esse motivo, não deve ser contabilizada como lucro ou rendimento.

⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 322.

complexos para o papel de tais receitas extraordinárias no contrato de concessão pode ser facilitado pela adoção de, por exemplo, por um fundo patrimonial, conforme será demonstrado a seguir⁶.

Como em outros setores econômicos essenciais, as concessões no setor de transportes impõem a análise acurada das fontes de receitas para custeio dos projetos. O tema da universalização e acessibilidade econômica coloca-se ainda mais premente, dado que o transporte de passageiros é meio para a execução de diversos outros serviços públicos e atividades econômicas em sentido amplo.

Por outro lado, a escolha de modais que sejam mais atrativos em termos de volume, sustentabilidade e atualidade no longo prazo (notadamente os modais de transporte sobre trilhos) demandam investimentos iniciais muito mais expressivos, que dificilmente poderão ser custeados exclusivamente com a tarifa pública.

Daí a relevância de se considerar todas as fontes possíveis de receitas para a concessão; cuidar para que a política tarifária seja condizente com as políticas públicas que se pretende concretizar por meio do projeto; e, por fim, garantir que os valores estipulados no fluxo de receitas da contratação sejam devidamente segregados e protegidos, fator esse que tende a ser favorecido com a instituição de um fundo patrimonial para o Projeto.

II.2 Da importância da instituição de um fundo patrimonial para a segurança e conforto do modelo do fluxo de receitas do Projeto

Um fundo patrimonial é a parte do patrimônio de uma organização que é **segregada** de seu patrimônio operacional e de suas demais reservas (segregação meramente contábil-administrativa ou mesmo em uma personalidade jurídica distinta), com o objetivo de ser mantido na perpetuidade, de maneira que seu poder aquisitivo seja preservado ou expandido ao longo dos anos.

O fundo patrimonial é mantido investido com o intuito de **gerar receita periódica e previsível** para custear toda ou parte da missão da organização beneficiária. A fórmula contempla, conseqüentemente, a necessidade de auferir rentabilidade do patrimônio, o qual costumeiramente se dá pela sua alocação em investimentos de baixo risco, que não comprometam o capital, tal como aplicações financeiras de baixo risco, como os atuais fundos lastreados em títulos públicos.

No cenário tratado, o fundo patrimonial corresponderá à segregação de um conjunto de receitas e ativos, instituídos, geridos e administrados por uma entidade financeira, que garantirá o devido estabelecimento do fluxo de receitas e a segurança dos ativos depositados sob sua custódia.

⁶ PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>>. Acesso em 15/05/2020.

Entretanto, conforme será demonstrado abaixo, um fundo patrimonial, além de servir como uma instituição para a simples detenção das receitas do Projeto, poderá desempenhar diferentes missões institucionais capazes de promover eficiência, segurança e *accountability* aos modelos de contratação disponíveis para o Projeto.

II.2.a Das missões institucionais possíveis de serem adotadas por um fundo patrimonial

Dentre as muitas atribuições passíveis de serem alocadas aos fundos patrimoniais, mencionam-se, sem porém limitar, as de: (i) **facilitar a remuneração tarifária** do(s) concessionário(s), dada a possibilidade de figurar como **fundo de perequação** (ou de subsídios cruzados), (ii) **contribuir com outros projetos de políticas públicas** e fornecimento de maior complexidade às estruturas do Projeto, (iii) dar **lastro para garantias** (que podem ser exercidas na figura de um Fundo Garantidor), (iv) auxiliar no **custeio de órgãos de fiscalização**; e (v) auxiliar na manutenção de um **fundo de reserva** diante de eventual necessidade de reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato de concessão (Fundo Garantidor do Equilíbrio Econômico Financeiro).

Assumindo a figura de um **fundo de perequação tarifária⁷ ou de compensação**, o fundo passaria a figurar como uma etapa intermediária na alocação das tarifas e demais receitas que vierem a integrá-lo, moderando os valores recebidos das diversas fontes de receitas e as remunerações ou pagamentos contratualmente estabelecidos para os diferentes atores do sistema do BRT. O fundo receberia os valores condizentes (i) à tarifa pública devida pelo usuário (caso presente no modelo considerado), somados a (ii) eventuais contraprestações públicas depositadas pelo Poder Concedente; e às (iii) receitas ancilares auferidas (cuja permissão e porcentagem de divisão esteja prevista em contrato de concessão), para assim efetuar a justa divisão da quantia arrecada entre os concessionários envolvidos na prestação do serviço, remunerando-lhes as respectivas tarifas de remuneração, em conformidade com os instrumentos jurídicos que regulam a sua relação com o serviço.

A dinâmica observada pelos fundos de perequação ou compensação possibilita que a modelagem a ser desenvolvida se torne **mais elástica, mais complexa e mais capaz de integrar diferentes concessionários, diferentes serviços, ou até mesmo, concessões licitadas por entes federativos distintos**, dando um maior potencial de flexibilização e modernização ao Projeto. Passaria, ainda, a ser mais resiliente, uma vez que o fundo também pode se tornar um importante instrumento de estabilização das relações em momentos de anormalidade, ou ainda diante da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como adiante se verá.

⁷ SOKOLOFF, Pascal. *Marchés publics, delegations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, p. 320; BAUBY, Pierre. *Service Public, services publics*, p. 71; PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*, p. 78 e ROJAS, Francisco José Villar. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, p. 179.

Observa-se assim que a instituição de um fundo patrimonial, que atue como fundo de perequação, pode refletir em pelo menos **três possíveis vantagens para os concessionários e para o CIM-AMFRI** (como Poder Concedente no Projeto de Implantação do Sistema SCTR).

Primeiramente, permitiria a eventual opção pelo **desmembramento de um serviço em diferentes concessões**. Poder-se-ia contar com um grupo de concessionários executando atribuições diferentes, todas necessárias para a prestação de um mesmo serviço final, como, por exemplo, o fornecimento de material rodante, a manutenção técnica e a operação do sistema de BRT. Nesse caso, os contratos de concessão detidos podem ser regidos por diferentes regimes de contratação, não tendo a mesma capacidade de geração de remuneração tarifária (v.g. poderia se optar por concessão administrativa de material rodante e por concessão comum para a operação do sistema de BRT). Assim, caberia ao fundo atuar como uma figura central responsável por realizar a justa divisão das receitas, de forma a garantir a organização, transparência e a continuidade da atividade de todos os serviços necessários para a manutenção da concessão (sendo capaz, inclusive, de possibilitar compensação que permitisse a diminuição de contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Público ao fornecedor de material rodante).

Além disso, torna possível a **integração entre concessões promovidas por diferentes entes federativos**. No caso fático, onde sistemas de transporte coletivo já são operados em Municípios parte da Região Metropolitana onde será implantado o Projeto, poderia ser fomentado, por exemplo, um **sistema único de bilhetagem**, maximizando as conquistas em toda a região. Permitir que seja paga apenas uma tarifa pública aumentaria a integração do transporte coletivo, incentivando seu uso crescente pelos usuários e um sucesso na política de desenvolvimento para toda a área considerada. Entretanto, faz-se essencial a presença central e organizacional de um fundo constituído para (i) lidar com a comunicação entre as esferas de governo e (ii) promover o sistema de bilhetagem e a divisão justa e imparcial da remuneração tarifária de todos os concessionários prestadores de serviço.

Por fim, um terceiro benefício para o Projeto seria a possibilidade de o fundo **também pudesse assumir o financiamento de outras funções inerentes ao sistema**, como a de fiscalização ou até mesmo de operacionalização de outros serviços (v.g. como o do sistema de bilhetagem em si). O montante arrecado mediante o recebimento de tarifa(s) pública(s) poderia ser destinado inclusive para **cobrir eventuais déficits** apurados na prestação de serviços de pequena rentabilidade ou para **subsidiar diretamente a universalização dos serviços** em determinados casos (a atuação como fundo de perequação propicia a efetivação de subsídios cruzados, visando à fixação de tarifas módicas e acessíveis)⁸.

⁸ PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão e serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

A título exemplificativo, cabe ponderar o exemplo da modelagem de concessão de serviço público para transporte coletivo municipal de ônibus na cidade de **Belo Horizonte**⁹.

O consórcio constituído pelos concessionários em Belo Horizonte atua como agente de liquidação, sendo responsável pela custódia e distribuição dos valores apurados entre os concessionários, Poder Concedente e um **Fundo Garantidor do Equilíbrio Econômico-Financeiro (FGE)**.

Para que não fosse necessário ao Poder Público arcar com subsídios e pudesse ser estabelecida uma concessão comum 'plena', foi fixada tarifa pública de valor superior ao necessário para a tarifa de remuneração pelo serviço do consórcio de concessionários. Parte desse montante arrecado, segundo previsões originais, deveria ser utilizado pelo consórcio para **custear a agência reguladora BHTrans** (Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte).

O **FGE**, instituído pelo consórcio de concessionários, detém 1% da receita operacional bruta arrecadada, e tem a responsabilidade de direcionar esse valor para a quitação de eventuais custos dentro do próprio sistema de concessão, contanto que se refiram à **revisão ou extinção contratual**. Assim, experimentadas necessidades de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o valor excedente a ser transferido para os particulares sairia das reservas fundiárias (e não do orçamento público do Poder Concedente) e seria distribuído justamente pelo consórcio para os concessionários envolvidos na prestação do serviço. Em caso de um reequilíbrio favorável à Administração, tal valor passaria a compor as reservas do FGE.

Para além das obrigações assumidas pelo fundo patrimonial na concessão de transporte na cidade de Belo Horizonte, vale menção à possibilidade de instituição de fundo patrimonial com a função de **fundo garantidor** de perequação para auxílio a **Fundo Garantidor** de concessão pública¹⁰. Já que o esse tipo de fundo seria responsável pela centralização e pelo direcionamento das receitas da concessão ao(s) concessionário(s), poderia atuar como **garantidor do lastro das garantias** a serem assumidas por um fundo garantidor, conferindo **viabilidade** ao Projeto. Essa medida ainda contribuiria para um aumento na **atratividade do investimento**, que passa uma por conferir maior **segurança financeira** aos investidores do Projeto.

Finalmente, anota-se que para além das missões institucionais mencionadas acima, há muitas outras possíveis de serem assumidas por fundos patrimoniais a depender da estrutura de governança a ser criada para a implantação do Projeto, cabendo menção especial à integração do fundo como parte da estrutura de liquidação das receitas.

⁹ Maiores informações sobre o Contrato de Concessão firmado, reajustes tarifários e dados operacionais relativos ao transporte coletivo por ônibus, podem ser consultados no site da Prefeitura de Belo Horizonte, especificamente em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transparencia/transparencia-no-transporte-coletivo>>. Acesso em 16/05/2020.

II.2.b Da integração do fundo a uma estrutura de liquidação

Parte essencial do funcionamento de um fluxo de receitas é garantir que os créditos que o compõem serão devidamente liquidados. Desse modo, faz-se essencial o estabelecimento de uma estrutura de liquidação que preze pela **lisura, accountability, transparência e eficiência** da administração das receitas tarifárias.

A **liquidação de despesas** corresponde à **verificação do direito adquirido pelo credor**, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Por meio do devido procedimento, visa-se, por fim, apurar: (i) a origem e o objeto do que se deve pagar; (ii) a importância exata a ser paga; e (iii) a quem se deve pagar para extinguir a obrigação adquirida.

A estrutura de liquidação mencionada acima, aplicada aos sistemas interligados e complexos de transporte, corresponde à figura de uma *'clearing house'*, como uma modalidade de câmara de compensação onde transações são processadas e registradas. A execução do procedimento é efetuada por **agente de liquidação**, na figura de **uma instituição financeira** que atuará diretamente na (i) abertura e manutenção de conta vinculada, (ii) na realização da liquidação das operações de comercialização dos créditos de viagem, (iii) na custódia dos recursos arrecadados em virtude de tarifas públicas, e (iv) na posterior distribuição dos valores apurados em favor dos concessionários envolvidas na prestação do serviço a título de tarifa de remuneração.

A estrutura permite uma maior **previsibilidade e segurança jurídica** ao Projeto, dificultando a interferência de eventuais riscos operacionais ou políticos no recebimento de receitas pelos prestadores de serviço.

Para que se obtenha o melhor proveito da estrutura, é recomendável que seja constituído agente de liquidação específico para o Projeto, reflexo de uma figura diversa que preze por uma **clara divisão entre os interesses** do Poder Público e dos particulares envolvidos na prestação de serviço. Como uma figura **independente**, proporcionar-se-iam melhores níveis de **transparência** para uma contratação que poderá envolver vários níveis de **integração interfederativos**.

Assim, defende-se a possibilidade de adotar o fundo patrimonial que, entre outras funções, seja implicado no processo de liquidação, sendo gerido por instituição financeira independente que tenha entre suas funções a de atuar como agente de liquidação.

A escolha da instituição financeira que atuará como **agente de liquidação** variará de acordo com o modelo de contratação e das remunerações tarifárias determinadas para o Projeto, devendo ser buscada a alternativa que promova uma maior **accountability, transparência e eficiência** para o Projeto.

A título de explicativo, trazemos novamente o caso de transporte coletivo no Município de Belo Horizonte. O modelo adota o **fundo patrimonial, gerido pelo próprio consórcio de concessionários, que atua como o agente de liquidação do sistema**. Como a concessão conta apenas com uma fonte de receita tarifária, não apresentando subsídios, o modelo é viável. O fundo acaba por se autorregular e fiscalizar, que já os próprios concessionários atuam como gestores e como as partes interessadas na

promoção da liquidez dos valores de remuneração tarifária. A presença dos diferentes concessionários impede que um ou outro influencie negativamente a distribuição de receitas, e assim garante a imparcialidade, agilidade e simplicidade do sistema de alocação de receitas.

Entretanto, **não se recomenda a adoção do modelo consorcial em contratações que envolvam múltiplas fontes de receita**, notadamente contraprestações pecuniárias, aportes públicos ou subsídios fornecidos pelo Poder Público. Nesse cenário, a estruturação da liquidação é elemento crucial para a observação da **accountability** e dos interesses econômicos dos concessionários e do Poder Concedente, devendo ser indicada pelo fundo uma **instituição financeira independente** que componha a estrutura de liquidez criada, prezando pela lisura do procedimento e pela mitigação de riscos de uma eventual sobreposição de receitas subsidiárias e de tarifas públicas.

Pontua-se a vantagem da **contratação de instituição financeira realizada diretamente pelo fundo**. Mesmo não atuando para promover a liquidação em si, o fundo patrimonial ainda figuraria como parte integrante do fluxo de receitas, performando como um agregador dos valores envolvidos no serviço público. Como **figura central e organizacional**, contaria com a flexibilidade necessária para assumir diferentes missões institucionais que melhor se adequem ao modelo de contratação, fornecendo uma maior possibilidade de integração, transparência e segurança jurídica ao modelo de estruturação elegido.

II.3 Modelos de estruturação aplicáveis ao Projeto e possíveis objetos

A recomendação pela aplicação de um modelo de concessão - comum, comum com subsídio, patrocinada ou administrativa – depende diretamente da rentabilidade do serviço a ser prestado e da disponibilidade de recursos da Administração para compor parte ou totalidade da remuneração tarifária a ser paga ao parceiro privado, caso necessário.

O Projeto SCTR envolve a execução de um extenso número de obras e serviços¹¹, cada qual com suas particularidades e capacidades de arrecadação financeira. Há uma quantidade inúmeras de arranjos que poderiam ser considerados para viabilizar uma ou mais concessões dotadas de equilíbrio econômico-financeiro. Destaca-se que não é o intuito desse Relatório esgotar tais modelos, já que não faz sentido fazê-lo diante da ausência da previsão de orçamento disponível para a efetivação do Projeto, pressuposto de viabilidade para a escolha de modalidade de contratação.

Partiremos então da análise das particularidades inerentes às modalidades de contratação (principalmente no que tange às estruturas remuneratórias disponíveis); para que, em seguida, possamos observar seus reflexos nos objetos de concessão preliminarmente considerados pelos estudos preliminares

¹¹ Dentre os quais menciona-se, sem, entretanto, limitar, a implantação, operação e manutenção do Sistema de BRT e do equipamento de travessia a ser construído (ponte ou túnel).

de viabilidade econômico-financeira do Projeto¹²: (i) a concessão individual do Sistema de BRT, (ii) a concessão individual de equipamento de travessia (túnel ou ponte), e (iii) a concessão conjunta do Sistema de BRT e de equipamento de travessia.

II.3.a A Concessão Comum

As **concessões comuns**, regidas pela Lei nº 8.987/1995, são modalidades de contratação onde a tarifa pública a ser cobrada dos usuários, somada à renda auferida por meio de receitas ancilares, é suficiente para remunerar o concessionário pelo serviço público sendo desempenhado.

Desse modo, a adoção do modelo de estruturação parte do pressuposto de que o Projeto regulamentado é economicamente viável, fazendo-se **desnecessário, em princípio, o concurso de recursos diretos por parte do Poder Público**.

O modelo da concessão comum foi amplamente utilizado nas primeiras concessões de transporte público desenvolvidas em território brasileiro. Em relação aos contratos administrativos submetidos à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8666/1993), esses contratos caracterizam-se por conferir **maior liberdade de gestão** ao concessionário, a assunção de **maiores riscos** tanto pela Administração quanto pelo particular contratado, a perspectiva **colaborativa** e de longo prazo, a **mutabilidade** inerente à passagem do tempo, a **relação tripartite** entre Poder Concedente, Concessionário e usuário dos serviços, bem como pelas características de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas (art. 6º, par. 1º da Lei n. 8.987/1995).

As concessões comuns diferenciam-se das PPPs pelas diferenças na estrutura de remuneração. Se, nestas últimas, o Poder Concedente assume, integral ou parcialmente, o ônus de financiar o serviço a ser prestado; na concessão comum, a integridade da remuneração do concessionário advém da tarifa paga pelos usuários. Ainda assim, concessões comuns e parcerias público-privadas fazem parte da mesma família dos contratos de concessão, com características comuns importantes: contratos de colaboração, de longo prazo, com grande liberdade conferida ao particular, bem como grandes responsabilidades, no qual o particular assume a realização da gestão de um serviço público ou de uma infraestrutura pública e recebe sua remuneração em decorrência da execução de tal serviço.

Convém traçar uma última nota a respeito do risco de demanda neste tipo de contrato, especialmente relevante para os contratos no setor de transportes de passageiros. Ainda que na casuística brasileira é bastante comum que o risco de demanda seja assumido integralmente ou em maior medida pelo concessionário, não é incomum, especialmente em projetos *greenfield* (cuja demanda estimada tem maior probabilidade de divergir substancialmente da demanda real por falta de parâmetros pré-

¹² Apresentação Preliminar de Estudos Econômico-Financeiros disponibilizada pela UnaPartners em abril de 2020.

estabelecidos) que sejam previstos mecanismos de compartilhamento dos riscos de demanda mesmo nas concessões comuns, a fim de aumentar a segurança do Projeto e a sua atratividade financeira (e.g. mecanismos de banda, a serem tratados no Item II.IV deste relatório)¹³.

II.3.a.1 A concessão comum do Sistema de BRT

A concessão comum do Sistema de BRT corresponderia à outorga da modernização, ampliação, gestão e operação do Sistema de BRT a um particular, por meio de concessão remunerada pela cobrança de tarifas dos usuários finais. Considerando a projeção inicial da análise econômico-financeira disponibilizada, têm-se que a concessão comum do Sistema de BRT prevê uma Taxa Interna de Retorno (“TIR”) promissora de 13,5%, propiciando um alto grau de atratividade financeira para a iniciativa privada.

No que concerne ao Poder Concedente, o modelo também denota atratividade por não imputar à Administração a mobilização de recursos financeiros a título de remuneração ou auxílio, vez que as receitas obtidas por meio da prestação do serviço são suficientes para remunerar o concessionário.

A título exemplificativo de utilização do modelo da concessão comum, cabe lembrar o precedente de transporte coletivo de ônibus no Município de Belo Horizonte (mencionado no Item II.1.a)¹⁴. O modelo de transporte coletivo de ônibus desenvolvido em Belo Horizonte não demanda contribuições financeiras por subsídios tarifários, tendo sido estruturado como uma concessão comum, mantida pelo preço da tarifa pública e pela receita proveniente de exploração de serviços acessórios.

Entretanto, destaca-se que o modelo exige a fixação de preço da tarifa pública que respeite o princípio da **modicidade tarifária**. Ou seja, deve ser efetuada análise econômico-financeira minuciosa para definir se seria possível atingir um equilíbrio financeiro ao contrato de concessão. Ao particular deve ser dada a possibilidade de ver seus investimentos amortizados, e vislumbrar lucro enquanto cumprindo com suas obrigações e sem onerar excessivamente os usuários do serviço.

II.3.a.2 A concessão comum do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

13 CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CIBIC. Concessões e parcerias público-privadas: Guia para o gestor público. Brasília-DF: 2016. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf>.

14 Maiores informações sobre o Contrato de Concessão firmado, reajustes tarifários e dados operacionais relativos ao transporte coletivo por ônibus, podem ser consultados no site da Prefeitura de Belo Horizonte, especificamente em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transparencia/transparencia-no-transporte-coletivo>>. Acesso em 16/05/2020.

A concessão comum de equipamento de travessia, partindo do pressuposto de que será cobrada tarifa para a utilização da estrutura a ser construída (tanto túnel quanto ponte), contaria com o mesmo mecanismo de remuneração da concessão comum individual do Sistema de BRT. O concessionário terá seu investimento inicial, empregado nas obras de engenharia, amortizado pela posterior operação da ponte ou túnel.

Entretanto, há diferença latente no que tange ao **montante de investimento** inerente à implantação dos equipamentos de travessia quando em comparação com à implantação do BRT. De acordo com o estudo prévio de viabilidade econômico-financeira, o investimento inicial estimado para implantação do BRT foi de R\$1,269 bilhão; o previsto para a construção da ponte em R\$ 453,400 milhões; e o investimento para a construção do túnel sob o Rio Itajaí foi estimado em R\$ 2,055 bilhões (data base 2020)¹⁵.

Verifica-se então o **desafio de amortização do investimento inicial**, atrelado à necessidade de manutenção de tarifas passíveis de serem arcadas pelos usuários do serviço de travessia oferecido. Ainda que tal aspecto dificulte a adoção de concessão comum para o equipamento de travessia, arranjos de **governança** poderiam ser efetuados, sendo possível valer-se da constituição de um fundo de perequação para equalizar o fluxo de receitas da concessão comum, eventuais subsídios necessários para a sustentabilidade da concessão comum e ainda as receitas decorrentes de um outro modelo de concessão a ser operado pelo Sistema de BRT.

11.3.a.3 Concessão comum conjunta do Sistema de BRT e do Equipamento de travessia

A estruturação de uma concessão conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia permitiria contar com ao menos **duas fontes de remuneração tarifária**: a primeira cobrada a título de **bilhetagem** e a **segunda referente ao pedágio**, quando transpassada ponte ou túnel. Nota-se que a combinação de ambas as receitas resultou em uma TIR de 12,3% para o modelo de concessão nos estudos de pré-viabilidade, mostrando preliminarmente a viabilidade do empreendimento.

O modelo se mostra atraente para a iniciativa privada. Devem, porém, ser sopesados fatores que poderiam desincentivar a participação de licitantes do certame, dentre os quais: (i) uma **maior variedade e quantidade de riscos** a serem arcados por um único parceiro privado (v.g. riscos de engenharia, riscos de operação, riscos financeiros, etc.), (ii) necessidade de comprovação de relevante **experiência técnica** para operacionalizar dois serviços diferentes (que, separados, poderiam ter concessionários com habilidades mais direcionadas ao objeto) ou de constituição de consórcio, e (iii) na exigência de um **alto investimento financeiro inicial**, que mesmo financiado e dotado de condições razoáveis de amortização, exige comprovação de elevado capital financeiro pelo licitante.

¹⁵ Conforme dados disponibilizados em apresentação econômico-financeira preliminar, de abril de 2020.

Não obstante estas desvantagens, a concessão integrada do sistema de BRT e do equipamento de travessia favorece de diversas maneiras o atingimento do fim público de otimização do sistema de mobilidade urbana.

Em primeiro lugar, a **integração é benéfica para assegurar o desempenho** eficiente dos serviços, haja vista que a existência de um único responsável pela gestão de ambos os equipamentos não dá margem para dúvidas ou litigâncias que atrasem ou afastem a responsabilização do gestor do serviço deficitário. Logo, sabendo que dificilmente terá como se esquivar de eventuais penalizações ou descontos financeiros, o concessionário tende a se empenhar mais para garantir a melhor performance do contrato, ampliando a eficiência e qualidade dos serviços públicos concedidos.

De outro lado, a existência de **um único responsável pela gestão** de ambos os equipamentos também é positiva para o Poder Concedente, pois, diante de eventual ineficiência ou descasamento entre os diferentes serviços, o **Poder Público tem menor risco de ser responsabilizado** pela incoerência nas premissas, descasamento de cronogramas, ou falta de coordenação entre ambas as concessões.

Ainda, a concessão integrada favorece o **planejamento otimizado do funcionamento integrado** de ambos os sistemas de transporte, evitando discrepância de cronogramas e de outros aspectos que ensejam dependência entre ambos os projetos.

No que tange ao processo licitatório, a concessão integrada é a **opção menos custosa e mais célere**, se comparada à necessidade de realização de mais um processo licitatório. Todavia, não promove tanto a competitividade entre os licitantes quanto o duplo processo licitatório. Desta forma, é necessário sopesar todos estes fatores positivos e negativos da concessão integrada no processo de tomada de decisão.

II.3.b A Concessão Comum com subsídios

As **concessões comuns subsidiadas** foram previstas no art. 17 da Lei nº 8.987/1995¹⁶, que embora não tenha trazido um enunciado claro quanto a possibilidade de se utilizar subsídios em concessão comum, foi interpretado de maneira a permitir a figura de subsídios em todas as modalidades de concessão. Ao prever que não seriam admitidas propostas que considerassem outros subsídios que não aqueles previstos em lei, a Lei de Concessões permitiu, *a contrario sensu*, que eventuais subsídios previstos em lei e estendidos a todos os licitantes poderiam ser considerados para concessões comuns.

Assim, os subsídios encontram-se vinculados ao modelo de concessão de serviço público disciplinado pela Lei nº 8.987/1995, contanto que sejam **previamente estipulados em lei**. Como reflexo

¹⁶ “Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes”.

da necessidade de transparência das condições da concessão para resguardar a isonomia dentre os licitantes, os subsídios e seus mecanismos reguladores também deverão constar no edital a ser publicado.

Também não há obstáculos a que possam ser previstas fontes alternativas de receitas as receitas ancilares, ou extraordinárias, como, aliás, o admite a lei nacional de concessões, tendo em vista “favorecer a modicidade das tarifas” no modelo adotado de concessão subsidiada.¹⁷

11.3.b.1 Concessão subsidiada para o Sistema de BRT

Do Primeiro Relatório Jurídico produzido, vislumbrou-se que, de acordo com dispositivos de leis federais, como a referente ao Estatuto do Idoso, um **alto número de isenções e gratuidades** deverão ser concedidas a passageiros usuários do sistema de BRT. Desse modo, a necessidade de arcar com subsídios tarifários e proporção dos mesmos para efetivar o modelo de concessão deve ser ponderada pelos estudos econômico-financeiros conclusivos.

O modelo de concessão comum subsidiada estabelece ao sistema um nível de **dependência das receitas públicas** direcionadas à composição da remuneração do concessionário. Entretanto, considerando que a **natureza auxiliar do subsídio é diretamente vinculada à demanda do serviço**, é possível que, no decorrer da operação do sistema de BRT, vislumbre-se a necessidade de **ajustar a remuneração do particular a título de subsídio**, mesmo que a situação a princípio se mostre improvável (v.g. diminuição do número de idosos utilizando o BRT).

De qualquer modo, para garantir que o auxílio está sendo fornecido a uma necessidade real de manutenção do sistema de BRT - e como meio de prezar pela transparência do processo licitatório -, os termos disciplinadores do subsídio devem estar **previstos tanto em lei específica como no edital** de licitação.

Destaca-se que além do subsídio tarifário previamente mencionado, pode-se contar com o fornecimento de **subsídios a investimentos** pelo Poder Concedente, assim como presenciado na concessão comum subsidiada do BRT do Município de Sorocaba.

No Brasil, esse projeto concretizou a primeira concessão precedida de obra já efetuada no segmento de transporte com ônibus, tendo somado um investimento de R\$ 384 milhões na implantação de infraestrutura, projetos, desapropriações, material rodante e ITS (Sistema Inteligente de Transporte). Do total investido, R\$ 251 milhões vieram de aplicação pelo consórcio constituído por particulares, e **R\$ 133 milhões de subvenção a investimentos pela Prefeitura de Sorocaba** (R\$ 127 milhões vindos de financiamento com o Governo Federal e 6 milhões a título de subvenção a investimento)¹⁸.

¹⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 717 e 718.

¹⁸ Cf. “BRT Sorocaba”. Disponível em: < <https://brtsorocaba.com.br/sobre/> >.

O modelo do BRT de Sorocaba adotou a instituição de um **fundo patrimonial**, responsável pelo recebimento de tarifas públicas pagas pelos usuários finais e de subsídio depositados pelo Poder Público. Após o recebimento dos referidos montantes, o fundo se responsabiliza por distribuir o valor total, de forma justa aos concessionários integrantes do consórcio responsável pela prestação do serviço do BRT.

Ao lado de um modelo onde o fundo seja destinatário dos valores referentes à tarifa pública e também dos subsídios, como no precedente do BRT de Sorocaba, pode-se ainda cogitar da hipótese em que o concessionário receba diretamente o valor da tarifa pública, sendo constituído fundo apenas para suportar o repasse de subsídios.

Nesse último caso, cabe ressalva. O controle exclusivo do particular pelo montante arrecado a título de tarifa pública, sem a interferência de um fundo liquidador, faz com que seja criado espaço para **fraude**. Isso porque, como o montante de subvenção recebido é proporcional ao número de isenções tarifárias enfrentadas pelo sistema, os valores arcados com gratuidades poderiam ser facilmente alterados pelo único ator capaz de realmente quantificar tais gratuidades: o próprio concessionário. Ainda, poderia ser questionada a **motivação** do concessionário para arcar com um eficiente sistema de fiscalização, já que os ônus econômicos referentes as fraudes de isenções pelos usuários seriam arcados exclusivamente pelo Poder Concedente e não teriam qualquer repercussão econômica para o concessionário.

Assim, caso opte-se pelo recebimento direto de tarifas públicas pelo concessionário, há de se estabelecer canais de transparência, monitoramento e controle, de modo a permitir a **fiscalização efetiva** pelo Poder Público do regime de tarifas públicas e isenções, propiciando previsão mais acurada e justa do dispêndio exato dos cofres públicos a ser gasto com subsídios.

11.3.b.2 Concessão subsidiada do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

A adoção do modelo de contratação de concessão comum com subsídio permite que seja construída ponte ou túnel em regime de concessão comum, contando com subvenção econômica no **início da fase de construção** do Projeto.

A depender da disponibilidade de orçamento do Poder Concedente, tal modelo poderia apresentar uma **atratividade maior** para o Projeto. A presença de subsídios permitiria maior conforto para o concessionário com relação ao fluxo de caixa inicial do Projeto, trazendo alívio para os relevantes investimentos iniciais com que o concessionário precisa arcar, e melhorando consideravelmente as condições econômicas do investimento.

Ademais, a subvenção concedida pelo Poder Concedente a título de investimento em infraestrutura envolve **grandes vantagens de ordem tributária**, notadamente pelo regime de isenções típicas das subvenções tratadas na Lei nº 4.320/1964 e pelo fato de que tais receitas não são contabilizadas como recursos do concessionário. Como o Poder Público faz um investimento financeiro pelo qual ele mesmo receberá a contrapartida, essa subvenção não será tributada ao concessionário.

A depender do orçamento do Poder Concedente, há também a possibilidade de se valer de subsídios tarifários, conjuntos ou não a subsídios em investimento, como, a título de exemplo, foi vislumbrado na concessão comum da via Transolímpica, corredor de BRT que atualmente liga o Recreio dos Bandeirantes à Vila Militar, no Município do Rio de Janeiro.

Ainda no que diz respeito à fixação de subsídios tarifários, cabe ressalva quanto à utilização de subsídios cruzados, aplicável também aos outros modelos de estruturação, mas especialmente no que diz respeito à fixação de tarifa em equipamento de travessia - vez que usuários dos sistemas coletivos de transporte contam com algumas proteções legislativas às tarifas deles cobradas (v.g. art. 39 da Lei Federal nº 10.741/2003, tratando da isenção tarifária a idosos).

Muitas vezes os usuários onerados pela instituição de tarifas mais elevadas não correspondem às pessoas que apresentam maior capacidade de pagamento. É comum que a necessidade e frequência de utilização do serviço não esteja vinculada a usuários com posições econômicas mais confortáveis, e a **onerção da tarifa sobre os mesmos pode gerar questionamentos** sobre as políticas públicas controversas adotadas ao lado da diminuição da demanda pelo serviço.

Assim, a pretensão de aumento da remuneração do concessionário por meio de aumento da tarifa poderá resultar no efeito inverso, isto é, na redução da arrecadação justamente pelo fato de a tarifa se tornar proibitiva a parcela dos usuários atingidos pela oneração instituída pelo Poder Concedente ou concessionário. Um exemplo seria fazer com os que os particulares pagassem tarifas mais elevadas para propiciar uma diminuição da tarifa a ser paga por veículos em trânsito por motivos econômicos, como caminhões. A conduta poderia fazer com que particulares não utilizem da ponte ou túnel, não promovendo o retorno financeiro desejado pelo concessionário ou pelo Poder Público, e principalmente, não alcançando os objetos do Projeto no que concerne à mobilidade urbana.

A concessão subsidiada, diante de um grande investimento para a implantação de Equipamento de Travessia e da necessidade de manutenção da modicidade tarifária, mostra-se como grande aliada da viabilização do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ao passo que desonera o investidor, permite que sejam empregadas as melhores técnicas na implantação e operação das obras mediante contribuição pecuniária do Poder Concedente. Ainda assim, a concessão de subsídios cruzados costuma levantar controvérsia jurídica e contestação, motivo pelo qual o recurso a este expediente deverá ser cuidadosamente sopesado e construído.

11.3.b.3 Concessão subsidiada conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia

Estabelecer um modelo de concessão comum subsidiada, que abranja tanto o Sistema de BRT quanto a implantação e operacionalização de túnel ou ponte, possibilita o desenho de inúmeras estruturas de remuneração tarifária, dentre as quais:

- (i) contar com a figura do subsídio público apenas para o BRT ou para o equipamento de travessia (a definir e a título de investimento, tarifário ou ambos);
- (ii) subsídios para os dois serviços; BRT e equipamento de travessia, traduzidos em duas quantias distintas ou calculados por algoritmos que forneçam apenas uma tarifa remuneratória;
- (iii) renunciar à cobrança de tarifa para um dos serviços ou cobrar tarifa de ambos; etc

Nota-se que as combinações acima não apresentam, em tese, óbices jurídicos, contanto que os valores de tarifas sejam dispostos de forma transparente, facilitando a fiscalização pelo Poder Público. Novamente, destacam-se as benfeitorias da adoção de um fundo patrimonial para o fluxo de receitas do modelo, principalmente no cenário evidenciado, onde a combinação do Sistema de BRT e do equipamento de travessia em apenas uma concessão, por si só já imputa o aumento de riscos agregados ao Projeto.

II.3.c A Concessão Patrocinada (PPP)

A **concessão patrocinada** é um dos tipos de parcerias-público-privadas, definida pelo art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/2004 como uma “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Sua conceituação toma como base a Lei Federal nº 8.987/1995, que rege as concessões comuns, diferenciando-se das mesmas quanto ao **modelo de remuneração tarifária** aplicado ao concessionário prestador de serviço. Entretanto, maiores são as diferenças quando consideradas as características decorrentes dos **dois regimes jurídicos distintos** que o ordenamento brasileiro reserva às concessões comuns e às PPPs, no geral.

Primeiramente, no que concerne à remuneração tarifária, o concessionário deverá contar com remuneração a ser composta **não apenas pelo valor arrecadado com tarifas públicas, mas por contraprestação pública** (como pagamento direto pelo Poder Público), pela possibilidade de **aporte** para realização de parte dos investimentos, de montante arrecadado à título de receitas ancilares, e pela possível incidência de **subsídios**¹⁹. O auxílio financeiro provindo do Poder Concedente tem a finalidade de

¹⁹ Levanta-se discussão sobre a possibilidade de cumular o pagamento de subsídios com os de contraprestação pública pelo Poder Concedente. Primeiramente, esclarecemos que não há impedimento na legislação para que isso aconteça, e, inclusive, atrelar ambos subsídio e contraprestação pública é um ponto aconselhável na modelagem de um serviço onde a oscilação da tarifa pública se mostra um dos riscos mais sensíveis. O subsídio varia em função da arrecadação de tarifas públicas, ou demanda. Seu risco de oscilação é assumido pelo Poder Público, porém, só se concretiza diante da materialização de uma necessidade real de ter que arcar com o prejuízo ocorrido pela diminuição da demanda. Por outro lado, a contraprestação pública representa a assunção de um risco que pode não vir a se materializar, mas que será arcado pelo Poder Público de todo modo diante de um pagamento periódico. Atrelar o recebimento de

garantir que as **tarifas não se tornem proibitivas ou socialmente inaceitáveis** para os usuários (prezando pela modicidade das tarifas), notadamente nos casos de empreendimentos que demandem investimentos intensos pelo particular, como os de projetos *greenfield*.

Por outro lado, é bem verdade que o pagamento de parcelas pelo Poder Concedente não é novidade no ordenamento nacional, uma vez que o art. 17 da Lei nº 8.987/1995 já previu a modalidade da concessão subsidiada.

As concessões patrocinadas, assim como as concessões administrativas, encontram-se submetidas ao regime específico da legislação de PPP (Lei 11.079/2004). Além de conferir um **tratamento sistêmico e detalhado ao pagamento de contraprestações**, atrelando-as à **efetiva prestação do serviço concedido** e sobretudo ao desempenho do concessionário, a lei regrou a possibilidade de instituição de um **sistema de garantias** das obrigações públicas (ver abaixo, item III), contemplou um arcabouço de instrumentos que intentam **resguardar os interesses dos investidores**, estabeleceu regras destinadas a **minimizar os riscos políticos**, como a aplicação do índice de atualização monetária das tarifas não depende de homologação pelo Poder Público, exigiu a previsão expressa de **alocação de responsabilidades nos contratos**, e estabeleceu alguns elementos limitadores específicos, como o prazo de duração delimitado (entre cinco anos e trinta e cinco anos) ou o valor mínimo do contrato (dez milhões de reais).

Em síntese, portanto, as parcerias público-privadas, tanto em sua modalidade de concessão administrativa quanto patrocinada, apesar de denotar elementos limitadores o modelo de concessão, visa conferir **maior flexibilidade e maior segurança** para os projetos públicos - sobretudo em relação à capacidade do Estado de honrar seus compromissos. A flexibilidade se revela na abertura do leque de serviços e atividades que passaram a ser viáveis de delegação, permitindo que o Estado tenha mais um mecanismo à disposição na execução do seu papel. A maior segurança envolve o oferecimento de maiores garantias de cumprimento pelo Estado de suas obrigações, particularmente as de pagamento, conforme será tratado no Item III desse relatório.

II.3.c.1 Concessão Patrocinada do Sistema de BRT

A estruturação do modelo de contratação de BRT por meio de uma concessão patrocinada admite que o valor a ser recebido pelo particular a título de tarifa pública não será o suficiente para a remuneração dos investimentos feitos no Projeto. Com isso, cria-se a necessidade de que sejam efetuados gastos públicos, por meio do pagamento de contraprestação pública, para viabilizar a concessão. Além da

subsídio e contraprestação pública aumenta a complexidade do sistema sendo desenvolvido; porém, contanto que bem estabelecidos os critérios para sua efetuação, e resguardada a transparência do modelo, tende-se a obter um modelo com maior nível de economicidade.

contraprestação, dentre os meios de composição da renda do particular a serem arcados pelo Poder Público, estão os subsídios, receitas acessórias e aporte.

O aporte público, caso caiba no orçamento do Poder Concedente, poderá contribuir para o estabelecimento de valores de tarifa mais baixas ou até mesmo para o investimento em um transporte coletivo mais confortável, vez que se destina a bens reversíveis (v.g. pode-se direcionar os valores do investimento para construção das vias do sistema ou até mesmo para o investimento em material rodante de qualidade superior, onde seja disponibilizado, por exemplo, acesso à internet aos usuários). Apresenta, ainda, a vantagem de reduzir consideravelmente os custos financeiros do investimento, uma vez que o aporte público é pago concomitantemente ao investimento e não tem, portanto, a amortização diferida no tempo, com encargos financeiros igualmente suportados pela concessão. Apesar disso, a introdução do aporte público na modelagem depende, evidentemente, da disponibilidade dos recursos por parte do Poder Público, possibilidade que deverá ser ponderada e construída durante a modelagem.

Pois bem, conforme já mencionado e extraído da observação dos estudos de preliminares de viabilidade econômico-financeira disponibilizados, sabemos que a concessão de um sistema de BRT teria condições de se autossustentar com base em tarifas módicas a serem cobradas dos usuários finais. Assim, a princípio, não seriam necessários gastos excedentes dos cofres públicos para a viabilização do serviço.

Entretanto, a estruturação de um sistema de PPP poderia ser utilizada como meio de **materialização de políticas públicas**. O Estado, com o intuito de proporcionar causas sociais, poderia proporcionar auxílios remuneratórios como contraprestação às intervenções na regulação dos preços do serviço prestado. Tal estratégia é similar a utilizada em concessão comum subsidiada, porém, conforme será mais bem retratado, as diferenças entre os modelos se dão principalmente no que diz respeito aos riscos evidenciados nas características de cada um dos contratos.

11.3.c.2 Concessão patrocinada do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

A concessão patrocinada para a implantação de obra de engenharia, tanto ponte como túnel, pode seguir os mesmos moldes estabelecidos para o modelo individual de concessão do BRT tratado anteriormente, sendo possível a composição de renumeração tarifária por meio de diferentes formas, dentre as quais: subsídios, contraprestação pública, aporte, e receitas acessórias.

Sua aplicação e efetivação depende da disposição exigida dos cofres públicos para executar a concessão, sendo incentivado o uso de aporte para construção da obra de engenharia a ser adquirida posteriormente pela Administração, como bem reversível que demanda grande investimento inicial pelo parceiro privado.

Destaca-se, entretanto, que o art. 2.º, § 4.º, III da Lei nº 11.079/2004 impede que uma PPP tenha por objeto o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra. Seu objeto deve sempre estar associado à prestação de um serviço, o que obsta que a concessão pura de obra pública, prevista na legislação das concessões, seja objeto de uma PPP. Assim, caso se opte por instituir concessão patrocinada

para a construção de Equipamento de Travessia, mostra-se imprescindível incluir a participação do concessionário na prestação de serviços (v.g. manutenção, bilhetagem etc.).

II.3.c.3 Concessão patrocinada conjunta do Sistema de BRT e equipamento de travessia

A estrutura jurídica do modelo é muito parecida com as retratadas para o BRT e para o equipamento de travessia individualmente. Comparando-se com o modelo anterior, há aqui uma **alteração na estrutura de remuneração**. Possibilita-se a combinação de duas tarifas públicas distintas a serem recebidas pelo concessionário, além dos outros meios de receitas permitidas pela Lei nº 11.079/2004.

A estrutura parece já ter sido exitosa em concessões de sistemas de transporte de passageiros no Brasil, como na da PPP para implantação e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. O contrato reuniu, além de múltiplas tarifas (tarifa pública do metrô e tarifa pública de integração, essa cobrada de usuários utilizando ambos os serviços de metrô e ônibus), a figura da contraprestação e do aporte de recursos²⁰.

Na verdade, o precedente se inclui entre as primeiras PPPs a utilizar a figura do **aporte de recursos**. Por meio da constituição de **fundo para garantia de pagamento de contraprestação**, foi criado mecanismo por meio do qual, por meio de recursos do PAC e de empréstimos obtidos junto à Caixa Econômica Federal, viabilizou-se o pagamento de um **aporte** a curto prazo.

O sucesso da modelagem foi retratado pelo Balanço do Setor Metro-ferroviário de 2018/2019, divulgado pela Associação Nacional dos Transportadores de Passageiros sobre Trilhos (ANP Trilhos)²¹, que revelou que o metrô de Salvador foi responsável por 4,2% do desenvolvimento total de trilhos no país, e 8% na Bahia, no ano em que foi realizado.

II.3.d A Concessão Administrativa

A outra modalidade de parceria público-privada, denominada **concessão administrativa**, também é regulada por meio da Lei nº 11.079/2004. Assim, a ela também incidirá o regime jurídico geral das PPPs, bem como todas as suas feições atinentes ao sistema de garantias e limitações do modelo geral de contratação.

Como modalidade de PPP, a concessão administrativa foi especificamente prevista pelo art. 2º, §2º da Lei Federal nº 11.079/2004, sendo evidenciada como contrato de **prestação de serviços**

²⁰ O contrato de concessão está disponível em < <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/ContratoN012013TOMO01.pdf>>. Acesso em 17/05/2020.

²¹ Disponível em < <https://anptrilhos.org.br/wp-content/uploads/2019/05/anptrilhos-balancosetor-2019-web.pdf>>. Acesso em 17/05/2020.

de que a Administração Pública seja a **usuária direta ou indireta**, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Ao contrário da concessão patrocinada, a concessão administrativa pressupõe a **ausência de tarifas públicas** a serem cobradas aos usuários pelos parceiros privados. Daí por que a remuneração é **paga integralmente pela própria Administração**, por meio do pagamento de contraprestação pública e/ou de aporte.

As concessões administrativas são geralmente atreladas ao provimento de serviços que não admitem cobrança (como é o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação ou saúde, obrigatoriamente gratuitos por provimento constitucional), ou cuja cobrança, apesar de possível, não é desejável do ponto de vista da política pública que se pretende imprimir para aquele setor ou para aquele empreendimento público. A concessão administrativa permite, assim, que o Poder Público possa contar com a celeridade e expertise da iniciativa privada para execução do serviço público (ou de utilidade pública), ou ainda para a gestão da infraestrutura pública, sem contudo cobrar tarifa do usuário ou destinatário final do benefício proporcionado.

II.3.d.1 Concessão administrativa do Sistema de BRT

A implantação do Sistema de BRT por meio de uma concessão administrativa pressupõe que o Estado arque com todos os investimentos feitos pelo concessionário e todos os custos do serviço, de modo a tornar a concessão atraente para o parceiro privado e o serviço gratuito para o usuário final.

A utilização de concessão administrativa para contratação de parceiro privado que vá prestar todos os serviços abarcados na implantação de um sistema de BRT é teoricamente possível, porém, exigiria o **dispêndio de valores tão expressivos de recursos** pelo Estado, que o seu emprego é pouco provável nos tempos atuais de escassez e instabilidade dos orçamentos públicos. Ao contrário de outros serviços públicos a cargo da Administração, o sistema de BRT permite que seja recebida pelos prestadores privados uma remuneração proveniente de valor arrecadado como tarifa pública.

Contudo, a concessão administrativa de sistemas de transporte é um sistema de difícil consecução, que vem sendo estudado por países europeus com perspectivas de orçamentos públicos saudáveis a longo prazo. Aqui no Brasil o modelo (a chamada “tarifa zero”) também foi bandeira política de parlamentares e associações civis, tendo ganhado relevo nas manifestações contra o aumento dos transportes em 2013.

Tal modelo vem inclusive sendo desenvolvido pela Superintendência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Florianópolis (“SUDERF”) para a Implantação, Operação, Manutenção e

Conservação da infraestrutura de Sistema BRT na Região Metropolitana de Florianópolis²². A proposta, que parece utópica, poderia ser adotada caso fosse considerado um desmembramento maior das prestações de serviço incluídas no Sistema de BRT, valendo-se da figura de um fundo patrimonial. Nesse cenário, um serviço estruturado com concessão administrativa poderia ser integrado à prestação de outros serviços dotados de potencial remuneratório. Por este mecanismo, apenas parte dos serviços seria inteiramente bancada pelo Poder Público, e não todo o Sistema de BRT.

Por exemplo, um concessionário que ficasse responsável apenas pela prestação de bilhetagem por meio de concessão comum, receberia a sua tarifa de remuneração apenas depois de o montante total arrecadado como tarifa pública já ter sido previamente distribuído entre os outros concessionários, inclusive aqueles signatários de concessões administrativas - arcando assim com a remuneração de particular que tenha firmado concessão administrativa para fornecimento de material rodante, por exemplo.

11.3.d.2 Concessão administrativa do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

Trata-se de um modelo semelhante ao tratado acima, no qual o Poder Público seria responsável por arcar integralmente com a tarifa de remuneração dos custos do contrato firmado.

Faz-se ressalva de que, caso se opte pela construção do túnel, o dispêndio seria ainda mais alto do que o necessário para a remuneração do Sistema de BRT e que, assim como nas concessões patrocinadas, não se admite a celebração de uma PPP para o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra. O objeto do contrato de concessão, mesmo que na modalidade administrativa, deverá sempre estar associado à prestação de um serviço (cf. Art. 2.º, § 4.º, III da Lei nº 11.079/2004).

11.3.d.3 Concessão administrativa conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia

Mais uma vez trata-se de uma hipótese teórica, na qual ambos os serviços seriam custeados pelo Poder Público.

Ressaltamos mais uma vez que, embora tal alternativa seja em tese possível, ela é pouco provável, considerada (i) a saúde atual e a previsão dos orçamentos públicos para os próximos anos, bem como (ii) o fato de várias outras demandas públicas concorrerem para o emprego dos escassos recursos da Administração.

²² Projetos, estudos, audiências públicas e minutas de documentos jurídicos produzidos para a efetivação da concessão administrativa podem ser consultados em: <http://www.spg.sc.gov.br/suderf-downloads>

II.4 Comparações lógicas entre os riscos inerentes aos modelos de estruturação

Atrelada aos critérios de remuneração tarifária, apresenta-se aqui uma comparação lógica, eminentemente teórica (pois os dados econômicos e técnicos da modelagem reunidos até aqui não possibilitam outra aproximação), entre os riscos associados aos modelos jurídicos contratuais, que consubstanciam fatores importantes a serem considerados na delimitação do Projeto SCTR. É importante lembrar que, após definida a estrutura de contratação, devem ser revisitados os riscos apontados, de maneira a equacionar corretamente cada um dos riscos, em adequação ao modelo escolhido, e para que determinadas medidas de mitigação sejam individualizadas.

A princípio, extraem-se pelo menos **alguns riscos** a serem vislumbrados na implantação do Sistema SCTR, sendo que os mesmos incidirão no Projeto de forma mais ou menos incisiva de acordo com a escolha do modelo de contratação e do recorte do objeto do contrato:

Breve comparação entre os riscos, baseada na **disposição dos objetos contratuais**, é retratada na tabela abaixo, fazendo-se novamente a ressalva de que uma comparação mais robusta dependerá do refinamento dos estudos técnicos:

	BRT	Ponte	Túnel	BRT + Ponte	BRT + Túnel
Demanda	Médio para alto	Alto	Muito alto	Alto	Muito Alto
Modicidade	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Orçamento	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Engenharia	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Operação	Médio	Baixo	Médio	Médio	Alto

Como consequência lógica da escolha quanto ao **objeto da contratação**, tem-se que quanto **maior o número de atividades** abarcadas no objeto de um contrato, **maior é a quantidade de riscos** inerentes à concessão. Assim, uma contratação que abarque tanto o Sistema de BRT como o equipamento de travessia a ser construído, trará para si riscos maiores do que aqueles adquiridos por um concessionário que preste apenas o serviço de fornecimento de materiais rodantes para o Sistema de BRT (que não enfrenta por exemplo, riscos de engenharia, além de ambientais, de construção ou geológicos).

Entretanto, cabe apontar que a análise dos riscos é complexa, e deverá ser analisada em um segundo momento de acordo com toda a estrutura montada para a contratação. Os riscos de um modelo de contratação são diretamente influenciáveis entre si, além de serem reflexos das condições enfrentadas por outros contratos de concessão que influenciem na implementação de um serviço.

Ao mesmo tempo que o risco de implantação e operação de objetos contratuais mais complexos pareça maior (v.g. a implantação do Sistema de BRT conjunta com a do Equipamento de Travessia exige maior técnica além de englobar um maior número de etapas a serem cumpridas), ele pode ser mitigado pela possibilidade de concentração de responsabilidades em um só concessionário. O desmembramento de um serviço pode tornar o concessionário vulnerável a riscos de atraso na implantação e operação do objeto de seu contrato de concessão, vez que torna a devida prestação do serviço vulnerável a problemas de outros contratos de concessão. Um concessionário que opere o Sistema de BRT - e que não possa contar com a disposição de um equipamento de travessia que deveria ter sido implantado por terceiro - poderá sofrer com maiores riscos de operação e demanda, sendo esses decorrentes da disposição e desmembramento do serviço em diferentes contratos de concessão e não do objeto de contratação individualizado.

Importante também seria analisar os **riscos referentes aos modelos de contratação**. Trataremos nesse momento dos **riscos de demanda e riscos políticos**, como variáveis diretamente associadas à escolha da **estrutura** da concessão.

No que diz respeito ao **risco de demanda**, em concessões comuns cabe ao concessionário arcar com riscos ordinários, inerentes ao gerenciamento da concessão, por sua “conta e risco”, conforme art. 2º, IV da Lei 8.987/1995. Situações consideradas como ‘extraordinárias’, em que a variação extraordinária de demanda é influenciada por fatores externos que não o desempenho do concessionário na prestação do serviço, admitiriam o compartilhamento do risco com o Poder Público. Ainda que esta seja uma possibilidade, em geral o risco de demanda nas concessões comuns é alocado integralmente para o concessionário.

Em contraposição as concessões comuns, nas parcerias público-privadas é mais usual o compartilhamento do risco de demanda, bem como o regramento contratual mais minucioso e pormenorizado (por força da obrigação de divisão objetiva de riscos nas PPPs). Nas PPPs é também frequente que o Poder Concedente assumira o **compromisso de remunerar parcialmente o parceiro privado** ou, pelo menos, garantir que a ele seja entregue periodicamente um montante mínimo, caso as demais fontes mostrem-se insuficientes, por meio de contraprestação pública²³. Assim, há uma divisão objetiva de riscos de demanda maior entre as partes, que contribui muitas vezes para tornar o Projeto de PPP mais viável e seguro aos olhos do concessionário.

²³ Plamus. Plano de Mobilidade Urbana Sustentável da Grande Florianópolis. Produto 18 – Modelo de Viabilização das Alternativas Propostas. Florianópolis, março/2015, p. 27. Disponível em < <http://www.spg.sc.gov.br/visualizar-biblioteca/acoef/regiao-metropolitana/1080-313/file>> Acesso em 15/05/20.

Ainda, menor é o risco de demanda assumido pelo parceiro privado no submodelo de concessão administrativa, quando em comparação com a concessão patrocinada, já que nela o Poder Concedente assumir integralmente a responsabilidade de lidar com riscos tarifários, uma vez que a **remuneração do concessionário é dissociada da percepção de tarifa do usuário final** e é paga direta e integralmente pela Administração.

A depender do modelo adotado, poderão ser vislumbrados diferentes mecanismos destinados a mitigar o risco de demanda. Ao lado da adoção de **garantias** (no caso das PPPs), como modo de mitigar oscilações de demanda que possam vir a onerar excessivamente uma das partes, menciona-se a adoção de mecanismo de **bandas de demanda**.

Comumente adotado no âmbito de contratos de PPP, o mecanismo de bandas de demanda disciplina a divisão tanto de ônus quanto de bônus extraordinários experimentados pelas partes em função de oscilações expressivas na demanda do serviço. Caberá as partes fixar quais as porcentagens que devem classificar as oscilações como extraordinárias, sendo que variações menos expressivas são adversidades naturais do empreendimento, integram o risco do concessionário e devem poder ser absorvidas pelo fluxo de caixa da operação.

Menciona-se que os precedentes de contratação do Metrô de Salvador, VLT de Salvador, e da Linha 6 do Metrô de São Paulo fizeram a adoção de bandas de demanda em seus contratos de concessão²⁴.

Pois bem. Se o risco de demanda pode ser mais bem mitigado no regime de PPPs, o **risco político** assumido por esse tipo de contratação é muito maior do que o presente em concessões comuns. Uma vez que a sua remuneração advém integral ou parcialmente do Estado, o prestador de serviço em contratação de PPP torna-se **mais dependente de um cenário político-econômico**. Enfrenta a **incerteza de saber se a oscilação política, a troca de mandatos ou a agenda eleitoral terão influência sobre o pagamento dos valores estabelecidos no contrato**, risco que é mitigado nas concessões comuns ou em modalidades que pressupõem a menor participação de recursos públicos.

Pois bem, mesmo que se contrate uma PPP e o Poder Concedente se comprometa com o desembolso periódico destinado ao contrato de concessão, a **inserção dos gastos está sujeita a sua inserção anual em lei orçamentária**. E, mesmo que não haja contingenciamento formal questionando tais valores, o orçamento é autorizativo e não mandatário, não imputando ao Poder Executivo o dever de realizar o desembolso. Sobre o tema, já se disse:

²⁴ A título de exemplo, transcreve-se cláusula 25.4.6 e ss. do Contrato de PPP do Metrô de Salvador: “Risco de variação da demanda projetada compartilhado entre Poder Concedente e Concessionária. Caso a demanda real de passageiros esteja entre 90% e 110% da demanda projetada para o mesmo período, não haverá nenhum acréscimo ou redução à receita tarifária da Concessionária; caso a demanda real esteja entre 90% e 75% da demanda projetada para o período, a Concessionária fará jus ao recebimento de valor equivalente à diferença da receita tarifária até o limite de 90% da demanda projetada, risco assumido pela Concessionária; caso a demanda real esteja entre 110% e 125%, a Concessionária fará jus ao recebimento de 70% da receita tarifária excedente à projetada, sendo os 30% excedentes apropriados pelo Concedente e abatidos da contraprestação efetiva”.

“de que adiantaria impor à administração o pagamento de uma indenização, em função de um desequilíbrio gerado por superveniência de alguma das áleas extraordinárias, se, em estado de contenção orçamentária, a administração não tivesse como arcar com o pagamento imediato desse prejuízo que, repetimos, já fora suportado pelo concessionário?”²⁵

Desprende-se assim que o risco de não recebimento de remuneração é completamente diferente no caso de uma concessão comum e em um modelo de PPP. É inferior no primeiro, pois baseado em tarifas públicas, e aumenta gradativamente quando atrelado ao recebimento de contraprestação pública por meio do Poder Concedente.

A observância dos riscos inerentes nos mostram que os mesmos, além de variar em função dos objetos de contrato, também variam de acordo com a modalidade de estruturação escolhida para o Projeto.

Em uma comparação lógica efetuada com base nos dois fatores, nota-se que **objetos contratuais mais complexos** concentrariam uma maior quantidade de riscos para sua **implantação**, tanto no que diz respeito aos riscos diretamente causados pelo concessionário quanto aos gerados por terceiros (riscos externos à contratação). Entretanto, os riscos externos seriam mitigados em sua fase de **operacionalização**, onde há um controle maior dos serviços necessários para a consecução do Projeto derivado da unidade na prestação dos serviços (v.g. Sistema de BRT e equipamento de travessia em oposição à gestão apenas do Sistema de BRT). **Objetos contratuais mais simples**, decorrentes de um maior desmembramento de serviços integrantes do Projeto, enfrentariam, comparativamente, **riscos menores em sua fase de implementação e maiores em sua fase de operacionalização**. A alocação de serviços diferentes nas mãos de diferentes concessionários, cria entre os mesmos uma relação de interdependência para o cumprimento de suas obrigações.

No que diz respeito aos riscos referentes **ao modelo de estruturação adotado**, há grande diferença quando se considera um modelo de concessão comum ou uma PPP, e principalmente no meio de mitigá-los por meio da emissão de garantias, conforme trataremos no Item III.

Feita breve consideração a respeito da associação de riscos em conformidade com o objeto da contratação e com o modelo de estruturação a serem delimitados, prosseguiremos nossa análise, para enfim tecer conclusões parciais sobre a estruturação do Projeto.

²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 115/116

II.5 Conclusões preliminares a respeito dos modelos de estruturação aplicáveis

Após vislumbrar as particularidades de cada um dos modelos de estruturação possíveis para o Projeto, notou-se que o fator mais preponderante a ser considerado preliminarmente para o desenho do Projeto corresponde aos **limites de recursos do Orçamento** a serem disponibilizados pelo Poder Concedente para a execução do Projeto.

Independentemente de como seja efetuado o arranjo dos serviços públicos a serem prestados (por um ou mais concessionários, por meio de um desmembramento ou concentração maior de atribuições na mão de um parceiro privado etc.), **não existem óbices ou vetores jurídicos da mesma dimensão do que os condicionantes de viabilidade econômico-financeira.**

Conforme conclui-se da análise dos objetos acima, o número de arranjos jurídicos possíveis é incalculável, porém, para que seja tomada uma decisão, podem ser considerados, além do orçamento público disponível: (i) a **capacidade de geração de receita** apresentada pelos objetos do Projeto, considerando-se tanto as tarifas quanto as receitas ancilares disponíveis, (ii) a **necessidade de auxílio ou remuneração** a ser fornecida pela Administração Pública (diferenciando uma possibilidade de subsídio ou de contraprestação pública), (iii) a **caracterização ou não dos bens desenvolvidos como reversíveis**, possibilitando a figura do aporte, e (iv) os **riscos** iminentes do Projeto e seu reflexo e possível mitigação de acordo com os regimes da Lei 8.987/1995 ou o da Lei Federal nº 11.079/2004.

Passa-se agora a indicar a importância e os meios de garantia e financiamento disponíveis para aumentar a atratividade dos empreendimentos de acordo com o objeto e modalidade de contratação delineadas para o Projeto.

III DA GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PÚBLICAS

Por se tratarem de contratações de longo prazo e de grande fôlego, as concessões em geral exigem a prestação de garantias do parceiro privado e, no caso das PPPs, também do parceiro público. Em ambos os casos, a exigência de garantias destina-se a conferir maior segurança em relação ao cumprimento das obrigações de cada uma das partes, de maneira superar a eventual incerteza ou desconfiança dos envolvidos em relação a tal inadimplemento e assim ampliar a atratividade e as chances de sucesso do Projeto originalmente proposto.

Como os contratos de PPP envolvem **investimentos bastante expressivos**, em geral realizados no início do Projeto, e que serão **amortizados tão somente no longo prazo** da concessão, a **existência e a solidez da garantia** a assegurar as obrigações públicas constitui elemento de suma relevância para a atratividade desses projetos e sua conseqüente viabilização. A garantia tende a ser imprescindível em países com **histórico de frequente descontinuidade de projetos públicos**, como é o caso do Brasil, notadamente em decorrência de oscilações políticas ou de mera má fé contratual.

Em concessões comuns, a prestação de garantias pelo Poder Concedente não é usual, porque nessa modalidade contratual o Estado, em regra, não assume obrigações pecuniárias.

No que tange ao seu objeto, as garantias prestadas pelo Poder Concedente podem voltar-se a assegurar o aporte de recursos, as contraprestações para implantação da infraestrutura ou pela prestação dos serviços, bem como outras obrigações pecuniárias do Poder Concedente, tais como eventuais multas ou indenizações.

As garantias das obrigações pecuniárias devidas pelo Poder Público destinam-se fundamentalmente a delimitar um ambiente contratual revestido de **segurança jurídica** hábil a encorajar o parceiro privado a se obrigar por longo período de tempo com o Poder Público, confiando no diferimento da amortização dos investimentos que tiver realizado.

Trataremos, aqui, das linhas gerais acerca do sistema de garantias no ordenamento jurídico brasileiro, e que servirão de diretrizes para a modelagem do presente Projeto. Segue-se a isso a análise de algumas estruturas de garantias utilizadas em recentes contratações pelo Poder Público.

III.1 A função e a importância das garantias prestadas pelo Poder Concedente

As garantias nas parcerias público-privadas têm por principal escopo oferecer **confiabilidade** ao cumprimento das obrigações contratuais de caráter pecuniário do Poder Público.

A certeza de que os pagamentos ocorrerão regularmente de modo a sustentar os investimentos e gastos rotineiros do parceiro privado induz, durante a licitação, à apresentação de **preços**

mais competitivos e que não incluem o sobrepreço decorrente do receio de que as parcelas devidas não sejam quitadas regularmente pela Administração.

Além das já supracitadas vantagens das garantias aos particulares, há vantagens também ao Estado. A mais óbvia é a tendência de significativa **redução no preço final** da concessão, uma vez que este não mais estaria acrescido do sobrepreço decorrente do risco de inadimplemento ou terminação antecipada do contrato.

Há ainda ganhos menos óbvios, como a redução do risco de que os contratos firmados sejam posteriormente desfeitos e/ou prejudicados por interesses políticos ou por posteriores variações econômicas. A previsão de garantia confere ao Projeto **maior segurança jurídica e econômica**, ampliando as chances de que ele seja efetivamente levado a termo e que a utilidade pública nele prevista venha a ser fruída pela população. O Poder Concedente – em seu papel de executor do interesse público – terá certeza maior da efetiva execução contratual, culminando na entrega da infraestrutura necessária (quando a PPP pressupõe a execução de obra pública ou o fornecimento de equipamentos) e na prestação do serviço público.

São cediças as dificuldades em se obter a satisfação de créditos detidos contra entes públicos. Seja pelas restrições orçamentárias, seja pelo regime de pagamentos via precatórios, a **quitação de débitos públicos não costuma ser célere**, nem tampouco imune à burocracia própria do setor. Há ainda que se mencionar a dificuldade de execução dos créditos não pagos pelo Poder Público, submetidos ao regime de precatórios, nos termos do art. 100, *caput*, da Constituição Federal²⁶. O tamanho deste risco não é ignorável; muito pelo contrário, é notória a “tradição de mau pagador do Estado brasileiro”, tanto por motivos políticos, quanto financeiros.

Trasladada essa realidade ao contrato de concessão, a situação de inadimplemento das obrigações pecuniárias do Estado se afiguraria extremamente desastrosa. O não pagamento da contraprestação, para além dos prejuízos ocasionados ao particular, tende a comprometer a continuidade e a qualidade dos serviços. Por outro lado, a **incerteza quanto à amortização dos investimentos realizados**, quando da eventual extinção antecipada do contrato, aumentaria consideravelmente a **percepção de riscos da concessão**, o que resultaria em duas possíveis consequências: ou o risco acabaria sendo precificado na proposta dos particulares, incrementando o ônus da concessão, ou o risco seria tão elevado que nem seria possível precificá-lo, o que

²⁶ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

resultaria numa licitação deserta. Ou seja: **a ausência de garantia eficiente atinge a economicidade do Projeto, ou sua atratividade.**

Inobstante todas as vantagens que a prestação de garantias pelo Poder Concedente pode trazer para a eficiência e a economicidade do Projeto, importa ressaltar que a legislação de PPP **não tornou coercitiva a sua adoção**, conferindo ao administrador contratante a **faculdade** de constituí-la e prestá-la em cada caso (diferentemente do que ocorre em relação às garantias da execução contratual, que necessariamente devem ser concedidas pelo parceiro privado). Ainda que não seja obrigatória, a constituição de um sistema de garantias pelo Poder Concedente é frequente nas PPPs e reputadamente necessária na visão de investidores e financiadores.

III.2 A estruturação das garantias

Garantias são estruturas jurídicas de direito privado por meio das quais, diante do inadimplemento de uma obrigação, são disparados mecanismos alternativos para a satisfação do crédito inadimplido. São, portanto, ferramentas de proteção do credor diante do inadimplemento de seu crédito, ou meios alternativos de satisfação de sua pretensão de receber os recursos que lhe são devidos, conferindo maior segurança e confiança do credor de que virá a obter os valores contratualmente estabelecidos.

Assim delineadas, é evidente que, para que cumpram sua função, as garantias devem estar cercadas de algumas características, notadamente clareza (devem estar claramente identificadas e delimitadas, para que não haja dúvidas quanto à sua extensão e alcance), **eficiência** (devem constituir um meio efetivo de satisfação da expectativa do credor de receber seus recursos, diante do inadimplemento da obrigação original), **segurança** (uma vez que a instituição da garantia destina-se exatamente a reforçar a estabilidade da relação contratual original e acalmar o credor quanto à certeza de que receberá aquilo que lhe é devido, uma garantia insegura ou incerta anularia qualquer possibilidade de se atingir esta finalidade), **irreversibilidade** (quanto menos a garantia estiver imune a ingerências, ou ainda puder ser reduzida ou cancelada, maior será a sua funcionalidade) e **liquidez** (de nada adiantaria receber a garantia se ela não representasse um alívio imediato, ou quase imediato, das necessidades financeiras do credor, diminuindo sensivelmente sua utilidade para a estabilização e atratividade do negócio jurídico).

Tais características são atingidas por meio da cautelosa identificação e seleção de dois componentes da garantia: os ativos que serão a ela associados (IV.2.a) e o mecanismo de vinculação desses ativos propriamente dito (IV.2.b).

III.2.a Identificação dos ativos

A qualidade da garantia prestada dependerá, inicialmente, da **qualidade dos bens e recursos que forem utilizados como suporte da garantia**. Mesmo no caso em que a garantia não se encontra simplesmente lastreada em bens (garantias reais) mas sim em pessoas (garantias pessoais ou fidejussórias)²⁷ que assumem a obrigação de satisfazer os créditos nos casos em que o devedor original deixe de fazê-lo, é condição indispensável para a efetividade da garantia que aquele que oferece a garantia possua um **patrimônio condizente com a garantia de solvência** que prestou. Em outras palavras: se um ente garante o pagamento, dele deve ser suficientemente abastado para garantir a solvência, assim como, no caso de garantia real, o que garantirá a solvência é a **qualidade do bem** dado em garantia.

Com isso, tem-se que, para que a garantia constituída em projetos de PPP seja sólida e segura, não somente a **quantidade**, mas também e sobretudo a **qualidade** dos ativos dedicados à garantia deverá ser adequada a conferir à garantias as características referidas no item anterior (clareza, eficiência, segurança, liquidez...).

De nada adiantaria, por exemplo, a previsão de uma garantia lastreada em ativos podres do Estado, já que estes nada aportariam em termos de segurança para o credor da obrigação estatal.

III.2.b Mecanismo de garantia

Uma vez definidos os recursos que servirão à garantia das obrigações do Poder Concedente, é essencial estabelecer qual **mecanismo** servirá à alocação desses recursos e a sua **vinculação com a concessão**.

A garantia, de uma maneira geral, representa um bem ou um ato jurídico com que se assegura o cumprimento de uma obrigação. No aspecto jurídico, as garantias são de dois tipos: a) reais e b) pessoais. As **garantias reais** recaem sobre coisas, ou seja, bens móveis ou bens imóveis. No direito brasileiro temos quatro tipos de garantias reais, quais sejam: Penhor; Anticrese; Hipoteca; Alienação/Cessão fiduciária em garantia. As **garantias pessoais** também conhecidas como fidejussórias são representadas pela obrigação acessória em que uma pessoa assume perante o credor, se responsabilizando pelo pagamento da dívida, caso o devedor não pague ou não possa cumprir, total ou

²⁷ Ver a definição de garantias reais e pessoais no item abaixo, III.2.b.

parcialmente com a sua obrigação. No direito brasileiro temos basicamente dois tipos de garantias pessoais: fiança e aval.

É indissociável do propósito da garantia a existência de mecanismos que (i) **restringam a livre disposição da Administração sobre os recursos** empregados na garantia e (ii) **permitam a célere quitação do inadimplemento** do Poder Concedente. Essas providências conferem a certeza ao parceiro privado quanto à disponibilidade dos recursos quando se verificar a necessidade de execução da garantia. Asseguram, igualmente, a correta satisfação do crédito do privado, impedindo que o inadimplemento do Poder Concedente se prolongue de modo a comprometer o seu fluxo de caixa.

Assim, o desenho da garantia – que necessariamente deverá se adequar ao caso concreto – dependerá da **ponderação detida e concreta** (i) da **disponibilidade de ativos** do Poder Público concedente que poderão ser dedicados ao Projeto de concessão e (ii) do **mecanismo mais eficiente** para vincular tais ativos ao Projeto, consideradas as tradições jurídicas e contratuais do ente contratante, as características dos ativos afetados à finalidade de garantir etc.

Expostas as dificuldades para a estruturação das garantias prestadas pelo Poder Público às PPPs, passamos à análise de cada uma das modalidades previstas no art. 8º da Lei nº 11.079/2004.

III.3 O sistema de garantias previsto na Lei das PPPs

A Lei nº 11.079/2004 introduziu na ordem jurídica brasileira um novo modelo de emparceiramento entre o Poder Público e a iniciativa privada, com vistas à outorga da execução de serviços públicos, que passou a conviver com a concessão comum, regida, na esfera federal, pela Lei nº 8.987/1995.

Uma das maiores e mais importantes inovações trazidas pelo novo regime jurídico introduzido pela Lei de PPPs foi exatamente a previsão expressa de um sistema **de garantias** destinado a assegurar o adimplemento das obrigações assumidas pelo Estado em virtude da parceria²⁸.

É importante salientar que o sucesso do regime de garantias adotado na prática em projetos de PPP depende da adequada e eficiente modelagem de sua estrutura, de modo a estabelecer o

²⁸ Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, faltava ao regime da concessão comum: “*normas disciplinando o oferecimento, pelo concedente a concessionários de serviço ou de obra pública, de garantia de pagamento de adicional de tarifa. É verdade que no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente*”. Cf. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.31.

uso de mecanismos garantidores aptos a efetivamente conferir segurança, agilidade e liquidez na satisfação do crédito decorrente do inadimplemento público.

Nesse sentido, dificilmente a garantia conseguirá mitigar os riscos da concessão se tiver baixo índice de liquidez, se estiver atrelada à execução pelo regime público de precatórios ou ainda se puder ser facilmente cancelada, modificada ou diminuída. Por outro lado, a adoção de **garantias líquidas, facilmente executáveis, estáveis financeiramente e imunes às alterações político-administrativas** trará maior certeza e segurança quanto ao correto adimplemento das contraprestações estatais.

O art. 8º da Lei Federal de PPPs elenca diferentes modalidades de garantias que podem ser prestadas pelo Poder Concedente. O dispositivo está longe de ser taxativo, tanto que admite quaisquer “outros mecanismos admitidos em lei”. O sentido do art. 8º é justamente viabilizar a realização de investimentos pelo particular para a execução do objeto contratual, assegurando-lhe o recebimento das contraprestações previstas contratualmente.

A **multiplicidade de modalidades de garantias** que podem ser prestadas pelo Poder Concedente nos contratos de PPP permite a composição de diferentes sistemas e estruturas garantidoras, conferindo a flexibilização necessária para a formatação de PPPs que envolvam consideráveis fluxos financeiros, com a devida segurança, solidez e eficiência.

A composição de um sistema adequado de garantias destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público depende da ponderação concreta da adequação das modalidades de garantias à disposição do Poder Concedente, de acordo com a sua caracterização na legislação incidente sobre as parcerias público-privadas, bem como das circunstâncias concretas do caso e da Administração Pública contratante, no que tange aos seus ativos, situação financeira, capacidade de endividamento etc. Veremos, a seguir, alguns exemplos concretos de estruturação de garantias.

III.4 A operacionalização das garantias: alguns exemplos concretos

Vimos que a lei não impõe, a princípio, restrições ao oferecimento de garantias do parceiro público ao privado quanto ao adimplemento das obrigações. Pelo contrário, o art. 8º, da Lei nº 11.079/2004 é enfático ao determinar em seu inciso VI que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas por qualquer mecanismo admitido em lei, de modo que elas deverão se ajustar às avaliações econômicas, financeiras, orçamentárias e técnicas de cada projeto.

Mesmo porque a análise das modalidades propostas pelo referido art. 8º permite verificar que o rol de mecanismos apresentados pela lei confunde efetivos mecanismos de garantia com estratégias parciais ou meras indicações de procedência das garantias: (i) vinculação de receitas (desde que não

excedam os créditos orçamentários ou adicionais, nos termos do art. 167, IV da Constituição Federal²⁹); (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Diante da **imprecisão do rol constante do art. 8º da Lei de PPPs**, ao invés de tratarmos de cada uma das modalidades previstas no artigo, traremos algumas luzes sobre a utilização concreta dessas referências legais para a constituição de garantias em precedentes brasileiros de parcerias. A seleção não reflete modelos ideais ou sugeridos, mas tão somente a diversidade de exemplos que podemos identificar em experiências nacionais. É o que passamos a fazer a seguir.

III.4.a A vinculação de receitas e o travamento do fluxo de pagamento nas PPPs da Bahia

A primeira alternativa de garantia prevista no art. 8º da Lei de Parcerias corresponde à vinculação de receitas futuras a serem recebidas pelo Poder Concedente, ressalvada aquela oriunda de impostos (inciso IV do art. 167 da Constituição Federal).

A lei se refere à possibilidade de se afetar receitas específicas ao pagamento das obrigações assumidas pela Administração em seus contratos de PPP. A mera afetação, contudo, não é suficiente para a constituição de uma garantia. Será ainda necessário o estabelecimento de um dispositivo contratual apto a realmente permitir que as receitas eventualmente afetadas a um determinado projeto possam ser excutidas (retiradas a força do patrimônio do devedor) e possam vir a integrar o patrimônio do credor. Ou seja, a vinculação de receitas corresponde à afetação de um ativo determinado ao Projeto, mas não consubstancia ferramenta capaz de satisfazer a pretensão do credor.

Assim, muito embora tenha o condão de assegurar o adimplemento da obrigação, a vinculação de receitas não se reveste dos caracteres de uma garantia típica e, em alguns casos, acabará funcionando meramente como instrumento de consecução de garantias (como alimentadora de fundos garantidores, por exemplo).

A vinculação de receitas poderá ser promovida legalmente ou contratualmente. A previsão legal confere, evidentemente, maior estabilidade e irreversibilidade à afetação dos recursos, mesmo porque há receitas que não podem ser afetadas a não ser por meio de autorizativo legal.

²⁹ “Art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

Uma vez afetadas, as receitas necessitarão de uma destinação específica, como forma de assegurar sua disponibilidade e apartá-las da conta única ou de outras receitas do ente público contratante. O mais comum é a utilização de **contas vinculadas**, nas quais as receitas são depositadas e geridas de acordo com o que dispõe o contrato de PPP. Para tanto, é frequente a celebração de um **contrato de administração** com um agente financeiro, responsável por acompanhar o fluxo de pagamentos e transferir as receitas para o concessionário. É possível, ainda, que esta segregação seja ainda acompanhada da utilização de **penhor ou mesmo de fundos garantidores ou fundos especiais** que passam a ser integralizados com essas receitas.

São exemplos de receitas que têm sido vinculadas à constituição de garantias em contratos de PPP os recursos recebidos por Estados e Municípios através do **Fundo de Participação dos Estados (FPE)** e no **Fundo de Participação dos Municípios (FPM)**, respectivamente.

Convém consignar, por oportuno, decisão recente do Supremo Tribunal Federal na **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 553**, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, e que vem gerando debates no setor de infraestrutura, assim como nos Estados e Municípios brasileiros sobre o tema dos repasses via FPE e FPM.³⁰ Formalmente a decisão do STF **não invalida ou macula garantias prestadas por Estados ou Municípios, fundadas, por exemplo, na vinculação ou na cessão fiduciária de seus fluxos de FPE ou FPM**. Isso porque, embora a decisão em ADI tenha efeitos gerais, tais efeitos se restringem ao objeto de julgamento, ou seja, à vinculação de parcela do FPE para fundo específico, na forma realizada pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, a argumentação dos ministros poderá implicar em potencial impacto na estruturação e oferta de garantias em projetos de infraestrutura.³¹ Assim, até que o

³⁰ STF-ADI: 553 RJ – RIO DE JANEIRO 0001143-53.1991.1.00.0000, Relator: Min. Carmen Lucia, data de julgamento: 16/06/2018, Tribunal Pleno. Data da publicação: DJe-030 14/02/2019).

Na ação, o governo estadual requeria o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 226, parágrafo 1º, da Constituição do Rio de Janeiro, que contemplava a destinação de no mínimo 10% (dez por cento) dos recursos provenientes do Fundo de Participação dos Estados (FPE), garantidos na Constituição Federal (art. 159, inciso I), para compor o fundo estadual de desenvolvimento. A Constituição Estadual ainda contemplava ainda a previsão de que 20% desse valor seria destinado a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte. A ação questionava igualmente a previsão de repasse destes recursos, pelo prazo de 10 anos, para projetos de infraestrutura em todo território fluminense (art.56 ADCT).

A decisão do Plenário, que acompanhou o voto da relatora da ação, ministra Cármen Lúcia (presidente), ponderou que **o inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal veda expressamente a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa, como ocorreu no caso da legislação estadual ao criar o Fundo de Desenvolvimento Econômico do RJ**. Os argumentos que levaram ao reconhecimento da inconstitucionalidade da previsão carioca se basearam nos argumentos de que (i) a vedação do ar. 167, inc. IV, tornaria impossível alterar a finalidade de um imposto por meio de lei estadual e (ii) admitir tal procedimento equivaleria permitir violação do princípio de separação de poderes, já que Assembleia Legislativa do RJ teria usurpado competência do chefe do poder Executivo de legislar sobre matéria orçamentária e tributária, especialmente em relação à criação de fundos públicos.

³¹ A preocupação se justifica porque a argumentação do STF traçou um paralelo, em abstrato, entre a vinculação do repasse de recursos através de FPE e a vedação à vinculação da receita de impostos, acima mencionada, sinalizando

posicionamento do STF sobre a extensão do tema seja convenientemente esclarecido, conferindo-lhe maior previsibilidade e segurança, não se pode deixar de reconhecer o impacto da decisão proferida na referida ADI no desenvolvimento de estruturas de garantia prestadas pelos entes da federação em contratos de PPPs.

Um precedente relevante advém das várias PPPs celebradas pelo **Estado da Bahia**, que foram fortalecidas por **mecanismo de travamento de fluxo do pagamento e de garantia que foi paulatinamente colocado em prática e sofisticado pelo Governo da Bahia**.

O sistema de pagamento e garantia é lastreado em **3 instrumentos distintos**: além do **contrato de concessão**, a Bahia ainda garantiu a **destinação das receitas em lei** e contemplou todas as obrigações de custódia dos recursos, garantia e pagamento em um **contrato celebrado com instituição financeira oficial**, que permitia a administração da conta vinculada de maneira independente de autorização ou consenso do Poder Concedente.

A **vinculação de receitas** para projetos de PPP foi promovida nos art. 16, II, da Lei Estadual n.º 9.290/2004 e art. 1º, da Lei Estadual n.º 11.477/2009³²).

que poderia, caso se deparasse com situação de vinculação de FPE ou FPM para garantia de contratos ou projetos, entender pela vedação à vinculação e anular o instrumento amplamente utilizado no país.

Esse novo entendimento vai na contramão daquilo que vinha sendo realizado nos projetos de infraestrutura e nos contratos de financiamento aos entes públicos, posto que em ambas as hipóteses era praxe a vinculação de tais fluxos de receita à garantia ou pagamento das obrigações contratuais. O entendimento era de que os repasses via FPE e FPM, por não serem frutos de uma destinação específica estabelecida em lei instituidora de impostos, seriam, então, meras receitas financeiras, decorrentes de norma orçamentária, não importando se originalmente os montantes fossem constituídos de parcela de arrecadação de impostos pela União. Da análise do acórdão constata-se que os precedentes citados pelos ministros não tratam de casos semelhantes, mas se referem a situações de vinculação de impostos estabelecidos em leis que os instituíram. Ou seja, quer nos pareceres que o STF se equivocou no julgamento, utilizando-se de precedentes não aplicáveis à matéria que estava em discussão. A relevância do tema foi aparentemente subestimada pelos ministros, na medida em que poucos abordam a discussão da natureza do repasse e, ainda assim, de forma superficial, quando o fazem.

³² Legislação de referência:

- Art. 8º, I, da Lei Federal n.º 11.079/2004

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal”;

- Art. 16, II, da Lei Estadual n.º 9.290/2004

“Art. 16 - As obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto do contrato, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, poderão ser garantidas através de: (...)

II - vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da CIDE - Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal”;

O Contrato de Nomeação de Agente de Pagamento e Administração de Contas, cuja minuta constava do edital de concessão e que deveria ser celebrado até a data de assinatura do Contrato, estabelecia o mecanismo de pagamento da contraprestação e de vinculação das receitas do FPE como mecanismo de pagamento ao concessionário.

III.4.b A cessão fiduciária de cotas de Fundo de Investimento Imobiliário (PPP do VLT do Rio de Janeiro)

Na PPP do VLT (Veículo Leve sobre Trilhos) carioca, a cláusula de garantias prevê o seguinte:

“20.1. Garantia de Pagamento da Contraprestação Pecuniária e da realização do Aporte Público. Em garantia ao cumprimento das obrigações a assumidas neste Contrato, o Poder Concedente outorgará à Concessionária a Garantia Pública.

20.1.1. A Garantia Pública será prestada pelo Fundo de Investimento Imobiliário de propriedade da CDURP.

20.1.2. A Garantia Pública poderá ser acionada pela Concessionária ou pelo seu(s) Financiador(es) caso o pagamento da Contraprestação Pecuniária não seja realizado, total ou parcialmente, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento”.

O sistema de garantias da PPP do VLT é lastreado na criação de um **Fundo de Investimentos Imobiliário (FII - VLT)**, com patrimônio líquido mínimo de R\$ 40.000.000,00 (quarenta

-
- Art. 1º, da Lei Estadual n.º 11.477/2009

“Art. 1º - Para fins de adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e por entidades da sua administração indireta em contratos de parceria público-privada, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Estadual nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, fica o agente financeiro responsável pelo repasse dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) autorizado a efetuar a transferência do valor correspondente a 12% (doze por cento) dos recursos financeiros oriundos desse Fundo, destinados ao Estado da Bahia, à DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A., pessoa jurídica de direito privado, constituída como sociedade anônima de capital fechado, conforme autorização da Lei Estadual nº 2.321, de 11 de abril de 1966.

Parágrafo único - A DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. deverá manter os recursos que lhe sejam transferidos na forma do caput deste artigo segregados dos demais recursos de sua titularidade, em conta corrente específica a ser aberta no agente financeiro responsável pelo repasse dos recursos do FPE, destinando-os, exclusivamente, ao adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e suas entidades da administração indireta em contratos de parceria público-privada, sob pena de responsabilização dos seus administradores, nos termos da lei, podendo a DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. autorizar o agente financeiro a transferir os recursos diretamente à conta do concessionário, conforme disposto nos contratos de parceria público-privada”.

milhões de reais), valor que não poderá ser reduzido ao longo de todo o contrato. O valor garante não apenas o pagamento da Contraprestação Pecuniária prevista no Contrato, como também o Aporte Público.

As quotas do FII VLT foram objeto de **cessão fiduciária** pela CDURP em favor do concessionário, com a proibição de alienação ou oneração da CDURP das demais cotas de sua propriedade do Fundo de Investimentos Imobiliário até o pagamento integral das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Concedente. O contrato também condicionou (i) decisões de investimentos; (ii) substituição do administrador do FII VLT; e (iii) política de distribuição de resultados do cotista CDURP à **aprovação prévia do concessionário**.

III.4.c A combinação de fiança e penhor sobre cotas de Fundo exclusivo junto a Companhia Garantidora: o exemplo da PPP da Linha 4 – Amarela e Linha PPP da Linha 6 – Laranja, ambas do Metrô Estado de São Paulo

A garantia da Linha 4 - Amarela foi consubstanciada por meio da **fiança oferecida pela CPP - Companhia Paulista de Parcerias**, que se constituiu garante das obrigações do Poder Concedente, cumulada com o **penhor sobre cotas de um fundo criado especificamente com esta função**. Ou seja, o mecanismo de garantia, nesse caso, combinou uma garantia pessoal com uma garantia real.

Nesse fundo foram injetados recursos para garantir a financiabilidade do projeto, para garantir não apenas a contraprestação pecuniária do Estado, mas também multas contratuais decorrentes do inadimplemento das obrigações do Poder Concedente. Trata-se de um fundo exclusivo da Linha 4-Amarela que depois do cumprimento das obrigações pelo Estado, poderá ser utilizado em outros projetos de PPP, exclusivo para São Paulo.³³

³³ Conforme as cláusulas 6 e 11 do Contrato:

“6.1. A remuneração da CONCESSIONÁRIA será composta pelas seguintes parcelas:

Parcela A: RECEITA TARIFÁRIA obtida por meio de tarifa de remuneração fixada em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos) por passageiro transportado, na data base de 1º de fevereiro de 2005 (TARIFA DE REMUNERAÇÃO), observada a Cláusula Oitava.

Parcela B: Contraprestação pecuniária devida pelo PODER CONCEDENTE (CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA), a ser paga, em duas etapas (...)

6.1.1. O fiel e pontual pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA será garantido pela Companhia Paulista de Parcerias (CPP), até o limite total de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), que, por sua vez, será reajustado periodicamente na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO, a partir da data base correspondente ao 1º dia do mês da apresentação das propostas relativas à licitação da CONCESSÃO.

6.1.2. A garantia assim prestada compõe as OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS de responsabilidade da CPP e está abrangida pelo PENHOR constituído nos termos do item 11.14 da Clausula Décima Primeira. (...)

*11.14. Para **garantia da fiança** prestada em relação às OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS, a CPP constituirá em até 30 (trinta) dias da assinatura do presente contrato o **penhor sobre títulos da dívida pública federal e/ou sobre quotas do***

A garantia prevista na cláusula 52 do contrato de PPP referente à Linha 6 – Laranja do Metro Paulista contempla previsões bastante semelhantes³⁴.

Assim, na hipótese de inadimplemento por parte do Poder Concedente no pagamento da contraprestação pecuniária, o concessionário poderá executar a fiança prestada pela CPP. Não ocorrendo o pagamento espontâneo pela CPP, o **concessionário poderá solicitar diretamente ao Banco do Brasil, na condição de Agente de Garantia**, o resgate de tantas cotas do fundo quantas necessárias para satisfação da obrigação inadimplida.

III.4.d Cumulação de penhor de títulos da dívida pública com seguro-garantia: o caso da PPP de Escolas de Belo Horizonte

No sistema de garantidas da PPP de Escolas de Belo Horizonte, foram previstas duas ordens de garantias do Poder Concedente. A primeira correspondia à inadimplência corrente e usual de contraprestações públicas, e destina-se a garantir o fluxo de caixa do concessionário no caso de um inadimplemento pontual do Poder Público. A segunda ordem de garantia visava três eventos: (i) a recomposição imediata da garantia de inadimplência, caso executada; (ii) o pagamento das indenizações na hipótese de rescisão do Contrato e (iii) o pagamento da totalidade da contraprestação mensal e da

Fundo de Investimento lastreado em títulos da dívida pública federal, cujo valor total será de R\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de reais), acrescido do mesmo reajuste aplicável à TARIFA DE REMIUNERAÇÃO, na data do vencimento das OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS (PENHOR)". Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>>. Acesso em 15/05/2020.

³⁴ Conforme a cláusula 52 do Contrato:

"52.1. O Poder Concedente obriga-se a assegurar os recursos orçamentários necessários ao pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA e do APORTE DE RECURSOS, conforme estabelecido na Clausula Sexta, item 6.3 deste CONTRATO, incluindo na proposta orçamentária anual dotação específica, vinculada à Secretaria dos Transportes Metropolitanos, em valor suficiente para suportar o pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA para o exercício subsequente, bem como vetar alterações na referida proposta que reduzam ou restrinjam a dotação destinada ao pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA e não efetuar contingenciamento de tais recursos

52.2. A Companhia Paulista de Parcerias – CPP assume neste ato, em caráter irrevogável e irretroatável, a condição de fiadora solidariamente responsável pelo fiel cumprimento da obrigação imputável ao PODER CONCEDENTE, no que se refere, exclusivamente, ao pagamento do valor correspondente a 6 (seis) prestações mensais da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Obrigação Solidária), que vigorará, de acordo com os limites e condições estabelecidos nesta Clausula, a partir do início da OPERAÇÃO COMERCIAL ou da OPERAÇÃO COMERCIAL ANTECIPADA, plena ou parcial, até liquidação final, pelo PODER CONCEDENTE, da última parcela da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, renunciando expressamente ao benefício previsto no artigo 827 do Código Civil."

*52.3. A Obrigação Solidária será assegurada mediante **penhor, instituído nos termos do artigo 1.431 do Código Civil Brasileiro (Garantia Real)**, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da assinatura do CONTRATO, sobre cotas do Fundo de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado "BB CPP PROJETOS", da qual é cotista exclusiva, inscrito no CNPJ sob o nº 17.116.243/0001-92, doravante denominado FUNDO, administrado pela BB DTVM". Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>> . Acesso em 15/05/2020.*

contrapartida pelo investimento na obra e de indenizações devidas pelo Poder Concedente, até o limite estabelecido no contrato³⁵.

As duas ordens de garantias seriam oferecidas pela PBH Ativos, sociedade criada pela Lei Municipal nº 10.003/2010, a qual assumiu a obrigação de manutenção dos níveis de garantias. O Contrato admitia a constituição de garantia por meio de **caução em dinheiro ou penhor de títulos da dívida pública federal**, para a primeira garantia e **fiança bancária ou seguro-garantia** junto ao banco fiador para a segunda garantia.

Quanto à **segunda garantia**, o Contrato admitia ainda a possibilidade de **substituição total ou parcial da garantia por meio da constituição de penhor de créditos detidos pelo Poder Concedente perante a Copasa MG**, Companhia de Saneamento de Minas Gerais. Admitia, igualmente, a substituição da garantia por **dação em garantia de quotas de fundo de investimento** cuja carteira seria composta por ativos de alta liquidez e baixo risco, devidamente registrado perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM e administrado e gerido por instituição financeira de primeira linha, entendida como aquela que tenha patrimônio líquido mínimo de R\$5.000.000.000,00 (cinco bilhões de Reais).

Os exemplos aportados não refletem, necessariamente, alternativas de garantia viáveis ou desejáveis para o Projeto ora discutido. Destinam-se tão somente a ilustrar a diversidade de garantias que podem ser desenhadas no contexto brasileiro. Indicam, ainda, o quão indispensável será desenhar a garantia de maneira aderente às possibilidades econômicas do Estado e às necessidades de atratividade e economicidade do Projeto. Por este motivo, o desenho das garantias é uma das atividades que deverá necessariamente estar incluída no Termo de Referência dos consultores responsáveis pela modelagem do Projeto.

³⁵ “34.1 O PODER CONCEDENTE constituirá as seguintes garantias em favor da CONCESSIONÁRIA:

34.1.1 garantia no valor de 6 (seis) parcelas referentes ao VALOR MÁXIMO DE CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL e da CONTRAPARTIDA PELO INVESTIMENTO NA OBRA devido à CONCESSIONÁRIA, no caso de sua inadimplência no curso do CONTRATO.

34.1.2 garantia no limite inicial de R\$127.000.000,00 (cento e vinte e sete milhões de Reais), destinada a assegurar: (i) a recomposição imediata da garantia de que trata a subcláusula 34.1.1, caso seja executada; (ii) o pagamento das indenizações na hipótese de rescisão do CONTRATO, na forma da cláusula 43 ou de sua anulação conforme cláusula 44; e, ainda, (iii) o pagamento da totalidade da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL e da CONTRAPARTIDA PELO INVESTIMENTO NA OBRA e de indenizações devidas pelo PODER CONCEDENTE, cujo valor será corrigido anualmente com base no IPCA, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>>. Acesso em 15/05/2020.

IV PROGRAMAS DE FINANCIAMENTO DA MOBILIDADE URBANA

Independentemente da estrutura de modelagem a ser delimitada, tem-se que o montante de investimento inicial dos empreendimentos a serem implantados é elevado. Desse modo, a fim de garantir a sustentabilidade econômica do Projeto, o concessionário poderá pleitear o ingresso em programas de financiamento nacionais ou internacionais.

Desse modo, não obstante o tema do financiamento do Projeto não estivesse no escopo do termo de referência, tomamos a liberdade de listar abaixo alguns dos principais programas de financiamento disponíveis para o Projeto STCR, com o objetivo de informar os futuros consultores do Projeto e o concessionário sobre suas possibilidades de escolha, sem prejuízo de outros não mencionados, mas que eventualmente possam ser elegíveis.

IV.1 Programas de financiamento nacionais

IV.1.a BNDES Finem - Mobilidade urbana

O BNDES FINEM – Mobilidade urbana é a principal linha de financiamento oferecida pelo Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES no setor de transporte coletivo e mobilidade urbana, prevendo financiamento a partir de R\$ 10 milhões para projetos de investimentos de interesse público voltados à mobilidade urbana.

Podem solicitar o financiamento as empresas sediadas no Brasil, empresários individuais (pessoa física ou jurídica), associações e fundações, desde que para a realização de **investimentos em regime de concessão, permissão ou autorização administrativa ou mediante delegação legal**, bem como entidades e órgãos públicos.

Em relação ao **objeto**, são financiáveis estudos e projetos; obras civis; montagens e instalações; móveis e utensílios; treinamento; despesas pré-operacionais; máquinas e equipamentos nacionais novos credenciados no BNDES; e máquinas e equipamentos importados sem similar nacional, dentre outros. A lista completa de itens financiáveis está disponível no Glossário de Itens Financiáveis do BNDES Finem³⁶.

³⁶Glossário de Itens Financiáveis do BNDES Finem. Disponível em <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/52603e4e-407a-4cc4-8122-e0d4419e59fd/BNDES-Finem-itens-financiaveis.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IGVAvR6>>. Acesso em 17/05/2020.

Para ser selecionado, o Projeto deve estar de acordo com os **objetivos de racionalização econômica e desenvolvimento socioambiental**, incluindo elementos como: redução dos custos totais do sistema de transportes; priorização das modalidades de maior capacidade e menor custo operacional; privilégio do transporte coletivo sobre o individual; integração tarifária e física, com redução do ônus e do tempo de deslocamento para o usuário; acessibilidade universal, inclusive para pessoas com mobilidade reduzida, pedestres e ciclistas; utilização de tecnologias mais adequadas, buscando melhores condições de conforto e segurança; aprimoramento da gestão e da fiscalização do sistema, de forma a fortalecer a regulamentação e reduzindo a informalidade; redução dos níveis de poluição sonora e do ar, do consumo energético e dos congestionamentos; e requalificação urbana das áreas do entorno dos projetos.

O pré-requisito para a solicitação do apoio financeiro é a **habilitação perante o BNDES**, que requer uma análise cadastral. Apenas após a habilitação o Banco avaliará a proposta de financiamento.

Uma vez habilitada, a pessoa física ou jurídica pode solicitar o crédito de duas maneiras: Apoio Direto e Apoio Indireto. No Apoio Direto, a solicitação é feita diretamente ao BNDES, enquanto no Apoio Indireto a solicitação é realizada por meio de instituição financeira credenciada pelo BNDES.

Nas operações diretas, a Taxa de Juros é composta pelo Custo Financeiro, pela Remuneração do BNDES (1,3% ao ano) e pela Taxa de Risco de Crédito. Já nas operações indiretas, a Taxa de Juros é composta pelo Custo Financeiro, pela Taxa do BNDES (1,45% ao ano) e pela Taxa do Agente Financeiro (negociada entre a instituição e o solicitante do financiamento). As garantias também são negociadas diretamente com o financiador, seja o próprio BNDES, no caso do Apoio Direto, seja a instituição financeira credenciada para a prestação do Apoio Indireto.

O BNDES financia **até 90% do valor total** do Projeto para Estados e Municípios e até 80% para os demais clientes, com **prazo máximo de 34 anos**. Esse prazo compreende o prazo de carência e o prazo de amortização e é determinado em função da capacidade de pagamento do empreendimento, do cliente e do grupo econômico.

IV.1.b Caixa Econômica Federal - Programa Pró-Transporte

A Caixa Econômica Federal (“CEF”) apresenta **linha de financiamento de longo prazo** no setor de mobilidade urbana por meio do **programa de financiamento Pró-Transporte**, cujos recursos são oriundos do FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O Pró-Transporte, é regulamentado pela Instrução Normativa nº 27/2017, e gerido pelo Ministério das Cidades.

Em conformidade com a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e da Política Setorial de Transporte e Mobilidade Urbana, esta linha de financiamento tem o objetivo de propiciar o aumento da mobilidade urbana, da acessibilidade, dos transportes coletivos urbanos e da eficiência dos prestadores de serviços, de maneira a garantir o retorno dos financiamentos concedidos e conferir maior alcance social às aplicações do FGTS. Neste sentido, o programa permite financiar a **implantação, ampliação,**

modernização e/ou adequação da infraestrutura dos sistemas de transporte público coletivo urbano, incluindo-se obras civis, equipamentos, investimentos com tecnologia, sinalização e/ou aquisição de veículos e barcas e afins.

São elegíveis para pleitear o apoio tanto os entes públicos, como Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos públicos gestores; quanto **entidades privadas**, tais como **concessionários de transporte público**, permissionários de transporte coletivo urbano e SPEs, e detentores de contrato de permissão ou de autorização.

O ingresso no programa depende de participação em **processo seletivo** aberto pelo Ministério das Cidades. O candidato deve encaminhar à Superintendência Regional o Pedido de Financiamento (Carta Consulta), com a documentação necessária à avaliação técnica do empreendimento e à avaliação de risco de crédito.

No caso de o proponente ser o Estado, Município ou Distrito Federal, a contratação está condicionada: (i) à obtenção de autorização de endividamento dada pela Secretaria do Tesouro Nacional; (ii) à verificação da regularidade cadastral do proponente; (iii) à aprovação da operação pelas instâncias competentes da Caixa; e (iv) à seleção da Carta Consulta pelo Ministério das Cidades.

Quanto ao setor privado, a contratação está condicionada: (i) à verificação da **regularidade cadastral** do proponente; (ii) à **aprovação da operação** pelas instâncias competentes da Caixa; e (iii) à **seleção da Carta Consulta** pelo Ministério das Cidades.

Uma vez aprovado o financiamento, ele será efetuado através de parcelas, mediante comprovação, por técnicos da Caixa, das etapas físicas executadas. As prestações são mensais, calculadas pelo Sistema Francês de Amortização – Tabela Price – e o saldo devedor é reajustado pelo mesmo índice e pela mesma periodicidade de atualização dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

No Pró-Transporte há, ainda, a previsão de **contrapartida**, que corresponde à complementação do valor necessário à execução do contrato, podendo ser constituída por recursos próprios e/ou de terceiros ou bens e serviços economicamente mensuráveis, e equivalente a, no mínimo, **5% do valor total** do investimento.

O prazo máximo de carência corresponde ao prazo previsto para execução de todas as etapas previstas para cumprimento do objeto, contado a partir da data de assinatura do contrato de financiamento, limitado a 48 meses e o prazo de **amortização é de até 20 anos**.

São encargos do programa: (i) juros mensais com a **taxa nominal anual de 6%**, sendo que, para as ações financiáveis do sistema de transporte sobre trilho, a taxa de juros é de 5,5% ao ano; (ii) taxa de risco de crédito é definida conforme conceito de risco de crédito emitido pela Caixa para cada operação, limitada a 1% a.a., incidente sobre o saldo devedor do contrato; (iii) remuneração da Caixa equivalente a até 2% a.a., incidente sobre o saldo devedor; (iv) tarifas operacionais e de análise

O saldo devedor é reajustado pelo mesmo índice e pela mesma periodicidade de atualização dos saldos das contas vinculadas ao FGTS.

IV.1.c BADESC Sistema Viário

A Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina S.A. – BADESC é uma sociedade de economia mista, de capital autorizado, criada pela Lei nº 4.950/1973, cujo objetivo é promover o desenvolvimento econômico e social do Estado de Santa Catarina através da execução da política estadual de desenvolvimento econômico e o fomento das atividades produtivas por meio de operações de crédito com recursos próprios e dos fundos institucionais, bem como por aqueles oriundos de repasses de agências financeiras nacionais e internacionais.

Dentre as linhas de crédito do BADESC destinadas ao setor público, existe o **Programa BADESC Sistema Viário**, que oferece financiamentos de médio e longo prazo para o apoio da realização de **obras de infraestrutura e melhoria dos serviços** nos Municípios do Estado de Santa Catarina, a fim de promover o crescimento econômico e a geração de emprego e renda à população catarinense.

O BADESC Sistema Viário, portanto, financia projetos de engenharia, construção de viadutos, pontes, trapiches, passarelas, implantação de sinalização viária, abrigos de ônibus, pavimentação, urbanização e arborização de vias urbanas, drenagem pluvial, terminais rodoviários e passeios públicos.

Para pleitear o ingresso no programa, o ente público deve: (i) apresentar **plano** que demonstre as reais condições de melhoria da gestão e arrecadação fiscal, em decorrência da execução do plano de investimentos; (ii) demonstrar **capacidade de endividamento e de pagamento** de acordo com as legislação; (iv) dispor de **dotação orçamentária**.

Esta linha de crédito pode financiar **até 100% do valor do investimento**, com prazo de carência mínimo de 9 meses e máximo de 12 meses. As prestações têm o prazo de até 36 meses, com encargos de **5,5% a.a. + SELIC**. Os Municípios com Índice de Desenvolvimento Humano - IDH igual ou inferior a 90% do índice médio do Estado terão reduzida em 50% a remuneração básica do programa.

As operações de empréstimo aos Municípios serão garantidas pela vinculação das cotas partes do ICMS ou FPM que couberem à prefeitura, por meio de procuração com poderes irrevogáveis, estabelecida a favor do BADESC, cujos poderes deverão receber a prévia autorização da Câmara Municipal. Caso as cotas do ICMS e FPM sejam insuficientes para fazer face aos compromissos, o BADESC comunicará o fato ao Município, solicitando providências para o pagamento imediato com recursos de outras origens. No que tange o índice de garantia deste programa, o valor retido de ICMS da PM é igual ao valor a ser liberado pelo BADESC.

IV.2 Programas internacionais de financiamento

IV.2.a IFC – International Finance Corporation

A Internacional Finance Corporation – IFC, ou, em português, Corporação Financeira Internacional, é a instituição do Grupo Banco Mundial responsável por promover o desenvolvimento econômico mediante **incentivo ao empreendimento privado produtivo nos países em desenvolvimento**. Em função disso, a IFC investe seu capital e conhecimento técnico para o desenvolvimento de infraestruturas públicas, incluindo o setor de transportes. Sendo o membro do Grupo Banco Mundial especializado no investimento no setor privado, a IFC financia os concessionários em projetos de concessão e parcerias público-privadas, entre outros.

Especificamente em relação ao setor de transportes, a IFC apoia o desenvolvimento da infraestrutura de transporte em mercados emergentes por meio de serviços de investimento e consultoria, incluindo parcerias público-privadas (PPPs), fornecendo conhecimento técnico interno em procedimentos licitatórios, e nos setores de engenharia, finanças, compras, gerenciamento de riscos, bem como padrões sociais e ambientais. O foco da IFC é **promover projetos que reduzem os custos de transporte, aliviam gargalos, facilitam o comércio internacional e criam empregos** por meio de atualizações de eficiência e modernização, que são essenciais para o desenvolvimento e crescimento econômico.³⁷

A IFC investe em projetos do setor privado através de diferentes tipos de auxílio financeiro que permitem às empresas o melhor gerenciamento de riscos e a ampliação do seu acesso aos mercados de capital estrangeiros e domésticos. Os produtos financeiros oferecidos incluem: (i) **empréstimos**: a IFC oferece empréstimos a taxas fixas e variáveis, normalmente por um período de sete a 12 anos; (ii) **empréstimos sindicalizados**: através do Managed Co-Lending Portfolio Program (MCLPP), um novo processo de sindicalização, permite que investidores externos participem da carteira de empréstimos seniores da IFC, de modo que a instituição atua como catalisador para levantar recursos de fontes nacionais e internacionais; (iii) **participações acionárias**: a IFC investe diretamente e por meio de fundos de *private equity*, oferecendo capital para crescimento de longo prazo; (iv) **financiamento estruturado**: utiliza produtos de financiamento estruturado com ênfase em soluções de longo prazo, em moeda local, e no acesso a mercados de capital locais; (v) **financiamento em moeda local**: oferece financiamento em moeda local por meio de empréstimos, swaps, garantias, mecanismos de compartilhamento de riscos e produtos securitizados; (vi) **financiamento ao comércio exterior**: a IFC emite garantias de crédito, proporcionando liquidez para fluxos comerciais por meio de uma rede de mais de 590 parcerias em 86 países.³⁸

³⁷ Para mais informações, ver: INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Dezembro, 2015. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81eebed9-5507-424d-9bfa-e3a6e60a1d61/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES&CVID=la1X4au>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

³⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Departamento para a América Latina e o Caribe. Equipe de Comunicações. CRIANDO MERCADOS, CRIANDO OPORTUNIDADES: A IFC na América Latina e no Caribe. Dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/cea0608d-cd47-4b3a-be59-389cb2cf8642/IFC_LAC_Brochure_2017_POR.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mbgghYy>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

São elegíveis para o financiamento pela IFC os projetos que: (i) estejam localizados em um país em desenvolvimento membro da IFC; (ii) sejam do setor privado; (iii) sejam tecnicamente corretos; (iv) tenham boas perspectivas de lucratividade; (v) beneficiem a economia local; e (vi) sejam ambiental e socialmente adequados, satisfazendo os padrões ambientais e sociais tanto da IFC, quanto do país anfitrião.³⁹

Muito embora a IFC não financie diretamente micro, pequenas e médias empresas, nem empreendedores individuais, muitos dos seus clientes de investimento são intermediários financeiros que emprestam para empresas menores.

Para pleitear o financiamento pela IFC, é necessário que a empresa submeta uma **Proposta de Investimento** (“*Investment Proposal*”). Uma Proposta de Investimento deve conter as seguintes informações:⁴⁰

- i. Breve descrição do projeto;
- ii. Informações sobre patrocínio, gerenciamento e assistência técnica, o que inclui: (i) história e negócios dos patrocinadores, incluindo informações financeiras; (ii) arranjos propostos para a administração, nomes e currículos dos gerentes; (iii) descrição de acordos técnicos e outras assistências externas (nos campos de gerenciamento, produção, marketing, finanças, etc.);
- iii. Dados sobre mercado e vendas, que compreendem: (i) volumes de produção projetados, preços unitários, objetivos de vendas e participação de mercado do empreendimento proposto; (ii) usuários em potencial de produtos e canais de distribuição a serem usados; (iii) fontes de suprimento de produtos; (iv) concorrência futura e possibilidade de que o mercado possa ser satisfeito por produtos substitutos; (v) proteção tarifária ou restrições de importação que afetam os produtos; (vi) fatores críticos que determinam o potencial do mercado;
- iv. Informações sobre viabilidade técnica, mão de obra, recursos de matérias-primas e ambiente, tais como: (i) comentários sobre complexidades técnicas especiais e necessidade de conhecimento e habilidades especiais; (ii) possíveis fornecedores de equipamentos; (iii) disponibilidade de mão de obra e de instalações de infraestrutura (transporte e comunicação, energia, água, etc.); (iv) repartição dos custos operacionais projetados por principais categorias de despesas; (v) fonte,

³⁹ IFC. How to Apply for Financing. Disponível em <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/solutions/how-to-apply-for-financing>. Acesso em 20/05/2020.

⁴⁰ IFC. Investment Proposals. Disponível em <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/solutions/investment-proposals>. Acesso em 20/05/2020.

- custo e qualidade do suprimento de matéria-prima e relações com as indústrias de apoio; (vi) restrições de importação às matérias-primas necessárias; (vii) localização proposta da fábrica em relação a fornecedores, mercados, infraestrutura e mão de obra; (viii) tamanho da planta proposta em comparação com outras plantas conhecidas; (ix) potenciais questões ambientais e como essas questões são tratadas;
- v. Requisitos de investimento, financiamento de projetos e retornos, incluindo: (i) estrutura financeira proposta do empreendimento, indicando as fontes e os termos esperados de financiamento de capital e dívida; (ii) tipo de financiamento da IFC (empréstimo, patrimônio líquido, quase-patrimônio líquido, uma combinação de produtos financeiros, etc.) e valor; (iii) demonstrativo financeiro projetado, informações sobre rentabilidade e retorno do investimento; (iv) fatores críticos que determinam a lucratividade;
 - vi. Informações sobre suporte e regulamentos governamentais, como: (i) incentivos e apoio governamentais específicos disponíveis para o projeto; (ii) contribuição esperada do projeto para o desenvolvimento econômico; (iii) esboço dos regulamentos governamentais sobre controles de câmbio e condições de entrada e repatriação de capital.
 - vii. Calendário previsto para a preparação e conclusão do projeto.

Após uma análise preliminar, a IFC pode solicitar um estudo de viabilidade detalhado ou o plano de negócios para determinar se financiará ou não o projeto.

IV.2.b BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento

O International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), ou, em português, Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, é a instituição do grupo Banco Mundial voltada aos entes públicos, atuando como uma cooperativa de países, que disponibiliza seus recursos financeiros, o seu pessoal altamente treinado e a sua ampla base de conhecimentos para apoiar os esforços dos países-membro para atingir um crescimento duradouro, sustentável e equitativo. O objetivo principal é a **redução da pobreza e das desigualdades**⁴¹, tendo como foco os países em desenvolvimento.

⁴¹ Nações Unidas Brasil. Banco Mundial. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>. Acesso em 10/05/2020.

Neste escopo, o BIRD oferece aos países-membro soluções financeiras inovadoras, incluindo diversos produtos financeiros (empréstimos, garantias e produtos de gerenciamento de riscos) e serviços de consultoria (inclusive de forma reembolsável) a governos nos níveis nacional e subnacional.

Dentre os instrumentos de financiamento oferecidos pelo BIRD⁴², destaca-se, para fins do Projeto STCR, o **Investment Project Financing (IPF)**, ou, em português, Financiamento de Projetos de Investimento, passível de aprovação em todos os setores, principalmente nos setores de infraestrutura, desenvolvimento humano, agricultura e administração pública. O IPF está focado no **médio e longo prazo** (horizonte de 5 a 10 anos) e suporta uma ampla gama de atividades, incluindo investimentos intensivos em capital, desenvolvimento agrícola, prestação de serviços, entrega e concessão de crédito [incluindo microcrédito], baseados no desenvolvimento comunitário e fortalecimento institucional⁴³; o que permite, naturalmente, que este programa de financiamento abranja projetos de transporte e mobilidade urbana.

Para acessar esta linha de financiamento, o ente público deve apresentar ao BIRD o projeto que se pretende desenvolver. A aprovação do financiamento pelo Banco passa por uma série de análises do projeto submetido⁴⁴:

(i) Análise técnica: O Banco avalia aspectos técnicos do projeto, incluindo questões como possíveis problemas de *design*; adequação do *design* às necessidades do projeto e à capacidade do Mutuário e de qualquer entidade de implementação do projeto; arranjos institucionais e questões organizacionais para a implementação do Projeto no contexto dos objetivos de desenvolvimento a longo prazo do Mutuário ou, conforme o caso, do país membro;

(ii) Análise econômica: O Banco realiza uma análise econômica do Projeto. Levando em conta os objetivos de desenvolvimento esperados do projeto, o Banco avalia a sua lógica econômica; a utilização de abordagens e metodologias apropriadas para o projeto, setor e condições do país; bem como avalia a adequação do financiamento do setor público e o valor adicionado pelo apoio do Banco. Para projetos apoiados por uma garantia bancária, uma análise de viabilidade financeira também é necessária;

(iii) Análise de gestão financeira: Nos casos de projetos que não envolvem partes privadas apoiadas por uma garantia bancária, isto é, nos casos de projetos submetidos unicamente por entidades públicas sem o respaldo de garantia bancária, o Banco avalia se o Mutuário ou a entidade implementadora do projeto mantém acordos de gestão financeira aceitáveis para o Banco e que, como parte dos arranjos gerais estabelecidos para a implementação do projeto, conferem ao Banco razoável segurança de que o crédito concedido será usado conforme os propósitos que justificaram a sua aprovação. Considera-se

⁴² The World Bank. Products and Services. Disponível em <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services>> Acesso em 10/05/2020.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ The World Bank. Investment Project Financing. Disponível em <<https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/796071c468754b6fb9ba5eeeb8de20a4.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

arranjos de gestão financeira o planejamento, orçamento, contabilidade, controle interno, fluxo de fundos, relatórios financeiros e acordos de auditoria do Mutuário ou de entidade responsável pela implementação do Projeto. A gestão financeira do projeto se baseia na existência e capacidade dos sistemas e instituições pré-existentes no âmbito do Mutuário ou da entidade responsável pela execução do projeto;

(iv) Análise do procedimento licitatório: O Banco avalia se o procedimento licitatório previsto no âmbito do projeto observa as regras e diretrizes aplicáveis aos empréstimos bancários do BIRD;

(v) Análise de aspectos ambientais e sociais: O Banco avalia a adequação do projeto aos requerimentos ambientais e sociais aplicáveis ao IPF; e

(vi) Análise de riscos: O Banco analisa os riscos para a consecução e desenvolvimento dos objetivos do projeto, com a devida consideração dos riscos de inação, e levando em conta as demais avaliações acima mencionadas e outras informações relevantes.

IV.2.c BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

O Interamerican Development Bank – IDB, ou, em português, Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, financia projetos do setor público e do setor privado de diferentes naturezas na América Latina e no Caribe; dando grande relevância a projetos de mobilidade urbana, que tenham por finalidade melhorar a infraestrutura de transporte de forma integrada.

Atuando como fonte de recursos para projetos de transporte e mobilidade urbana no Brasil e em outros países latino-americanos, o BID tem por objetivo expandir o transporte eficiente, acessível, inclusivo, sustentável e seguro, bem como melhorar a cobertura e integração das estruturas dos modais, elegendo como prioridade inclusive o investimento no transporte urbano de massa por BRT ou metrô.

O BID oferece financiamento em diferentes estruturas. Para o **setor público** – o que inclui governos de todas as esferas federativas, assim como outras instituições públicas descentralizadas, como os **consórcios públicos**⁴⁵ –, o BID oferece diferentes modalidades de financiamentos flexíveis por meio de plataforma específica dentro do Banco. A **Flexible Financing Facility (FFF)**⁴⁶, ou, em português, Instalação de Financiamento Flexível, é a única e principal plataforma de aprovação de todos os novos empréstimos para entes públicos. A FFF oferece uma série de facilidades e prerrogativas para o Mutuário público, que tem **grande liberdade de escolha e adaptabilidade do financiamento ao projeto**. Nesse sentido, o Mutuário escolhe entre diferentes opções integradas de empréstimos da FFF, mas customiza a modalidade escolhida conforme as especificidades do projeto, gerenciando riscos de moeda e taxa de juros,

⁴⁵ Inter-American Development Bank. Eligibility for Public Sector Financing. Disponível em <https://www.iadb.org/en/about-us/eligibility-public-sector-financing>. Acesso em 10/05/2020;

⁴⁶ Inter-American Development Bank. Flexible Financing Facility. Disponível em <<https://www.iadb.org/en/idb-finance/flexible-financing-facility>> Acesso em 10/05/2020.

personalizando os termos de pagamento do empréstimo a fim de melhor administrar os riscos de liquidez, entre outras intervenções. Ainda, a FFF também oferece coberturas independentes para transformar as características de risco de todas as obrigações do BID. Essas soluções financeiras e **personalizações do financiamento podem ser feitas e modificadas a qualquer tempo durante a vigência do empréstimo**, seja com um valor parcial do empréstimo, com o saldo total do empréstimo pendente ou no nível de uma carteira de empréstimos, sujeito à disponibilidade do mercado. Esta característica é especialmente benéfica considerando as alterações que naturalmente ocorrem no decorrer da execução do projeto. Para pleitear o financiamento pelo BID, basta a entidade pública submeter **proposta**⁴⁷ para apreciação da FFF.

Já para o **setor privado**⁴⁸, o que inclui os **concessionários públicos** e empresas estatais, o BID também disponibiliza linhas de financiamento, mas por intermédio da sua subsidiária, **IDB Invest**⁴⁹. Uma variedade de estruturas de financiamento é oferecida pela IDB Invest, tais como empréstimos, garantias parciais de crédito, subvenções financeiras e garantias de riscos políticos. Todavia, as empresas privadas não gozam das mesmas prerrogativas que o setor público, havendo **termos gerais fixos para cada tipo de financiamento**: (i) os empréstimos têm taxas de juros fixas ou flutuantes e são precificados de acordo com as condições de mercado existentes, refletindo as características gerais subjacentes do projeto e do cliente; (ii) as garantias parciais de crédito carregam taxas ou prêmios baseados no mercado e dependem do risco coberto e das referências de mercado; (iii) as subvenções financeiras requerem financiamento da contraparte; e (iv) as garantias de risco político tem taxas determinadas na base do caso a caso, dependendo do risco coberto e da natureza da estrutura de garantias.

Para pleitear o financiamento⁵⁰, a empresa deve enviar ao escritório regional da IDB Invest mais próximo uma aplicação, acompanhada de uma breve descrição da companhia e de um plano detalhado de negócios referente ao projeto a ser financiado.

IV.2.d NDB – New Development Bank

O New Development Bank – NDB, ou, em português, Novo Banco de Desenvolvimento – NBD, é um banco multilateral de desenvolvimento criado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, com

⁴⁷ Inter-American Development Bank. Proposal for a Flexible Financial Facility for Ordinary Capital Sovereign Guaranteed Loan Options. Disponível em <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36144992>. Acesso em 10/05/2020.

⁴⁸ Inter-American Development Bank. Non-sovereign financing. Disponível em <https://www.iadb.org/en/idb-finance/non-sovereign-financing>. Acesso em 10/05/2020.

⁴⁹ Inter-American Development Bank. Disponível em <https://idbinvest.org/>. Acesso em 10/05/2020.

⁵⁰ Inter-American Development Bank. Private Sector Projects. Disponível em <https://www.iadb.org/en/about-us/private-sector-projects>. Acesso em 10/05/2020.

o objetivo de financiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável nos **BRICS** e em outras economias emergentes e países em desenvolvimento, complementando os esforços das instituições financeiras multilaterais e regionais em prol da globalização, do crescimento e do desenvolvimento. O Banco também presta assistência técnica para projetos a serem apoiados pelo NDB e realiza trocas de informações, culturas e pessoal. Para cumprir seu objetivo, o Banco apoia projetos públicos ou privados por meio de empréstimos, garantias, participação acionária e outros instrumentos financeiros.⁵¹ Dentre os setores financiados pelo NDB, tem destaque o setor de transporte, visto que, até janeiro de 2020, 37% dos empréstimos do banco foram destinados ao setor de transportes⁵². Quanto à política de financiamento do NDB, ela pouco difere para projetos do setor público, ou de intermediários do setor público (como empresas estatais)⁵³; e para os projetos privados⁵⁴.

Quanto aos **projetos do setor público**, são elegíveis para o financiamento pelo NDB aqueles que estejam alinhados com as prioridades estratégicas do governo do país-membro, e bem integrados com o programa de investimentos desse país. Caso o projeto não esteja na seleção (“*pipeline*”) do governo do país-membro, a sua aprovação depende do escrutínio do Vice Presidente e Oficial Chefe Operacional (**VP&COO**) do NDB, desde que com endosso do governo relacionado.

Já em relação aos **projetos do setor privado**, são elegíveis para o financiamento apenas projetos localizados em um país-membro do NDB, ou em um território não disputado. Ainda, somente podem receber o financiamento do NDB empresas constituídas sob a legislação de um país-membro do NDB, e que tenham pelo menos 50% do seu capital social detido por entes privados, ou que tenham a maioria do capital social detido por entes da Administração direta ou indireta de países-membro. Logo, nesta categoria inserem-se os **concessionários de serviços públicos**. Mantêm-se também para os projetos do setor privado a exigência de adequação com as prioridades e objetivos estratégicos do respectivo país-membro.

O pleito do financiamento para ambos os setores depende da submissão de um **documento com o conceito do projeto (“Project concept paper”)**, que deve conter, entre outras exigências: o contexto estratégico do projeto; a sua lógica e fundamentação; o escopo e justificativa do apoio pelo NDB; plano indicativo de gastos e financiamentos; subprojeto com critérios para seleção do tipo de financiamento; as análises necessárias para a devida diligência do projeto; recursos necessários para o processamento do

⁵¹ New Development Bank. About Us. Disponível em <<https://www.ndb.int/about-us/essence/our-work/>> Acesso em 10/05/2020.

⁵² New Development Bank. Investor Presentation. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2020/05/General-IP-20200509.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

⁵³ New Development Bank. Policy on Processing Sovereign Loan. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/08/Policy-on-Processing-Sovereign-Loan-20160121.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

⁵⁴ New Development Bank. Policy on Transactions without Sovereign Guarantee. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/08/Policy-on-Transactions-without-Sovereign-Guarantee-091818.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

projeto (como gastos com pessoal e consultores) e qualquer necessidade de assistência técnica no projeto; cronograma do projeto; classificação inicial dos riscos ambientais e sociais; pontos fulcrais que possam requerer orientação na sua administração; e a modelagem do projeto, bem como do seu sistema de monitoramento, formulados conforme as informações disponíveis.

Este documento, juntamente com os estudos de viabilidade do projeto, são analisados por um time do NDB, que verifica **aspectos do projeto**, como: desenvolvimento de resultados e impactos do projeto; relevância estratégica e abordagem do projeto; plano financeiro; aspectos sociais e ambientais; aspectos fiduciários; aspectos técnicos e econômicos; aspectos políticos e institucionais; arranjos requeridos para a sua implementação; classificação e administração dos riscos; capacidade de atingir seus objetivos a longo prazo. Com base no parecer deste time, o **VP&COO delibera sobre a aprovação** ou não do financiamento do projeto pelo NDB.

V ADAPTAÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO DO CONSÓRCIO PÚBLICO COMO PODER CONCEDENTE

V.1 Possibilidade jurídica do CIM-AMFRI figurar como Poder Concedente

Ao longo do desenvolvimento dos trabalhos, resolveu-se antecipar essas conclusões para o relatório jurídico preliminar. Cumpre-nos aqui, dessa forma, somente resumir o que já constou do referido documento preliminar relativamente ao aparato normativo existente, o qual confere competência ao CIM-AMFRI para exercer a função de Poder Concedente no Projeto em questão, o que passamos, em seguida, a fazer.

Utilizando-se da faculdade que lhe foi conferida pelo art. 25, §3º da Constituição Federal⁵⁵, e pela Lei Complementar Estadual nº 104/1994, o Estado de Santa Catarina publicou a Lei Complementar Estadual nº 495/2010, na qual instituiu, dentre outras, as regiões metropolitanas da Foz do Rio Itajaí e do Vale do Itajaí, para o exercício de funções públicas de interesse comum, dentre elas o transporte coletivo⁵⁶.

Em entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.842/RJ, a região metropolitana, uma vez criada, assume a competência material - originalmente pertencente aos entes que a compõem - para organizar, planejar e executar funções de interesse comum, nos termos da lei estadual que a regulou. Deste modo, a criação da região metropolitana tem como consequência o surgimento de uma **competência metropolitana interfederativa** e independente para a prestação dos serviços públicos metropolitanos de interesse comum. Isto implica que nem o Estado, nem os Municípios detêm isoladamente competência para legislar ou regulamentar os serviços de transporte metropolitanos, cabendo esta função apenas à Região Metropolitana. No caso do serviço público de transporte coletivo, a competência metropolitana derroga as competências originais do serviço público estadual de transporte intermunicipal de passageiros, pois parte desses serviços passam para a esfera de competência material e regulatória da instância metropolitana.

De outro lado, o Estatuto da MetrÓpole (Lei Federal nº 13.089/2015), que estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados; definiu os consórcios públicos como um dos instrumentos para o desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas (art. 9º, VI). Mais do que isso, o Estatuto da MetrÓpole, no seu art. 23, autorizou os

⁵⁵ Onde se lê que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

⁵⁶ Conforme classifica o art. 3º, b da Lei Complementar Estadual nº 104/1994, que dispõe sobre os princípios da Regionalização do Estado.

Municípios a formalizar convênios de cooperação e constituir consórcios públicos para atuação em funções públicas de interesse comum no campo do desenvolvimento urbano, independente das disposições da lei sobre região metropolitana. Dessa forma, a lei privilegiou os consórcios públicos como instrumento de desenvolvimento urbano, mas sem vincular à região metropolitana, permitindo um uso amplo deste instituto.

Neste sentido, **o Estado de Santa Catarina, através do art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 495/2010, definiu os consórcios públicos intermunicipais como os instrumentos cabíveis para a realização de ações, obras e serviços de interesse comum.** Não só a lei estadual autorizou que os Municípios se consorciem, como permitiu que formem consórcios públicos entre Municípios de diferentes regiões metropolitanas, desde que os demais não sejam onerados em termos financeiros (art. 14, parágrafo único).

O objetivo central de ambos o Estatuto da Metrópole e a legislação estadual de regulamentação das regiões metropolitanas é o desenvolvimento regional, sendo a diretriz principal não criar obstáculos para outras formas de integração regional em prol da Região Metropolitana. Isto fica claro no próprio texto da Lei Complementar Estadual nº 495/2010, segundo o qual os limites regionais são passíveis de ajustes condicionados pela dinâmica da Região Metropolitana e das áreas que a compõem (art. 13), desde que os Municípios envolvidos apresentem dependência de utilização de equipamentos e serviços públicos, que impliquem diretamente no desenvolvimento regional integrado (art. 4º). Em outras palavras, os Municípios que não compõem a mesma região metropolitana estão livres para consorciar-se em prol do exercício de funções públicas de interesse comum e do desenvolvimento regional.

Este é exatamente o caso dos Municípios que integram o CIM-AMFRI, visto que, embora façam parte de duas regiões metropolitanas distintas (a Região Metropolitana da Foz do Rio Itajaí e a Região Metropolitana do Vale do Itajaí), a integração do sistema de transporte coletivo destes Municípios é essencial para dar vazão à progressiva demanda regional em função do crescimento demográfico e da expansão do setor turístico na região.

Logo, por ser um consórcio público intermunicipal que atua nos termos legais e no interesse de regiões metropolitanas devidamente constituídas pela legislação estadual, o ordenamento jurídico confere ao CIM-AMFRI o exercício da competência interfederativa autônoma cabível a uma Região Metropolitana afim de garantir a prestação dos serviços públicos metropolitanos de interesse comum, notadamente o transporte coletivo. Naturalmente, para exercer a sua função, o CIM-AMFRI deve ser competente para atuar como Poder Concedente da concessão de serviços públicos de interesse comum.

Cumprir destacar que o CIM-AMFRI é um consórcio plenamente válido perante a legislação, pois preenche todos os requisitos da Lei nº 11.107/2005, que regulamentou as normas gerais para os entes federativos contratarem Consórcios Públicos. Em primeiro lugar, seu Protocolo de Intenções foi aprovado pela Lei Complementar Estadual nº 495/2010, conforme determina o art. 3º da Lei nº 11.107/2005. Em segundo lugar, a forma por ele assumida no Protocolo de Intenções, de associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica interfederativa, tem pleno respaldo legal na Lei de Consórcios Públicos (art. 1º, §1º).

Quanto à competência do CIM-AMFRI para atuar como Poder Concedente do Projeto STCR, esta lhe foi devidamente atribuída pelos entes federativos que o compõem. Conforme dispõe o art. 4º, XI, “a” da Lei de Consórcios Públicos, o Protocolo de Intenções do CIM-AMFRI estabeleceu quais competências legais lhe foram atribuídas. Dentre as competências delegadas, estão: (i) o exercício do poder de polícia (5.1.13); (ii) “regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio” (5.1.24); e (iii) “outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, previstos nos Contratos de Programa, programas governamentais, projetos afins e relativos às áreas de sua atuação, observada a legislação de normas gerais em vigor” (5.1.6). A cláusula 5.1.6., por sua vez, resoa o disposto no art. 2º, §3º da Lei de Consórcios Públicos, que indubitavelmente prevê a atuação do consórcio público como Poder Concedente, detentor do poder de outorga de concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Ainda, a cláusula 4.2. do Protocolo de Intenções estabeleceu que o CIM-AMFRI tem por finalidade “a gestão associada de serviços públicos, inclusive mediante a realização de licitações compartilhadas e a celebração de contratos de concessão e parcerias público-privadas” em diversas áreas, inclusive o setor de mobilidade urbana e infraestrutura (4.2.1.b).

Não resta dúvida, portanto, que o CIM-AMFRI pode atuar como Poder Concedente do Projeto STCR.

V.2 Alternativas de regulação da concessão tendo o CIM-AMFRI como Poder Concedente

Uma vez que o Protocolo de Intenções atribuiu ao CIM-AMFRI a competência de “regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio” (5.1.24), o Consórcio é livre para exercer a sua ampla competência regulatória da maneira que entender mais eficiente, eficaz e adequada para a concretização dos seus objetivos e finalidades.

Hodiernamente considera-se fundamental que a delegação da gestão de serviços públicos à iniciativa privada, tal qual ocorre nas concessões (cuja cogitação percorre todos os estudos até aqui realizados), seja acompanhada da edição de regulação específica. As finalidades dessa regulação estão ancoradas em basicamente três pontos: (i) na perspectiva da realização de estímulos econômico-financeiros permanentes e revistos a qualquer momento, para que o concessionário persiga a realização dos interesses públicos envolvidos no Projeto; (ii) na construção de um ambiente de eficiência econômico-financeira a partir da promoção da competição, ainda que esta não seja direta, no mercado, mas a partir de estratégias regulatórias e (iii) na instituição de um sistema efetivo de controle e fiscalização dos serviços delegados.

Nessa linha, caberia ao CIM-AMFRI optar por uma das três alternativas possíveis para exercício da regulação dos serviços públicos de transporte metropolitano: (i) **regulação direta ou contratual**, por meio do próprio contrato de concessão; (ii) **criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana** para o exercício de função regulatória delegada; e (iii) **delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual**. Vejamos, a seguir, uma comparação entre esses arranjos.

V.2.a Regulação direta através de contrato de concessão

O contrato de concessão é, por si só, um instrumento de regulação especial, nos termos do art. 175, parágrafo único, I da Constituição Federal. Isto porque a regulação nada mais é do que uma forma de atuação do Estado na ordem econômica⁵⁷, e o contrato de concessão é o instrumento através do qual o Poder Público estabelece os parâmetros para a prestação dos serviços, os direitos e os deveres dos usuários, a forma de remuneração do concessionário⁵⁸, entre outros elementos balizadores da atuação do agente econômico. A partir de sua celebração, o contrato de concessão “*cumpra a função de ser base da atividade regulatória estatal*”⁵⁹. Na condição de Poder Concedente, a CIM-AMFRI detém, portanto, a prerrogativa de regular a prestação do serviço público de transporte coletivo através do contrato de concessão.

Nas hipóteses em que a prestação do serviço é mais simplesmente sistematizada, com a celebração de poucos contratos de concessão, sem a necessidade de grandes arranjos regulatórios para o planejamento das outorgas, para a promoção da competição, ou de modelos complexos para o desempenho da tarefa de controle (fiscalização, aplicação de penalidades, celebração de acordos, etc.), a regulação realizada diretamente pelo contrato parece ser suficiente para garantir a boa performance do concessionário.

Nesses casos, a regulação por meio do contrato **economiza recursos públicos** (com eventual criação de entidade e cargos, pagamento de salários etc.) e **reduz custos de transação**, ao conferir mais estabilidade e transparência à regulação.

Neste caso, a **desvantagem** é o fato de a regulação não se dar por meio de um organismo com relativa **independência política** em relação ao Poder Concedente, o que possibilitaria, em tese, eventual interferência de interesses políticos paroquiais na regulação. Quanto a esse ponto há duas considerações importantes a fazer: (i) primeiro que, ao fixar no contrato os quadrantes da regulação do serviço, menos flutuação, ou, caso se prefira, menos mutabilidade haverá, ao longo do tempo, nesta regulação. A mudança da regulação, enquanto importar na alteração do contrato (ainda que somente das cláusulas que regulamentam o serviço), pode trazer implicações econômicas para o Poder Concedente nos casos em que desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato e esse fator, é necessário reconhecer, atua como um antídoto ou desestímulo a mudança constante da regulação. Quanto menos se mudam de regras, menor a influência de fatores políticos na regulação e, desse modo, mitiga-se o risco de influência de interesses políticos paroquiais. (ii) Além disso, o fato da regulação se dar pelo contrato não

⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009

⁵⁸ Art. 23, III, IV e V da Lei nº 8.987/1995

⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202-203.

elimina a figura do regulador, isto é, da necessidade de atribuir-se a uma autoridade ou a um órgão da Administração a função de acompanhamento e fiscalização da concessão e a possibilidade de esta autoridade ou dos componentes do respectivo órgão receberem da lei prerrogativas (o mandato para o exercício da função, por exemplo) voltadas a prover-lhes de maior independência no exercício de suas competências, mitigando-se, na medida do possível, os riscos de interferência política.

A eficiência do arranjo regulatório dependerá, portanto, menos do tipo de moldura adotada (contratual, por agência ou por delegação) e mais do modo pelo qual esta moldura venha a ser sistematizada. Diante disso, não se deve afastar a possibilidade de realização, no caso concreto, de uma regulação mais simples, por contrato, ensejadora de menores custos para a Administração e maior estabilidade jurídica para o futuro contratado.

V.2.b Criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana

A segunda opção, dentre as alternativas para o exercício da regulação pelo Consórcio Público competente, corresponderia à atribuição da competência regulatória para uma entidade ou para um órgão específicos, geralmente rubricados no direito brasileiro como agência ou autoridade reguladora.

A expressão **agência reguladora**, no direito brasileiro, corresponde geralmente a ideia de uma pessoa jurídica de direito público, uma autarquia, criada à imagem e semelhança da Administração direta ou central, dotada de autonomia de gestão especial, por força de atribuição de mandato e estabilidade na função aos seus dirigentes. A expressão **autoridade reguladora** tem um significado mais amplo, correspondendo tanto a agências, com o perfil anteriormente delineado, como a organismos ou órgãos (não pessoas jurídicas, portanto) da própria Administração que se especializem na função de regulação, com ou sem garantias de independência.

As agências, portanto, bem como as autoridades de regulação que detenham prerrogativas de autonomia especial ou independência tendem a realizar uma regulação mais técnica, distante dos interesses políticos paroquiais, o que confere, em termos teóricos, maior estabilidade institucional para o mercado e, assim, maior atratividade para o investimento privado.

De qualquer sorte, as **agências são estruturas institucionais complexas, com custos diretos e indiretos para sua criação e funcionamento**. O custo-benefício de sua criação parece estar mais relacionado a fatores como a necessidade da estruturação de uma regulação intensa e, ao mesmo tempo, estável e preponderantemente técnica, em ambientes que conjuguem alto desenvolvimento tecnológico, altos investimentos, necessidade de estímulo ao desenvolvimento de mercados específicos, necessidades relacionadas à universalização de atendimento, combinação de diferentes prestadores, entre outros fatores voltados a conjugar as forças de mercado à realização de interesses expressos em políticas públicas

Uma estrutura como essa, com o peso institucional de uma autarquia interfederativa, cuja criação fosse aprovada por todos os legislativos envolvidos na prestação dos serviços, parece a um primeiro lanço de olhos excessiva para o caso analisado, seja por conta da simplicidade dos serviços, pela provável

exclusividade de seu prestador, seja pelos custos envolvidos em sua criação e manutenção. Mas a decisão pode convergir para esse modelo, mas a frente, a depender de opções mais complexas de modelagem jurídica e econômica da concessão projetada e de análises específicas de custo-benefício.

Por outro lado, **a ideia de uma autoridade reguladora, não autárquica, submetida ao consórcio, não se mostra inadequada. Seus custos de criação e manutenção são pequenos se comparados com a de uma autarquia** – o consórcio já existe e pode autorregular a sua criação e sua manutenção ficaria sob os encargos dos próprios entes consorciados, diante do compromisso de rateio que já possuem – e **o problema da independência**, que, de certo modo, é atenuado pelo caráter interfederativo e associativo do consórcio (pois há sempre uma pluralidade de interesses sendo colocados a mesa, negociados e levados em conta nas deliberações do consórcio) **pode ser mitigado pelo estabelecimento de prerrogativas para os integrantes do órgão interno do consórcio que responda pelas funções de autoridade reguladora.**

V.2.b.1 Regulação do contrato de concessão pela Assembleia Geral

Uma variável da alternativa da autoridade reguladora, acima tratada, seria a de atribuir esta função à Assembleia Geral do Consórcio.

Conforme dispõe a cláusula 9 do Protocolo de Intenções da CIM-AMFRI, a Assembleia Geral é o órgão máximo do Consórcio, composto exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo dos entes consorciados e responsável pelas deliberações definitivas que determinam a atuação do Consórcio.

Dentre as suas competências, sublinha-se a competência para apreciar os planos de trabalho do consórcio (9.4.8), a competência para aprovar os planos e regulamentos dos serviços públicos (9.4.15), a competência para apreciar e sugerir medidas relacionadas às melhorias dos serviços prestados pelo Consórcio (9.4.16.a), e a competência residual de deliberar e dispor sobre os casos omissos e em última instância sobre os assuntos gerais do CIM-AMFRI (9.4.19).

Diante dessas disposições do Protocolo de Intenções, é possível concluir que a Assembleia Geral já é atualmente a autoridade ou o órgão do Consórcio responsável pela regulação de eventual concessão contratada.

Obviamente essa alternativa não exclui a possibilidade de que a assembleia seja assessorada por um órgão técnico e executivo, reservando para si somente a função deliberativa⁶⁰.

⁶⁰ O Protocolo de Intenções inclusive já prevê, na sua cláusula 13, a criação das Câmaras Temáticas, que são os entes técnicos responsáveis por cumprir com as múltiplas finalidades do CIM-AMFRI (13.1). Segundo definição do Protocolo de Intenções, a Câmara Temática consiste em “*órgão técnico da estrutura organizacional, ocupado por especialista no tema, cujo objetivo é estudar e oferecer sugestões e embasamento técnico sobre assuntos específicos para decisões do órgão colegiado, bem como coordenar as ações, inclusive o contrato de programa, do tema de sua responsabilidade*”.

A desvantagem dessa alternativa é justamente a **falta de garantias concedidas a autoridade reguladora para uma atuação independente**, ainda que, como dissemos acima, o caráter associativo e interfederativo do Consórcio tenda a atenuar a influência de interesses políticos paroquiais ou de interesses econômicos muito específicos sobre as decisões da assembleia.

V.2.c Delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual

Por fim, tendo em vista que a cláusula 5.1.24 do Protocolo de Intenções⁶¹ autorizou a AMFRI a delegar o exercício de sua competência regulatória e fiscalizadora por meio de convênio, naturalmente, a última alternativa do Consórcio a ser mencionada é a delegação das suas atribuições de regulação a agência reguladora estadual, através de convênio de cooperação ou delegação.

Para tanto, a agência reguladora estadual passível de ocupar a posição de conveniente é a Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina – ARES, uma autarquia especial instituída pela Lei Estadual nº 16.673/2015, com o objetivo de fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação. Segundo a sua lei instituidora, a ARES tem plena competência para a celebração de convênios com consórcios públicos de regiões metropolitanas, como estabelece o art. 4º, III⁶² e o art. 5º, XI⁶³.

O instituto do **convênio de cooperação** tem regulamentação muito genérica pela legislação, muito embora seja amplamente usado pela Administração Pública direta e indireta das diversas esferas federativas⁶⁴. Tendo sido prescrito pelo art. 241 da Constituição Federal como instrumento de autorização da gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos; o convênio de cooperação foi admitido por diversos instrumentos legais relevantes, como a Lei nº 8.666/1993⁶⁵; a Lei nº

⁶¹ 5.1. Para o cumprimento de seus objetivos, o CIM-AMFRI poderá: (...) “5.1.24. Regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio”.

⁶² “Art. 4º A ARES tem por finalidade fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação, quando o serviço for prestado: (...)III – por entidade de qualquer natureza que preste serviços em Município situado em região metropolitana, aglomeração urbana ou em região onde a ação comum entre o Estado e os Municípios se fizer necessária”.

⁶³ “Art. 5º Caberá à ARES a atuação nos seguintes serviços públicos: (...)IX – celebrar convênios e contratos com órgãos e entidades internacionais, federais, estaduais, distritais e municipais e com pessoas jurídicas de direito privado, no âmbito de sua área de atuação”.

⁶⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Cooperação interfederativa na gestão de serviços públicos: o caso dos resíduos sólidos. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 441-468, 2015.

⁶⁵ “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

8.987/1995⁶⁶, a Lei nº 9.074/1995⁶⁷ e a Lei nº 11.107/2005⁶⁸; sem, contudo, grandes especificações da sua forma ou conteúdo. Diante da vagueza da legislação federal, tem cabido principalmente aos Estados a regulamentação do convênio de cooperação no seu âmbito de competência.

Com esse propósito, o Estado de Santa Catarina disciplinou a celebração de convênios e instrumentos congêneres pelos órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual direta ou indireta, que tenham como objeto a execução descentralizada de programas de governo e ações; através do Decreto Estadual nº 307/2003⁶⁹.

Este **Decreto Estadual elegeu os convênios como os instrumentos de execução descentralizada de programas de governo e ações de órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual direta ou indireta**; considerando convênios como “os atos administrativos praticados pelo concedente com o conveniente pelos quais são ajustadas cláusulas e condições para a efetivação de obrigações recíprocas, visando à consecução de objetivos de interesse público ou da coletividade”⁷⁰.

É viável, portanto, em termos jurídicos, a delegação pelo Consórcio das competências relacionadas à regulação do futuro sistema de transporte metropolitano para a ARESC. A principal vantagem dessa delegação parece ser a de contar com uma **estrutura já existente**, eliminando boa parte dos custos de transação relacionados à criação de uma agência ou autoridade própria, ou simplesmente de um grupo especializado de acompanhamento da concessão (na hipótese de opção pela regulação contratual). Ao delegar a regulação do sistema metropolitano à agência reguladora estadual abre-se a possibilidade, em tese, de contar-se com um **corpo técnico estabelecido** há mais tempo, com mais **experiência no exercício da função delegada**.

⁶⁶ “Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

⁶⁷ “Art. 36. Sem prejuízo do disposto no inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios”.

⁶⁸ “Art. 13 (...) § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados”.

⁶⁹ Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/decreto-n-307-2003-santa-catarina-disciplina-a-celebracao-de-convenios-ou-instrumentos-congeneres-de-natureza-financeira-pelos-orgaos-ou-entidades-da-administracao-publica-estadual-direta-ou-indireta-que-tenham-como-objeto-a-execucao-descentralizada-de-programas-de-governo-e-acoos>

⁷⁰ De acordo com o Decreto Estadual nº 307/2003, somente são elegíveis para firmar convênio de cooperação instituições que disponham de condições materiais e atribuições regimentais ou estatutárias para a execução do objeto do convênio (art. 1º, § 2º). Também são proibidos de celebrar convênio entes que estejam em situação de débito, mora, inadimplência ou irregularidade para com a Administração Pública Estadual (art. 3º). Ainda, são vedadas deste tipo de convênio as organizações de direito privado com fins lucrativos (art. 6º, § 2º).

De qualquer sorte, não se deixa de vislumbrar certa contradição no fato do Consórcio assumir a competência para levar adiante o projeto de criação de um sistema metropolitano de transportes, sob o comando e até mesmo eventual custeio de uma instância interfederativa (ou metropolitana) e delegar justamente a função de regulação, extremamente importante para o sucesso do sistema a ser criado, para que o Estado passe a tomar decisões unilaterais (ainda que por meio de uma agência), passando a normatizar, por exemplo o controle e a fiscalização do sistema, a verificação de índices de desempenho, a tarifa, os reajustes e reequilíbrios, entre outros aspectos fulcrais relacionados à prestação do serviço. Aqui manifesta-se também a vantagem de **neutralidade política e institucional** inerente às agências reguladoras.

Ainda assim, esta consultoria expressa sua neutralidade com relação a possibilidade do Consórcio delegar a função de regulação à ARES.

V.3 Anuência do Estado de Santa Catarina para reforçar a segurança jurídica na implantação e operação do STCR

Ainda que se defenda, segundo explicitado no relatório jurídico preliminar, que a implantação de um sistema de transporte metropolitano pode ser conduzida pelo Consórcio, pois a legislação estadual a ele atribuiu o exercício de competência metropolitanas, um vigoroso reforço a esta interpretação – e, portanto, à segurança e estabilidade jurídicas do Projeto - seria conferido pela anuência do Estado em relação ao exercício pelo Consórcio das competências metropolitanas.

Assim, para se evitar conflitos jurídicos baseados no questionamento da competência metropolitana do Consórcio, recomenda-se que, por algum meio, direta ou indiretamente, colha-se a **manifestação de anuência do Estado de Santa Catarina em relação ao arranjo institucional** cuja pré- viabilidade ora se estuda.

Apontamos abaixo três formas para se buscar essa anuência ou pactuação interfederativa, as quais podem ser adotadas como alternativas ou até combinadamente.

V.3.a Participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão

Ao assinar o contrato de concessão como interveniente-anuente, o Estado confirma o seu conhecimento e concordância com os seus termos, deslegitimando eventuais litígios. Nesse caso a anuência para com o exercício das competências metropolitanas do Consórcio é indireto, mas efetivo.

Com efeito, conforme o Estado participe da elaboração contratual, veiculando suas posições e interesses, **expressará indiretamente sua concordância** com o sistema implementado pelo Consórcio.

Das três opções aqui analisadas, a participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão é a que tem **menor complexidade**.

V.3.b Participação do Estado no Consórcio

O Protocolo de Intenções que instituiu e regula o CIM-AMFRI promove amplamente a cooperação do Consórcio com outros entes federados⁷¹. Neste sentido, o Protocolo já prevê a possibilidade de alteração subjetiva do Consórcio para a inclusão de ente federativo que não tenha sido subscritor inicial do Protocolo de Intenções (9.4.3).

Este procedimento, no entanto, é **complexo e geralmente demorado**, pois, após a aprovação da alteração do Protocolo de Intenções e do Estatuto do Consórcio pela Assembleia Geral (itens 9.4.2 a 9.4.4), as Câmaras Municipais de cada um dos Municípios consorciados, bem como a Assembleia Legislativa do Estado deverão ratificar a inclusão no Consórcio mediante lei. Sem esta **ratificação legal** (o que incluiria a ratificação pela Assembleia Legislativa do Estado) a alteração subjetiva do Consórcio não teria validade (cláusula 27.1).

Adicionalmente, a Lei Estadual nº 16.673/2015, que instituiu a ARES, prevê que a agência reguladora estadual terá competência para fiscalizar e regular os serviços públicos prestados por consórcio público integrado pelo Estado e por Municípios⁷², o que importaria em **perda de autonomia regulatória** pelo Consórcio metropolitano, salvo alteração desta lei.

V.3.c Celebração de convênio de cooperação com o Estado

Como visto acima, o Consórcio tem a plena capacidade para a celebração de convênio de cooperação com qualquer ente federativo. A celebração de convênio de cooperação é procedimento de **média complexidade**, pois demandaria **convenção entre as partes acerca do plano da cooperação**, sobre a colaboração nos processos de tomada de decisão, sobre eventual rateio de despesas, entre outros temas que podem ou não ser objeto desse acordo, mas que obrigatoriamente devem ser cogitados no curso da negociação do mesmo.

O Decreto Federal nº 6.017/2007, que regulamenta a Lei nº 11.107/2005, estabelece a necessidade de ratificação ou prévia disciplina legal do convênio em seu art. 2º, VIII. No caso, já houve previsão no Protocolo ratificado pelos Municípios da possibilidade de celebração de convênio desse tipo, o que evitaria (ao menos da parte dos Municípios integrantes do Consórcio) uma nova ratificação.

Em compensação, a celebração do convenio reforçaria em grande medida o arranjo institucional, pois os **ambientes de cooperação interfederativa restariam integrados** (Municípios entre si,

⁷¹ 13.3. Compete ao Diretor de Câmara Temática, além daquelas definidas no Estatuto: "(...) 13.3.6. a coordenação dos processos de convênios e parcerias com órgãos e entidades públicos e privados".

⁷² "Art. 4º. A ARES tem por finalidade fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação, quando o serviço for prestado: (...) IV – por consórcio público integrado pelo Estado e por Municípios".

via Consórcio, e Municípios com o Estado, via convênio), conferindo-se, desse modo, um **espaço efetivo de participação para o Estado** nas decisões relativas à região metropolitana.

VI MINUTA DE TERMO DE REFERÊNCIA PARA A PRÓXIMA FASE DO PROJETO

Por fim, tomando-se como base os requisitos estabelecidos pelo contratante, para a confecção dos relatórios jurídicos e levando-se em consideração o condão dos presentes estudos, conclusivos da pré-viabilidade da concessão, passa-se a sugerir o termo de referência dos trabalhos jurídicos que podem vir a ser realizados em continuação, os quais terão como objetivo o estudo completo de viabilidade da concessão.

Por termo de referência compreende-se o resumo detalhado do objeto da consultoria jurídica, cuja finalidade seria completar os estudos ora entregues e avaliar a viabilidade, em termos jurídicos amplos da concessão do sistema metropolitano de transporte coletivo de passageiros, nos limites geográficos dos Municípios que formam a região metropolitana do baixo Itajaí, por meio da implantação de um BRT e de uma ponte ou túnel para a travessia do Rio Itajaí (PROJETO STCR - SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO REGIONAL -, que engloba a implementação de cinco corredores de *BUS RAPID TRANSIT* (BRT), seis LINHAS DE ÔNIBUS PRIORITÁRIAS, e a implementação de EQUIPAMENTO DE TRAVESSIA, PONTE ou TÚNEL, por iniciativa da AMFRI).

Os serviços jurídicos, nesse caso, são transversais às demais consultorias necessárias aos estudos de viabilidade, uma vez que dialogam com as consultorias econômico-financeira e técnicas das áreas de engenharia, urbanismo e transportes. Na sequência da realização dos referidos estudos técnicos, o consultor jurídico é sempre chamado a opinar na tomada de decisões estratégicas, seja em relação ao próprio objetivo dos estudos técnicos, seja nas opções que venham a ser consideradas, por exemplo, quanto ao sistema tarifário, quanto à matriz energética, à divisão de riscos, ou aos impactos urbanos, de vizinhança e econômico-financeiros.

Tentando realizar uma descrição sumária dessas tarefas sugerimos o seguinte resumo:

1) Pressupostos para a realização dos serviços:

Os serviços de consultoria jurídica deverão ser prestados a partir da consideração dos atos normativos e aspectos jurídico-regulatórios aplicáveis ao Projeto, da jurisprudência; dos precedentes dos Tribunais de Contas; dos documentos jurídicos pertinentes do titular do serviço público a ser concedido; bem como do “*Project Background*” e dos relatórios jurídicos elaborados anteriormente na fase de estudos de pré-viabilidade.

2) Descrição sumária dos serviços:

A consultoria corresponderá a confecção de relatórios, opiniões legais e minutas de documentos jurídicos, bem como a participação em reuniões, debates e realização de apresentações necessários à análise definitiva da viabilidade jurídica do Projeto, nas seguintes etapas:

ETAPA 1:

Proceder a atualização e revisão do relatório jurídico de pré-viabilidade, elaborando novo relatório jurídico que identifique os pontos sensíveis, riscos e maiores dificuldades para a implementação do Projeto, diante dos desafios de ordem organizacional e institucional e sugerir medidas mitigadoras ou que possibilitem superar as dificuldades diagnosticadas, abordando, inclusive desafios de ordem ambiental, urbanístico e orçamentários-financeiros, compreendendo:

- a. Opinião legal sobre a necessidade de revisão do modelo jurídico-institucional;
- b. Relatório do acervo regulatório de natureza ambiental e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto;
- c. Relatório do acervo regulatório de natureza urbanística e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto;
- d. Relatório do acervo regulatório de natureza tributária e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto; e
- e. Relatório do acervo regulatório de outras áreas jurídicas eventualmente relacionadas à viabilidade do Projeto (e.g. financeiro-orçamentário, comércio internacional; direito societário; concorrencial; patentes ou bancário) e diagnóstico sobre os desafios jurídicos relacionados a essas áreas.

ETAPA 2:

Acompanhar o trabalho das consultorias técnicas de engenharia, meio ambiente, transporte, urbanismo, econômico-financeira, entre outras, realizando reuniões para o esclarecimento ou debate dos temas relacionados aos estudos de viabilidade e elaborando opiniões legais específicas voltadas à análise da legalidade e dos desafios jurídicos de implementação das propostas relacionadas a:

- a. Mobilidade urbana;
- b. Desapropriações;
- c. Remoção e realocação de moradias;
- d. Condicionantes de caráter ambiental e urbanísticas;
- e. Balizas para o estudo de demanda;
- f. Indicadores de qualidade no serviço;
- g. Método para aferição do equilíbrio econômico-financeiro de eventual concessão e para a realização de reequilíbrio;
- h. Sistema tarifário;
- i. Parâmetros de atualidade dos serviços;
- j. *Value for Money*;
- k. Bens reversíveis;

- l. Matriz de riscos para a decisão de eventual repartição de riscos sob o ângulo do Poder Concedente;
- m. Garantias em prol do Poder Público e do parceiro privado;
- n. Modelos de “*funding*” e estudos relacionados à financiabilidade do Projeto; e
- o. Considerações sobre a atratividade do Projeto.

ETAPA 3:

Redigir a minuta dos documentos jurídicos essenciais para a implementação do Projeto, realizando para tanto os seguintes trabalhos:

- a. Minuta jurídica de consulta pública, audiência pública e outros documentos eventualmente utilizados em processos de oitiva dos interessados;
- b. Minuta jurídica do edital de licitação;
- c. Minuta jurídica do(s) contrato(s) de concessão;
- d. Emissão de opinião(ões) legal(is) sobre os temas principais que forem suscitados no curso dos debates sobre as opções a serem tomadas pelo administrador público ao ensejo da modelagem do edital de licitação e do contrato de concessão;
- e. Realização de reuniões e apresentação em reuniões voltadas à assessoria da tomada decisões pelas autoridades públicas, até a publicação definitiva do edital de licitação; e
- f. Matriz de riscos contendo a divisão proposta a justificação da divisão e a mitigação escolhida, com indicação dos dispositivos contratuais que as implementam.

ETAPA 4

Acompanhamento da(s) licitação(ões) até eventual(is) contratação(ões), prestando consultoria jurídica que apoie o Poder Público em todo processo, elaborando opiniões legais inclusive em temas decorrentes da atuação dos órgãos de controle.

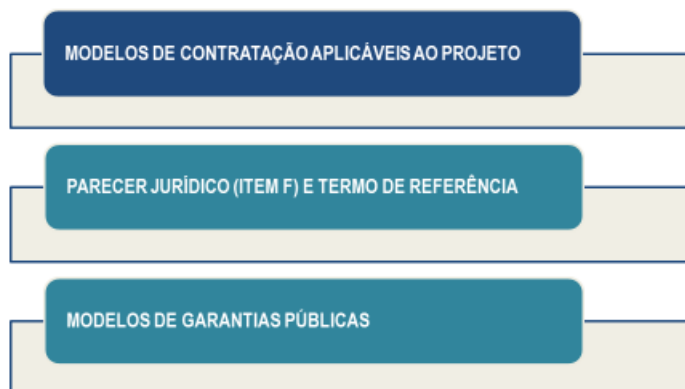
ANEXO 1 – APRESENTAÇÃO PRELIMINAR DO SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO

Segundo Relatório Jurídico
Versão Preliminar – Apresentação: Pontos Críticos

Projeto BRT Foz do Rio Itajaí

05 de maio de 2020

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



2

MODELOS DE CONTRATAÇÃO APLICÁVEIS AO PROJETO**PREMISSAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS**

- ✓ O investimento estimado para construção da ponte é de R\$ 453,400 milhões, enquanto o túnel sob o Rio Itajaí foi estimado em R\$ 2,055 bilhões (data base 2020).
- ✓ Previsões de TIR:
 - Concessão Comum BRT: TIR Projeto Nominal de 13,5%
 - Concessão Comum PONTE: TIR Projeto Nominal de 8,3%
 - Concessão Comum BRT e PONTE: TIR Projeto Nominal de 12,3%
 - Concessão Patrocinada BRT e TÚNEL (PPP): TIR Projeto Nominal de 11,7%

3

MODELOS DE CONTRATAÇÃO APLICÁVEIS AO PROJETO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

METODOLOGIA DE ANÁLISE

CONSIDERAÇÃO DE CONCESSÕES INDIVIDUALIZADAS DE:

- ✓ BRT;
- ✓ Túnel ou Ponte; e
- ✓ BRT + Túnel ou Ponte.

REFLEXO DA APLICAÇÃO DOS SEGUINTE MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO AO PROJETO:

- ✓ Concessão Comum;
- ✓ Concessão Comum com subsídio;
- ✓ Concessão Patrocinada (PPP); e
- ✓ Concessão Administrativa (PPP).

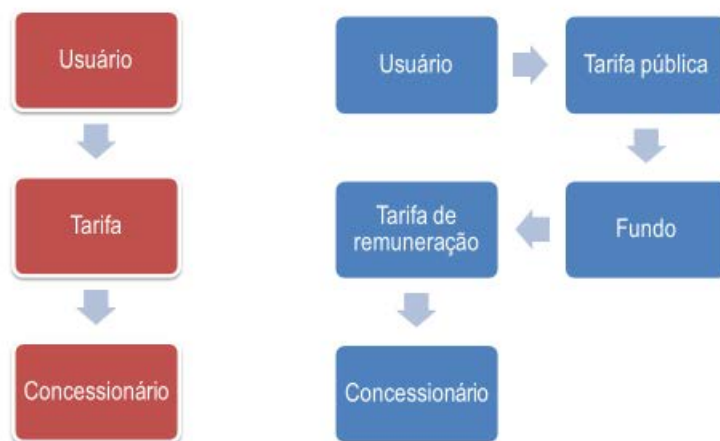
OBSERVÂNCIA DOS FATORES:

- ✓ Estrutura da Remuneração (ou do fluxo de receitas);
- ✓ Riscos comparados; e
- ✓ Constituição de garantias públicas.

4

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NO BRT EM CONCESSÃO COMUM

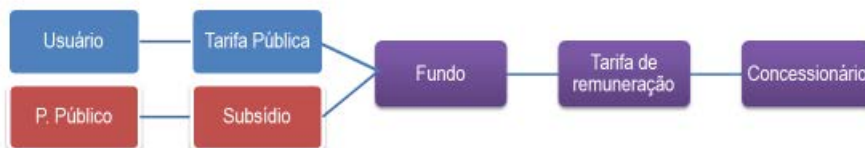
MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



5

BRT EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



6

POSSÍVEIS ATRIBUIÇÕES DO FUNDO TARIFÁRIO COM OU SEM SUBSÍDIO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



7

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NO BRT EM CONCESSÃO PATROCINADA

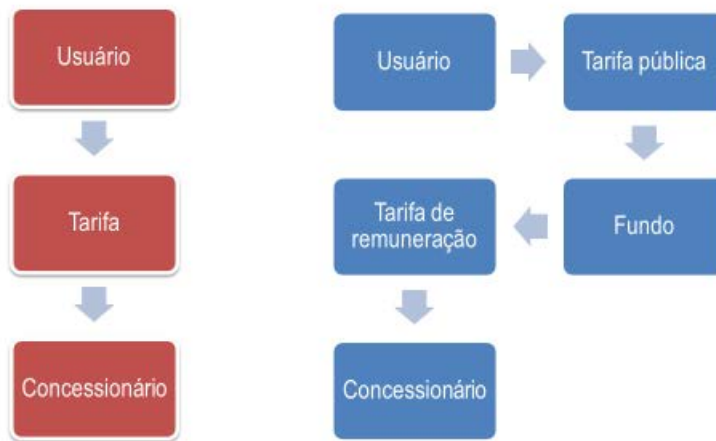
MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



8

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL - CONCESSÃO COMUM

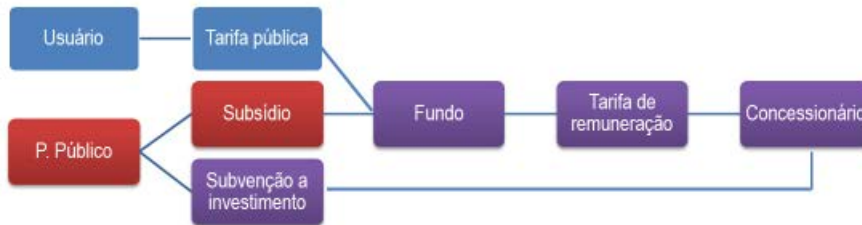
MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



9

PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO E SUBVENÇÃO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



10

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO PATROCINADA

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



11

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



12

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO COMUM

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



13

PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



14

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO PATROCINADA

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



15

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

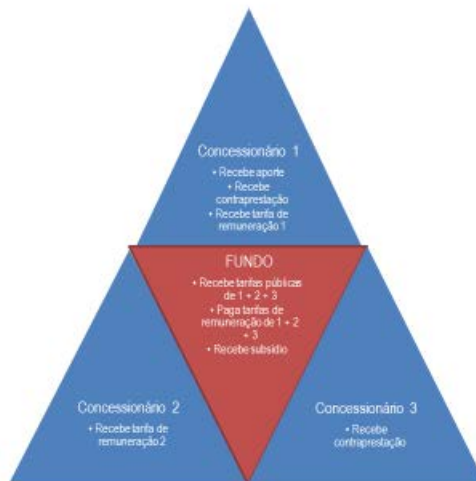
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



16

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO COM VÁRIAS CONCESSIONÁRIAS EM DIFERENTES REGIMES E FUNDO

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



17

COMPARAÇÃO DE RISCOS
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

	Concessão Comum	Concessão Comum + Fundo	Concessão Subsidiada	Concessão Patrocinada	Concessão Administrativa
Demanda	Alto para concessionário	Alto para concessionário	Relativamente mitigado em função da possibilidade de redução da tarifa atrair mais usuários	Relativamente mitigado em função da possibilidade de redução da tarifa atrair mais usuários	Mitigado
Modicidade	Maior ou menor a depender dos estudos	Maior ou menor a depender dos estudos	Mitigado	Mitigado	Mitigado
Orçamento	Não há	Não há, salvo obrigações públicas	Varia conforme o volume de subsídios	Varia conforme a proporção da contraprestação em relação à remuneração tarifária	Alto para o concessionário

18

COMPARAÇÃO DE RISCOS

(dependem, neste caso, do refinamento dos estudos técnicos)

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

	BRT	Ponte	Túnel	BRT + Ponte	BRT + Túnel
Demanda	Médio para alto	Alto	Muito alto	Alto	Muito Alto
Modicidade	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Orçamento	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Engenharia	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Operação	Médio	Baixo	Médio	Médio	Alto

19

GARANTIAS PÚBLICAS

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Muito embora só a Lei n.º 11.079/2004, em seu artigo 8º, trate explicitamente da constituição de garantias em favor do parceiro privado, todos os modelos que possuem participação pública na formação da receita do concessionário importam que se cogite sobre garantias, sob pena de comprometer-se a financiabilidade

Fundos de participação, enquanto receitas patrimoniais, podem ser utilizados como lastro para garantias

As garantias devem assumir formas jurídicas reguladas: penhor, hipoteca, fiança, cessão fiduciária

As garantias podem ser reforçadas por mecanismos de fidejussão bancária, contas de compensação (*scrofl*), etc.

20

PRESSUPOSTOS CONSIDERADOS

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

LEGISLAÇÃO

- ✓ Lei 8.987/1995;
- ✓ Lei 9.074/1995;
- ✓ Lei 11.079/2004;
- ✓ Lei 12.587/2012;
- ✓ Lei 9.249/1995;
- ✓ Lei 4.320/1964; e
- ✓ Lei 13.089/2015.

PRECEDENTES

- ✓ Concessão de Transporte Coletivo de Passageiros por Ônibus em BH;
- ✓ Concessão de VLT em Salvador;
- ✓ Concessão de Sistema Metroviário em Salvador;
- ✓ Concessão de Metro SP – Linha 6;
- ✓ Concessão de trechos da Rodovia Tamoios (SP099);
- ✓ Concessão de BRT em Sorocaba/SP; e
- ✓ Concessão da Ligação Transolímpica/RJ;

21

PRESSUPOSTOS CONSIDERADOS**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS**OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO**

- ✓ **BNDES FINEM DIRETO** para mobilidade urbana (sistemas sobre trilhos ou BRTs) – 100% dos itens financiáveis até 80% do valor total do projeto por um período de até 20 anos.
- ✓ **BNDES AUTOMÁTICO** para projetos de infraestrutura (Projetos de investimento ligados a implantação, ampliação, recuperação e modernização de instalações e/ou atividades nos setores de indústria, infraestrutura, comércio, prestação de serviços, agropecuária, produção florestal, pesca e aquicultura) – em até 150 milhões, por um período de 20 anos com carência de até 3 anos.
- ✓ **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PRÓ-TRANSPORTE** para implantação de sistemas de infraestrutura do transporte coletivo urbano.
 - Além de financiamento referente ao BRT, prevê "construção de pontilhões dentro do perímetro urbano para passagens de nível ou passarelas em pontos de estrangulamentos ou barreiras à circulação ou mobilidade urbana (...) e nos corredores de transporte público coletivo urbano sobre pneus (...)";
- ✓ Financiamento por meio de bancos privados, equity, emissão de debentures; etc.

22

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**SOCIEDADE DE ADVOGADOS**SÃO PAULO**
Av. Paulista, 287, 7º andar
01311-000
Tel.: (11) 3068-4700**BRÁSILIA**
SAUS, Quadra I, Bloco N, sl. 509, 5º andar
70070-941
Tel.: (61) 3223-7895**BELO HORIZONTE**
R. Sergipe, 925, sls. 801/802, 8º andar
30130-171
Tel.: (31) 3582-0285**RIO DE JANEIRO**
Av. Rio Branco, 1, sl. 2006
20090-003
Tel.: (21) 2263-6041

23

ANEXO 2 – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO

LEGISLAÇÃO FEDERAL

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

LEI Nº 13.089, DE 12 DE JANEIRO DE 2015

LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL)

LEI Nº 4.320, DE 17 DE MARÇO DE 1964

DECRETO FEDERAL Nº 6.017/2007

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27, DE 11 DE JULHO DE 2017

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI COMPLEMENTAR Nº 104, DE 04 DE JANEIRO DE 1994

LEI COMPLEMENTAR Nº 495, DE 26 DE JANEIRO DE 2010

LEI Nº 4.950, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1973

LEI Nº 16.673, DE 11 DE AGOSTO DE 2015

DECRETO ESTADUAL Nº 307/2003

ANEXO 3 – BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos do. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BAUBY, Pierre. Service Public, services publics.

CARRAZA, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. SP: Malheiros, 2002.

CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (org). Estudo sobre as parcerias público-privadas. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

CONTI, José Maurício. Orçamentos Públicos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

FORGIONI, Paula A. As parcerias público-privadas no direito brasileiro, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 149-159, jul./set. 2006.

GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de infraestrutura por contrato. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 238-256, 2015

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Departamento para a América Latina e o Caribe. Equipe de Comunicações. CRIANDO MERCADOS, CRIANDO OPORTUNIDADES: A IFC na América Latina e no Caribe. Dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/cea0608d-cd47-4b3a-be59-389cb2cf8642/IFC_LAC_Brochure_2017_POR.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mbggHYy>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Dezembro, 2015. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81eebed9-5507-424d-9bfa-e3a6e60a1d61/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES&CVID=la1X4au>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARRARA, Thiago. Estudo: “A dissociação das atribuições do regulador e do titular dos serviços públicos no setor de saneamento básico diante de lacunas e erros contratuais”. Feito no âmbito da Fadep (FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ENSINO E PESQUISA DO DIREITO), em razão de solicitação da ARES-PCJ, no Contrato n. 25/2016, Ordem de Serviço n. 07/2019. 2019, p. 9

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª ed.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. The Governance of Regulators. OECD: Paris, 2014, p. 38. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264209015-en>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>>. Acesso em 15/05/2020.

Plamus. Plano de Mobilidade Urbana Sustentável da Grande Florianópolis. Produto 18 – Modelo de Viabilização das Alternativas Propostas. Florianópolis, março/2015, p. 27. Disponível em < <http://www.spg.sc.gov.br/visualizar-biblioteca/acoes/regiao-metropolitana/1080--313/file>> Acesso em 15/05/20.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs. O Observatório das PPPs, 26/03/2012. Disponível em < <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-aspectos-relevantes-do-subs%C3%ADdio-investimento-em-concess%C3%B5es-e-ppps> > Acesso em 17/05/2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

ROJAS, Francisco José Villar. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 10, nº 109, jan/2011. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/306772/mod_resource/content/1/%28SCHIRATO%29%20Sistemas%20de%20garantia.pdf .Acesso em 7 de fevereiro de 2018.

SILVA, Roberto José Procópio da. O Estado e seu poder regulador e fiscalizador das concessões e permissões de serviços públicos. Franca, 2001, 168p. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - Universidade Estadual Paulista – UNESP.

SOKOLOFF, Pascal. Marchés publics, delegations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Cooperação interfederativa na gestão de serviços públicos: o caso dos resíduos sólidos. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 441-468, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Simpler: The future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. PPP – Parceria Público-Privada. São Paulo: Saraiva, 2012.

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE NA REGIÃO DA FOZ DO RIO ITAJAÍ

TERCEIRO RELATÓRIO JURÍDICO

Sumário Executivo

Elaborado por Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados

Agosto de 2020

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	4
II MODELAGEM DA CONTRATAÇÃO DO PROJETO SCTR.....	6
II.1 Remuneração e fontes de receitas tarifárias.....	6
II.2 Da importância da instituição de um fundo patrimonial para a segurança e conforto do modelo do fluxo de receitas do Projeto.....	10
II.2.a Das missões institucionais possíveis de serem adotadas por um fundo patrimonial.....	11
II.2.b Da integração do fundo a uma estrutura de liquidação.....	14
II.3 Modelos de estruturação aplicáveis ao Projeto e possíveis objetos.....	15
II.3.a A Concessão Comum.....	16
II.3.b A Concessão Comum com subsídios.....	19
II.3.c A Concessão Patrocinada (PPP).....	23
II.3.d A Concessão Administrativa.....	26
II.4 Comparações lógicas entre os riscos inerentes aos modelos de estruturação.....	29
II.5 Conclusões preliminares a respeito dos modelos de estruturação aplicáveis.....	33
III DA GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PÚBLICAS	34
III.1 A função e a importância das garantias prestadas pelo Poder Concedente.....	34
III.2 A estruturação das garantias.....	36
III.2.a Identificação dos ativos.....	37
III.2.b Mecanismo de garantia.....	37
III.3 O sistema de garantias previsto na Lei das PPPs.....	38
III.4 A operacionalização das garantias: alguns exemplos concretos.....	39
III.4.a A vinculação de receitas e o travamento do fluxo de pagamento nas PPPs da Bahia.....	40
III.4.b A cessão fiduciária de cotas de Fundo de Investimento Imobiliário (PPP do VLT do Rio de Janeiro)	43
III.4.c A combinação de fiança e penhor sobre cotas de Fundo exclusivo junto a Companhia Garantidora: o exemplo da PPP da Linha 4 – Amarela e Linha PPP da Linha 6 – Laranja, ambas do Metrô Estado de São Paulo.....	44
III.4.d Cumulação de penhor de títulos da dívida pública com seguro-garantia: o caso da PPP de Escolas de Belo Horizonte.....	45
IV PROGRAMAS DE FINANCIAMENTO DA MOBILIDADE URBANA	47
IV.1 Programas de financiamento nacionais.....	47
IV.1.a BNDES Finem - Mobilidade urbana.....	47
IV.1.b Caixa Econômica Federal - Programa Pró-Transporte.....	48
IV.1.c BADESC Sistema Viário.....	50
IV.2 Programas internacionais de financiamento.....	50
IV.2.a IFC – International Finance Corporation.....	50

IV.2.b BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento.....	53
IV.2.c BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento.....	55
IV.2.d NDB – New Development Bank.....	56
V ADAPTAÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO DO CONSÓRCIO PÚBLICO COMO PODER CONCEDENTE.....	59
V.1 Possibilidade jurídica do CIM-AMFRI figurar como Poder Concedente.....	59
V.2 Alternativas de regulação da concessão tendo o CIM-AMFRI como Poder Concedente.....	61
V.2.a Regulação direta através de contrato de concessão.....	62
V.2.b Criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana.....	63
V.2.c Delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual.....	65
V.3 Anuência do Estado de Santa Catarina para reforçar a segurança jurídica na implantação e operação do STCR.....	67
V.3.a Participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão.....	67
V.3.b Participação do Estado no Consórcio.....	68
V.3.c Celebração de convênio de cooperação com o Estado.....	68
VI MINUTA DE TERMO DE REFERÊNCIA PARA A PRÓXIMA FASE DO PROJETO.....	70
ANEXO 1 – APRESENTAÇÃO PRELIMINAR DO SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO.....	73
ANEXO 2 – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO.....	85
ANEXO 3 – BIBLIOGRAFIA.....	86

I INTRODUÇÃO

O presente documento insere-se no âmbito das contratações decorrentes da parceria firmada entre a Associação dos Municípios da Região da Foz do Rio Itajaí (AMFRI) e o Banco Mundial para promover estudos de pré-viabilidade complementares aos já realizados pela InovAMFRI, relativos ao projeto de implementação de **cinco corredores de Bus Rapid Transit (BRT) e seis linhas de ônibus prioritárias (Projeto STCR¹ ou Projeto)**.

Conforme previsto no Plano de Trabalho, este Relatório Jurídico foi elaborado em complementação ao Primeiro Relatório Jurídico entregue e contempla as tarefas “e”, “f”, e “g” do Termo de Referência (TdR).

O trabalho encontra-se estruturado em 6 partes distintas. Ultrapassada a presente introdução (**Item I**), serão apresentadas as particularidades dos modelos de contratação preliminarmente considerados para o Projeto, por meio de apresentação preliminar de fatores econômico-financeiros (**Item II**, que faz referência à tarefa “e” do Termo de Referência). Neste item serão tratadas as modalidades de remuneração tarifária e os benefícios da constituição de um fundo patrimonial como agente liquidador integrante do fluxo de pagamentos. Será ainda ponderada a aplicabilidade dos modelos ao caso concreto, diante da observância de fatores como (i) relação custo-benefício, (ii) possíveis óbices jurídicos e (iii) desdobramento de riscos em cada um dos modelos levantados.

Produzidas as considerações preliminares sobre a aplicabilidade dos modelos jurídicos de estruturação do Projeto, serão abordados os modelos de garantias públicas passíveis de serem adotadas na execução do investimento (**Item III**, que faz referência à tarefa “g” do Termo de Referência). Em sequência, o trabalho indica programas nacionais e internacionais de financiamento de mobilidade urbana à disposição para a sua execução (**Item IV**). Não obstante o tema do financiamento do Projeto não estivesse delineado como uma das tarefas jurídicas do termo de referência, tomamos a liberdade de listar abaixo alguns dos principais programas de financiamento disponíveis para o Projeto STCR, vez que, ao lado das garantias enumeradas, vislumbra-se a importância dos institutos para resguardar a atratividade e segurança jurídica dos investimentos demandados pelo projeto *greenfield*.

Por fim, e com base nas conclusões obtidas neste e no Primeiro Relatório Jurídico entregue, decorrer-se-á no **Item V** sobre as adaptações institucionais diagnosticadas como necessárias para a atuação do CIM-AMFRI como Poder Concedente, prezando-se pela manutenção da segurança jurídico do contrato de concessão a ser firmado, conforme indicações da Tarefa “f” do Termo de Referência.

A conclusão do documento atenderá ao solicitado na Tarefa “f”, item “a”, do TdR. Assim, o **Item VI** contempla a Minuta de um Novo Termo de Referência a ser utilizado como base para os trabalhos de análise jurídica a serem desempenhados na próxima fase do Projeto.

¹ Trata-se da denominação que o projeto tem no âmbito da AMFRI: Sistema de Transporte Coletivo Regional – STCR.

II MODELAGEM DA CONTRATAÇÃO DO PROJETO SCTR

Concessões pressupõem um **arranjo mais sofisticado** em termos de obrigações, riscos e viabilidade econômica do que um contrato administrativo mais corriqueiro e de curto prazo. Seja pelo conjunto de escopos do seu objeto ou pelo vínculo mais perene entre as partes (concessões, afinal, importam na constituição de relações de longo prazo), seja ainda pela dependência da receita tarifária como pressuposto de viabilidade e atratividade, as concessões reclamam uma análise mais detida dos elementos que conformam seus contratos. Até por essa razão, as legislações federais gerais que as disciplinam – notadamente as Leis Federais nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004, esta última instituindo um regime específico para as parcerias público-privadas (“PPPs”) – **conferem maior liberdade à Administração Pública para adequar seus arranjos jurídicos aos projetos concretos**, não apenas por meio da escolha adequada do modelo de contratação e de dispositivos que mais bem se encaixem às particularidade de cada caso, mas também do desenho contratual que cada concessão terá com vistas a melhor atingir seus objetivos.

Dentre as condições a serem consideradas para a modelagem de um projeto, estão a (i) **capacidade de pagamento das tarifas** pelos usuários, (ii) o potencial de auferir renda por meio de **receitas ancilares**, (iii) a disposição do modelo quando à **repartição de riscos**, (iv) a relação entre **“finance”** (como capacidade de conseguir financiamento por meio de linhas de crédito cedidas ao concessionário ou ao Poder Concedente) e **“funding”** (disponibilidade de recursos de longo prazo para o Projeto, considerando contraprestações públicas e tarifas), (v) a necessidade de oferecer **garantias para** o Projeto, (vi) a harmonização com diretrizes de **políticas públicas** etc.

Sendo as estruturas de remuneração pressupostos de viabilidade e atratividade, a certeza de que o contrato poderá ser executado em linha com as expectativas da Administração é de suma importância, tanto mais porque ao Poder Concedente cabe estipular **o quanto pretende dispor de seu orçamento** para viabilizar a implantação do Projeto. Uma vez tomada a decisão pelo Poder Concedente, poderá ser definido qual modelo representa o melhor custo-benefício para o Projeto, de acordo com suas particularidades fáticas e jurídicas.

Considerando que a **receita tarifária** envolvida no Projeto figura como um dos primeiros pressupostos para verificar a viabilidade e atratividade do investimento, esse tópico analisará como o seu desenho reflete na escolha do modelo jurídico a ser adotado pelo Projeto.

II.1 Remuneração e fontes de receitas tarifárias

Conforme as previsões legais da Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 11.079/2004, a remuneração de concessionários poderá advir, a depender do modelo de contratação adotado, de: tarifa pública, tarifa

de remuneração, subsídios, contraprestação pública, aporte ou receitas ancilares (provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, conforme definido em lei).

No que diz respeito às tarifas, cabe primeiramente ressaltar a diferença entre **tarifas públicas e tarifas de remuneração**, consequência das práticas utilizadas no setor do transporte público, nas grandes cidades brasileiras, e dos dispositivos da Lei nº 12.587/2012.

A tarifa pública será aquela paga **diretamente pelo particular** em contraprestação ao serviço de que usufruiu, podendo ser entregue diretamente ao próprio concessionário ou a uma estrutura intermediária, como um fundo. Já a tarifa de remuneração corresponde ao **valor recebido pelo concessionário** quando entregue por meio da referida estrutura intermediária, valor este que pode diferir do pagamento efetuado pelo usuário final do serviço. O valor de ambas as tarifas varia a depender do tipo de concessão, das premissas econômicas de cada projeto e do fluxo de receitas.

Por exemplo, a tarifa pública poderá contar com o acréscimo de subsídio fornecido pelo Poder Público, compondo uma tarifa de remuneração de maior valor. A tarifa pública poderá ainda, compreender outros valores que se relacionem ao serviço, mas que não necessariamente sejam direcionados ao concessionário, caso em que a tarifa de remuneração terá valor menor do que o da tarifa pública cobrada do usuário final.

O **subsídio**, como um meio de ajuda governamental ao usuário, tendo como móvel a chamada modicidade tarifária, corresponde no detalhe ao valor destinado a evitar que a dimensão dos encargos e riscos assumidos pelo prestador de serviço seja traduzida em encargos excessivamente onerosos a serem suportados pelos usuários finais do serviço prestado. No cenário de transporte coletivo de passageiros, os subsídios são meios utilizados com frequência para permitir a realização de investimentos ou de gratuidades previstas em lei para parcelas da população (v.g. isenção de tarifas para idosos, prevista no Estatuto do Idoso) sem inviabilizar economicamente a concessão. A previsão de subsídio justifica-se em face da impossibilidade de o concessionário recuperar seus investimentos a partir tão-somente da percepção da tarifa pública.

Já a **contraprestação pecuniária**, disponível para contratos de PPP, presta-se a custear parcela (ou totalidade, no caso de concessão administrativa) dos custos do serviço delegado que não possa ser arcada pelos usuários diretos, seja por razões econômicas (v.g. modicidade tarifária), seja por inviabilidade técnica (v.g. indivisibilidade ou dificuldade operacional de aferição do quantum fruído).

Enquanto o subsídio traduz-se em uma transferência de recursos do Estado voltada a custear parcialmente os serviços, de modo a torná-los economicamente acessíveis para o usuário final, a contraprestação pecuniária destina-se a tornar economicamente viável a intervenção inovadora na obra (implantação, ampliação, recuperação), sem onerar muito nem os usuários, nem o privado, e nem mesmo o Poder Público (pois o diferimento do retorno sobre o capital investido acarreta ônus financeiro também à Administração como pagadora).

Desta forma, enquanto a contraprestação tem **caráter remuneratório ou de despesa** (a título de custeio ou de investimento, a depender da parcela atribuída a cada qual numa parceria), o subsídio

terá, nos termos do art. 13 da Lei nº 4.320/1965, a natureza de **auxílio para obras públicas**², diferenciando-se daquele também pela classificação orçamentária. A diferença conceitual entre subsídio e contraprestação encontra-se esculpida no art. 7º da Lei nº 11.079/2004, quando disciplina que a contraprestação só poderá ser paga **após** a disponibilidade do serviço.

A Medida Provisória nº 575/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.766/2012, alterou o art. 6º da Lei de PPPs, inserindo ainda a modalidade do **aporte público** como meio de pagamento da Administração ao parceiro privado³. A alteração conferiu regime específico ao pagamento de recursos em favor do parceiro privado, ainda na fase pré-operacional do projeto (assim como é permitido aos subsídios), para a construção ou aquisição de bens reversíveis ao Poder Público.

O dispositivo passou a admitir a possibilidade de enquadrar os desembolsos do Estado em favor do concessionário, para investimento em bens reversíveis, como um **ressarcimento público de investimentos** realizados pelo particular em bens que posteriormente reverteriam ao patrimônio público. Ao deixar de ser enquadrado como uma contraprestação (remuneração do concessionário em função dos serviços da concessão), ao aporte público foi conferido tratamento tributário específico, passando a ser isento (ou tornando possível o diferimento) de vários tributos incidentes sobre esta parcela dos pagamentos do concessionário, com ganhos relevantes de economicidades para as parcerias que dele se utilizam. Ainda segundo a lei, a disponibilização do aporte público deve guardar proporcionalidade com as etapas de investimento efetivamente executadas pelo concessionário (§2º do art. 7º, acrescentado pela Lei nº 12.766/2012).

A diferenciação entre aporte público e subsídio se dá por uma linha tênue.

Ainda que ambos correspondam à disponibilização de recursos públicos para o concessionário, ainda na fase inicial do projeto, o **subsídio** tem natureza **assistencial** para a mitigação do investimento inicial proposto, ou seja, **volta-se ao usuário final da concessão**. Já o **aporte público** direciona-se ao **ressarcimento** por despesas com bens reversíveis, ou seja, volta-se ao **Estado**. Pretende **indenizar** o concessionário pelo investimento realizado em bens que incorporarão ao patrimônio público ao final da concessão. Aproxima-se, assim, das subvenções econômicas referidas no art. 12 da Lei 4.320/1964,

² Nem se diga que o art. 21 da Lei nº 4.320/1965 veda tais auxílios para investimentos de empresas da iniciativa privada. Diz o dispositivo: “Art. 21. A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio de empresas privadas de fins lucrativos”. Ocorre que no caso da concessão de serviços públicos precedida de obra pública, haja vista a reversibilidade que lhe é inerente, o ativo não irá se incorporar ao patrimônio do privado, do concessionário. Ainda que possa, transitoriamente, integrar seu ativo, o destino do bem (obra pública) é integrar o patrimônio público. Neste sentido vem a precisa lição de Kleber Luiz ZANCHIM: “[A] vedação do art. 21 é de transferência para investimentos que se incorporem ao patrimônio do beneficiário. Portanto, se o repasse ocorrer, por exemplo, no âmbito de um contrato de concessão para a construção de um ativo público como uma rodovia, não será vedado.” (in José Maurício CONTI, *Orçamentos Públicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 86).

³ Art. 6º, §2º: “O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.”

e do conceito de subvenção para investimento já admitida pelo direito tributário brasileiro antes mesmo da lei das PPPs.⁴ O aporte público despe-se assim da natureza contraprestacional para se assemelhar ao **ressarcimento por adiantamento de despesas**. Outra diferença relevante entre os dois mecanismos é a sua abrangência: enquanto o subsídio é admitido por concessões comuns e por PPPs, o aporte é figura exclusiva das últimas, sendo inclusive possível a adoção de ambos os meios de remuneração nas concessões patrocinadas.

Por fim, dentre os meios de remuneração dos concessionários de serviços públicos de transportes, mencionam-se as **receitas ancilares ou extraordinárias**, provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou da exploração de projetos associados (arts. 11 e 18, VI da Lei nº 8.987/1995). Embora a nomenclatura legal seja pouco precisa, tal remuneração corresponde aos valores percebidos pelos concessionários em complementação à receita principal do contrato, pela exploração de atividades econômicas adjacentes ao objeto da concessão. Um exemplo de receita ancilar é o lucro obtido com a veiculação de propaganda em equipamento integrante do sistema de transporte, passível de ser auferida por meio de previsão específica no edital de licitação.

Tais receitas podem ser auferidas tanto no ambiente de PPPs quanto no ambiente das concessões comuns, atuando como meios de complementação às outras receitas do concessionário⁵.

Como preceitua o art. 11 da Lei 8.987/1995, o objetivo das receitas ancilares é favorecer e contribuir para a **“modicidade das tarifas”**. A sua previsão, em um contrato de concessão, (i) permite reduzir o ônus assumido pelos usuários finais do serviço com o pagamento das tarifas públicas; (ii) induz o concessionário a buscar maior eficiência econômica na execução do contrato e (iii) ainda traz para o Poder Concedente a possibilidade de combinar o escopo imediato da concessão com outras atividades de interesse público (como o fomento do comércio local, ou a renovação de áreas urbanas degradadas com a implementação de linhas BRT, por exemplo).

Conforme o vetor legalmente estabelecido e o regime contratualmente fixado, tais receitas extraordinárias tendem a possibilitar um abatimento no valor da tarifa pública, dos subsídios ou do valor a ser pago pelo Poder Concedente como contraprestação pública. O estabelecimento de ajustes mais

⁴ Observe-se que a não-tributação de pagamentos com esta característica não foi novidade da lei das parcerias público-privadas. O direito tributário brasileiro desde há muito reconhece que o pagamento de valores em função de investimentos realizados em bens de terceiros não integra a receita operacional bruta da empresa que o recebe (art. 38, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977) e não deve entrar para a apuração do lucro real percebido pela empresa que realiza o investimento. Na forma da lei, os recursos concedidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos (subvenções de investimento) devem ser excludidos do Livro de Apuração do Lucro Real. O efeito decorre do reconhecimento de que esta parcela não integrará a remuneração propriamente dita do Concessionário e que, por esse motivo, não deve ser contabilizada como lucro ou rendimento.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 322.

complexos para o papel de tais receitas extraordinárias no contrato de concessão pode ser facilitado pela adoção de, por exemplo, por um fundo patrimonial, conforme será demonstrado a seguir⁶.

Como em outros setores econômicos essenciais, as concessões no setor de transportes impõem a análise acurada das fontes de receitas para custeio dos projetos. O tema da universalização e acessibilidade econômica coloca-se ainda mais premente, dado que o transporte de passageiros é meio para a execução de diversos outros serviços públicos e atividades econômicas em sentido amplo.

Por outro lado, a escolha de modais que sejam mais atrativos em termos de volume, sustentabilidade e atualidade no longo prazo (notadamente os modais de transporte sobre trilhos) demandam investimentos iniciais muito mais expressivos, que dificilmente poderão ser custeados exclusivamente com a tarifa pública.

Daí a relevância de se considerar todas as fontes possíveis de receitas para a concessão; cuidar para que a política tarifária seja condizente com as políticas públicas que se pretende concretizar por meio do projeto; e, por fim, garantir que os valores estipulados no fluxo de receitas da contratação sejam devidamente segregados e protegidos, fator esse que tende a ser favorecido com a instituição de um fundo patrimonial para o Projeto.

II.2 Da importância da instituição de um fundo patrimonial para a segurança e conforto do modelo do fluxo de receitas do Projeto

Um fundo patrimonial é a parte do patrimônio de uma organização que é **segregada** de seu patrimônio operacional e de suas demais reservas (segregação meramente contábil-administrativa ou mesmo em uma personalidade jurídica distinta), com o objetivo de ser mantido na perpetuidade, de maneira que seu poder aquisitivo seja preservado ou expandido ao longo dos anos.

O fundo patrimonial é mantido investido com o intuito de **gerar receita periódica e previsível** para custear toda ou parte da missão da organização beneficiária. A fórmula contempla, conseqüentemente, a necessidade de auferir rentabilidade do patrimônio, o qual costumeiramente se dá pela sua alocação em investimentos de baixo risco, que não comprometam o capital, tal como aplicações financeiras de baixo risco, como os atuais fundos lastreados em títulos públicos.

No cenário tratado, o fundo patrimonial corresponderá à segregação de um conjunto de receitas e ativos, instituídos, geridos e administrados por uma entidade financeira, que garantirá o devido estabelecimento do fluxo de receitas e a segurança dos ativos depositados sob sua custódia.

⁶ PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>>. Acesso em 15/05/2020.

Entretanto, conforme será demonstrado abaixo, um fundo patrimonial, além de servir como uma instituição para a simples detenção das receitas do Projeto, poderá desempenhar diferentes missões institucionais capazes de promover eficiência, segurança e *accountability* aos modelos de contratação disponíveis para o Projeto.

II.2.a Das missões institucionais possíveis de serem adotadas por um fundo patrimonial

Dentre as muitas atribuições passíveis de serem alocadas aos fundos patrimoniais, mencionam-se, sem porém limitar, as de: (i) **facilitar a remuneração tarifária** do(s) concessionário(s), dada a possibilidade de figurar como **fundo de perequação** (ou de subsídios cruzados), (ii) **contribuir com outros projetos de políticas públicas** e fornecimento de maior complexidade às estruturas do Projeto, (iii) dar **lastro para garantias** (que podem ser exercidas na figura de um Fundo Garantidor), (iv) auxiliar no **custeio de órgãos de fiscalização**; e (v) auxiliar na manutenção de um **fundo de reserva** diante de eventual necessidade de reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato de concessão (Fundo Garantidor do Equilíbrio Econômico Financeiro).

Assumindo a figura de um **fundo de perequação tarifária⁷ ou de compensação**, o fundo passaria a figurar como uma etapa intermediária na alocação das tarifas e demais receitas que vierem a integrá-lo, moderando os valores recebidos das diversas fontes de receitas e as remunerações ou pagamentos contratualmente estabelecidos para os diferentes atores do sistema do BRT. O fundo receberia os valores condizentes (i) à tarifa pública devida pelo usuário (caso presente no modelo considerado), somados a (ii) eventuais contraprestações públicas depositadas pelo Poder Concedente; e às (iii) receitas ancilares auferidas (cuja permissão e porcentagem de divisão esteja prevista em contrato de concessão), para assim efetuar a justa divisão da quantia arrecada entre os concessionários envolvidos na prestação do serviço, remunerando-lhes as respectivas tarifas de remuneração, em conformidade com os instrumentos jurídicos que regulam a sua relação com o serviço.

A dinâmica observada pelos fundos de perequação ou compensação possibilita que a modelagem a ser desenvolvida se torne **mais elástica, mais complexa e mais capaz de integrar diferentes concessionários, diferentes serviços, ou até mesmo, concessões licitadas por entes federativos distintos**, dando um maior potencial de flexibilização e modernização ao Projeto. Passaria, ainda, a ser mais resiliente, uma vez que o fundo também pode se tornar um importante instrumento de estabilização das relações em momentos de anormalidade, ou ainda diante da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como adiante se verá.

⁷ SOKOLOFF, Pascal. *Marchés publics, delegations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, p. 320; BAUBY, Pierre. *Service Public, services publics*, p. 71; PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*, p. 78 e ROJAS, Francisco José Villar. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, p. 179.

Observa-se assim que a instituição de um fundo patrimonial, que atue como fundo de perequação, pode refletir em pelo menos **três possíveis vantagens para os concessionários e para o CIM-AMFRI** (como Poder Concedente no Projeto de Implantação do Sistema SCTR).

Primeiramente, permitiria a eventual opção pelo **desmembramento de um serviço em diferentes concessões**. Poder-se-ia contar com um grupo de concessionários executando atribuições diferentes, todas necessárias para a prestação de um mesmo serviço final, como, por exemplo, o fornecimento de material rodante, a manutenção técnica e a operação do sistema de BRT. Nesse caso, os contratos de concessão detidos podem ser regidos por diferentes regimes de contratação, não tendo a mesma capacidade de geração de remuneração tarifária (v.g. poderia se optar por concessão administrativa de material rodante e por concessão comum para a operação do sistema de BRT). Assim, caberia ao fundo atuar como uma figura central responsável por realizar a justa divisão das receitas, de forma a garantir a organização, transparência e a continuidade da atividade de todos os serviços necessários para a manutenção da concessão (sendo capaz, inclusive, de possibilitar compensação que permitisse a diminuição de contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Público ao fornecedor de material rodante).

Além disso, torna possível a **integração entre concessões promovidas por diferentes entes federativos**. No caso fático, onde sistemas de transporte coletivo já são operados em Municípios parte da Região Metropolitana onde será implantado o Projeto, poderia ser fomentado, por exemplo, um **sistema único de bilhetagem**, maximizando as conquistas em toda a região. Permitir que seja paga apenas uma tarifa pública aumentaria a integração do transporte coletivo, incentivando seu uso crescente pelos usuários e um sucesso na política de desenvolvimento para toda a área considerada. Entretanto, faz-se essencial a presença central e organizacional de um fundo constituído para (i) lidar com a comunicação entre as esferas de governo e (ii) promover o sistema de bilhetagem e a divisão justa e imparcial da remuneração tarifária de todos os concessionários prestadores de serviço.

Por fim, um terceiro benefício para o Projeto seria a possibilidade de o fundo **também pudesse assumir o financiamento de outras funções inerentes ao sistema**, como a de fiscalização ou até mesmo de operacionalização de outros serviços (v.g. como o do sistema de bilhetagem em si). O montante arrecado mediante o recebimento de tarifa(s) pública(s) poderia ser destinado inclusive para **cobrir eventuais déficits** apurados na prestação de serviços de pequena rentabilidade ou para **subsidiar diretamente a universalização dos serviços** em determinados casos (a atuação como fundo de perequação propicia a efetivação de subsídios cruzados, visando à fixação de tarifas módicas e acessíveis)⁸.

⁸ PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão e serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

A título exemplificativo, cabe ponderar o exemplo da modelagem de concessão de serviço público para transporte coletivo municipal de ônibus na cidade de **Belo Horizonte**⁹.

O consórcio constituído pelos concessionários em Belo Horizonte atua como agente de liquidação, sendo responsável pela custódia e distribuição dos valores apurados entre os concessionários, Poder Concedente e um **Fundo Garantidor do Equilíbrio Econômico-Financeiro (FGE)**.

Para que não fosse necessário ao Poder Público arcar com subsídios e pudesse ser estabelecida uma concessão comum 'plena', foi fixada tarifa pública de valor superior ao necessário para a tarifa de remuneração pelo serviço do consórcio de concessionários. Parte desse montante arrecado, segundo previsões originais, deveria ser utilizado pelo consórcio para **custear a agência reguladora BHTrans** (Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte).

O **FGE**, instituído pelo consórcio de concessionários, detém 1% da receita operacional bruta arrecadada, e tem a responsabilidade de direcionar esse valor para a quitação de eventuais custos dentro do próprio sistema de concessão, contanto que se refiram à **revisão ou extinção contratual**. Assim, experimentadas necessidades de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o valor excedente a ser transferido para os particulares sairia das reservas fundiárias (e não do orçamento público do Poder Concedente) e seria distribuído justamente pelo consórcio para os concessionários envolvidos na prestação do serviço. Em caso de um reequilíbrio favorável à Administração, tal valor passaria a compor as reservas do FGE.

Para além das obrigações assumidas pelo fundo patrimonial na concessão de transporte na cidade de Belo Horizonte, vale menção à possibilidade de instituição de fundo patrimonial com a função de **fundo garantidor** de perequação para auxílio a **Fundo Garantidor** de concessão pública¹⁰. Já que o esse tipo de fundo seria responsável pela centralização e pelo direcionamento das receitas da concessão ao(s) concessionário(s), poderia atuar como **garantidor do lastro das garantias** a serem assumidas por um fundo garantidor, conferindo **viabilidade** ao Projeto. Essa medida ainda contribuiria para um aumento na **atratividade do investimento**, que passa uma por conferir maior **segurança financeira** aos investidores do Projeto.

Finalmente, anota-se que para além das missões institucionais mencionadas acima, há muitas outras possíveis de serem assumidas por fundos patrimoniais a depender da estrutura de governança a ser criada para a implantação do Projeto, cabendo menção especial à integração do fundo como parte da estrutura de liquidação das receitas.

⁹ Maiores informações sobre o Contrato de Concessão firmado, reajustes tarifários e dados operacionais relativos ao transporte coletivo por ônibus, podem ser consultados no site da Prefeitura de Belo Horizonte, especificamente em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transparencia/transparencia-no-transporte-coletivo>>. Acesso em 16/05/2020.

II.2.b Da integração do fundo a uma estrutura de liquidação

Parte essencial do funcionamento de um fluxo de receitas é garantir que os créditos que o compõem serão devidamente liquidados. Desse modo, faz-se essencial o estabelecimento de uma estrutura de liquidação que preze pela **lisura, accountability, transparência e eficiência** da administração das receitas tarifárias.

A **liquidação de despesas** corresponde à **verificação do direito adquirido pelo credor**, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Por meio do devido procedimento, visa-se, por fim, apurar: (i) a origem e o objeto do que se deve pagar; (ii) a importância exata a ser paga; e (iii) a quem se deve pagar para extinguir a obrigação adquirida.

A estrutura de liquidação mencionada acima, aplicada aos sistemas interligados e complexos de transporte, corresponde à figura de uma *'clearing house'*, como uma modalidade de câmara de compensação onde transações são processadas e registradas. A execução do procedimento é efetuada por **agente de liquidação**, na figura de **uma instituição financeira** que atuará diretamente na (i) abertura e manutenção de conta vinculada, (ii) na realização da liquidação das operações de comercialização dos créditos de viagem, (iii) na custódia dos recursos arrecadados em virtude de tarifas públicas, e (iv) na posterior distribuição dos valores apurados em favor dos concessionários envolvidas na prestação do serviço a título de tarifa de remuneração.

A estrutura permite uma maior **previsibilidade e segurança jurídica** ao Projeto, dificultando a interferência de eventuais riscos operacionais ou políticos no recebimento de receitas pelos prestadores de serviço.

Para que se obtenha o melhor proveito da estrutura, é recomendável que seja constituído agente de liquidação específico para o Projeto, reflexo de uma figura diversa que preze por uma **clara divisão entre os interesses** do Poder Público e dos particulares envolvidos na prestação de serviço. Como uma figura **independente**, proporcionar-se-iam melhores níveis de **transparência** para uma contratação que poderá envolver vários níveis de **integração interfederativos**.

Assim, defende-se a possibilidade de adotar o fundo patrimonial que, entre outras funções, seja implicado no processo de liquidação, sendo gerido por instituição financeira independente que tenha entre suas funções a de atuar como agente de liquidação.

A escolha da instituição financeira que atuará como **agente de liquidação** variará de acordo com o modelo de contratação e das remunerações tarifárias determinadas para o Projeto, devendo ser buscada a alternativa que promova uma maior **accountability, transparência e eficiência** para o Projeto.

A título de explicativo, trazemos novamente o caso de transporte coletivo no Município de Belo Horizonte. O modelo adota o **fundo patrimonial, gerido pelo próprio consórcio de concessionários, que atua como o agente de liquidação do sistema**. Como a concessão conta apenas com uma fonte de receita tarifária, não apresentando subsídios, o modelo é viável. O fundo acaba por se autorregular e fiscalizar, que já os próprios concessionários atuam como gestores e como as partes interessadas na

promoção da liquidez dos valores de remuneração tarifária. A presença dos diferentes concessionários impede que um ou outro influencie negativamente a distribuição de receitas, e assim garante a imparcialidade, agilidade e simplicidade do sistema de alocação de receitas.

Entretanto, **não se recomenda a adoção do modelo consorcial em contratações que envolvam múltiplas fontes de receita**, notadamente contraprestações pecuniárias, aportes públicos ou subsídios fornecidos pelo Poder Público. Nesse cenário, a estruturação da liquidação é elemento crucial para a observação da **accountability** e dos interesses econômicos dos concessionários e do Poder Concedente, devendo ser indicada pelo fundo uma **instituição financeira independente** que componha a estrutura de liquidez criada, prezando pela lisura do procedimento e pela mitigação de riscos de uma eventual sobreposição de receitas subsidiárias e de tarifas públicas.

Pontua-se a vantagem da **contratação de instituição financeira realizada diretamente pelo fundo**. Mesmo não atuando para promover a liquidação em si, o fundo patrimonial ainda figuraria como parte integrante do fluxo de receitas, performando como um agregador dos valores envolvidos no serviço público. Como **figura central e organizacional**, contaria com a flexibilidade necessária para assumir diferentes missões institucionais que melhor se adequem ao modelo de contratação, fornecendo uma maior possibilidade de integração, transparência e segurança jurídica ao modelo de estruturação elegido.

II.3 Modelos de estruturação aplicáveis ao Projeto e possíveis objetos

A recomendação pela aplicação de um modelo de concessão - comum, comum com subsídio, patrocinada ou administrativa – depende diretamente da rentabilidade do serviço a ser prestado e da disponibilidade de recursos da Administração para compor parte ou totalidade da remuneração tarifária a ser paga ao parceiro privado, caso necessário.

O Projeto SCTR envolve a execução de um extenso número de obras e serviços¹¹, cada qual com suas particularidades e capacidades de arrecadação financeira. Há uma quantidade inúmera de arranjos que poderiam ser considerados para viabilizar uma ou mais concessões dotadas de equilíbrio econômico-financeiro. Destaca-se que não é o intuito desse Relatório esgotar tais modelos, já que não faz sentido fazê-lo diante da ausência da previsão de orçamento disponível para a efetivação do Projeto, pressuposto de viabilidade para a escolha de modalidade de contratação.

Partiremos então da análise das particularidades inerentes às modalidades de contratação (principalmente no que tange às estruturas remuneratórias disponíveis); para que, em seguida, possamos observar seus reflexos nos objetos de concessão preliminarmente considerados pelos estudos preliminares

¹¹ Dentre os quais menciona-se, sem, entretanto, limitar, a implantação, operação e manutenção do Sistema de BRT e do equipamento de travessia a ser construído (ponte ou túnel).

de viabilidade econômico-financeira do Projeto¹²: (i) a concessão individual do Sistema de BRT, (ii) a concessão individual de equipamento de travessia (túnel ou ponte), e (iii) a concessão conjunta do Sistema de BRT e de equipamento de travessia.

II.3.a A Concessão Comum

As **concessões comuns**, regidas pela Lei nº 8.987/1995, são modalidades de contratação onde a tarifa pública a ser cobrada dos usuários, somada à renda auferida por meio de receitas ancilares, é suficiente para remunerar o concessionário pelo serviço público sendo desempenhado.

Desse modo, a adoção do modelo de estruturação parte do pressuposto de que o Projeto regulamentado é economicamente viável, fazendo-se **desnecessário, em princípio, o concurso de recursos diretos por parte do Poder Público**.

O modelo da concessão comum foi amplamente utilizado nas primeiras concessões de transporte público desenvolvidas em território brasileiro. Em relação aos contratos administrativos submetidos à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8666/1993), esses contratos caracterizam-se por conferir **maior liberdade de gestão** ao concessionário, a assunção de **maiores riscos** tanto pela Administração quanto pelo particular contratado, a perspectiva **colaborativa** e de longo prazo, a **mutabilidade** inerente à passagem do tempo, a **relação tripartite** entre Poder Concedente, Concessionário e usuário dos serviços, bem como pelas características de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas (art. 6º, par. 1º da Lei n. 8.987/1995).

As concessões comuns diferenciam-se das PPPs pelas diferenças na estrutura de remuneração. Se, nestas últimas, o Poder Concedente assume, integral ou parcialmente, o ônus de financiar o serviço a ser prestado; na concessão comum, a integridade da remuneração do concessionário advém da tarifa paga pelos usuários. Ainda assim, concessões comuns e parcerias público-privadas fazem parte da mesma família dos contratos de concessão, com características comuns importantes: contratos de colaboração, de longo prazo, com grande liberdade conferida ao particular, bem como grandes responsabilidades, no qual o particular assume a realização da gestão de um serviço público ou de uma infraestrutura pública e recebe sua remuneração em decorrência da execução de tal serviço.

Convém traçar uma última nota a respeito do risco de demanda neste tipo de contrato, especialmente relevante para os contratos no setor de transportes de passageiros. Ainda que na casuística brasileira é bastante comum que o risco de demanda seja assumido integralmente ou em maior medida pelo concessionário, não é incomum, especialmente em projetos *greenfield* (cuja demanda estimada tem maior probabilidade de divergir substancialmente da demanda real por falta de parâmetros pré-

¹² Apresentação Preliminar de Estudos Econômico-Financeiros disponibilizada pela UnaPartners em abril de 2020.

estabelecidos) que sejam previstos mecanismos de compartilhamento dos riscos de demanda mesmo nas concessões comuns, a fim de aumentar a segurança do Projeto e a sua atratividade financeira (e.g. mecanismos de banda, a serem tratados no Item II.IV deste relatório)¹³.

II.3.a.1 A concessão comum do Sistema de BRT

A concessão comum do Sistema de BRT corresponderia à outorga da modernização, ampliação, gestão e operação do Sistema de BRT a um particular, por meio de concessão remunerada pela cobrança de tarifas dos usuários finais. Considerando a projeção inicial da análise econômico-financeira disponibilizada, têm-se que a concessão comum do Sistema de BRT prevê uma Taxa Interna de Retorno (“TIR”) promissora de 13,5%, propiciando um alto grau de atratividade financeira para a iniciativa privada.

No que concerne ao Poder Concedente, o modelo também denota atratividade por não imputar à Administração a mobilização de recursos financeiros a título de remuneração ou auxílio, vez que as receitas obtidas por meio da prestação do serviço são suficientes para remunerar o concessionário.

A título exemplificativo de utilização do modelo da concessão comum, cabe lembrar o precedente de transporte coletivo de ônibus no Município de Belo Horizonte (mencionado no Item II.1.a)¹⁴. O modelo de transporte coletivo de ônibus desenvolvido em Belo Horizonte não demanda contribuições financeiras por subsídios tarifários, tendo sido estruturado como uma concessão comum, mantida pelo preço da tarifa pública e pela receita proveniente de exploração de serviços acessórios.

Entretanto, destaca-se que o modelo exige a fixação de preço da tarifa pública que respeite o princípio da **modicidade tarifária**. Ou seja, deve ser efetuada análise econômico-financeira minuciosa para definir se seria possível atingir um equilíbrio financeiro ao contrato de concessão. Ao particular deve ser dada a possibilidade de ver seus investimentos amortizados, e vislumbrar lucro enquanto cumprindo com suas obrigações e sem onerar excessivamente os usuários do serviço.

II.3.a.2 A concessão comum do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

13 CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CIBIC. Concessões e parcerias público-privadas: Guia para o gestor público. Brasília-DF: 2016. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf>.

14 Maiores informações sobre o Contrato de Concessão firmado, reajustes tarifários e dados operacionais relativos ao transporte coletivo por ônibus, podem ser consultados no site da Prefeitura de Belo Horizonte, especificamente em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transparencia/transparencia-no-transporte-coletivo>>. Acesso em 16/05/2020.

A concessão comum de equipamento de travessia, partindo do pressuposto de que será cobrada tarifa para a utilização da estrutura a ser construída (tanto túnel quanto ponte), contaria com o mesmo mecanismo de remuneração da concessão comum individual do Sistema de BRT. O concessionário terá seu investimento inicial, empregado nas obras de engenharia, amortizado pela posterior operação da ponte ou túnel.

Entretanto, há diferença latente no que tange ao **montante de investimento** inerente à implantação dos equipamentos de travessia quando em comparação com à implantação do BRT. De acordo com o estudo prévio de viabilidade econômico-financeira, o investimento inicial estimado para implantação do BRT foi de R\$1,269 bilhão; o previsto para a construção da ponte em R\$ 453,400 milhões; e o investimento para a construção do túnel sob o Rio Itajaí foi estimado em R\$ 2,055 bilhões (data base 2020)¹⁵.

Verifica-se então o **desafio de amortização do investimento inicial**, atrelado à necessidade de manutenção de tarifas passíveis de serem arcadas pelos usuários do serviço de travessia oferecido. Ainda que tal aspecto dificulte a adoção de concessão comum para o equipamento de travessia, arranjos de **governança** poderiam ser efetuados, sendo possível valer-se da constituição de um fundo de perequação para equalizar o fluxo de receitas da concessão comum, eventuais subsídios necessários para a sustentabilidade da concessão comum e ainda as receitas decorrentes de um outro modelo de concessão a ser operado pelo Sistema de BRT.

II.3.a.3 Concessão comum conjunta do Sistema de BRT e do Equipamento de travessia

A estruturação de uma concessão conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia permitiria contar com ao menos **duas fontes de remuneração tarifária**: a primeira cobrada a título de **bilhetagem** e a **segunda referente ao pedágio**, quando transpassada ponte ou túnel. Nota-se que a combinação de ambas as receitas resultou em uma TIR de 12,3% para o modelo de concessão nos estudos de pré-viabilidade, mostrando preliminarmente a viabilidade do empreendimento.

O modelo se mostra atraente para a iniciativa privada. Devem, porém, ser sopesados fatores que poderiam desincentivar a participação de licitantes do certame, dentre os quais: (i) uma **maior variedade e quantidade de riscos** a serem arcados por um único parceiro privado (v.g. riscos de engenharia, riscos de operação, riscos financeiros, etc.), (ii) necessidade de comprovação de relevante **experiência técnica** para operacionalizar dois serviços diferentes (que, separados, poderiam ter concessionários com habilidades mais direcionadas ao objeto) ou de constituição de consórcio, e (iii) na exigência de um **alto investimento financeiro inicial**, que mesmo financiado e dotado de condições razoáveis de amortização, exige comprovação de elevado capital financeiro pelo licitante.

¹⁵ Conforme dados disponibilizados em apresentação econômico-financeira preliminar, de abril de 2020.

Não obstante estas desvantagens, a concessão integrada do sistema de BRT e do equipamento de travessia favorece de diversas maneiras o atingimento do fim público de otimização do sistema de mobilidade urbana.

Em primeiro lugar, a **integração é benéfica para assegurar o desempenho** eficiente dos serviços, haja vista que a existência de um único responsável pela gestão de ambos os equipamentos não dá margem para dúvidas ou litigâncias que atrasem ou afastem a responsabilização do gestor do serviço deficitário. Logo, sabendo que dificilmente terá como se esquivar de eventuais penalizações ou descontos financeiros, o concessionário tende a se empenhar mais para garantir a melhor performance do contrato, ampliando a eficiência e qualidade dos serviços públicos concedidos.

De outro lado, a existência de **um único responsável pela gestão** de ambos os equipamentos também é positiva para o Poder Concedente, pois, diante de eventual ineficiência ou descasamento entre os diferentes serviços, o **Poder Público tem menor risco de ser responsabilizado** pela incoerência nas premissas, descasamento de cronogramas, ou falta de coordenação entre ambas as concessões.

Ainda, a concessão integrada favorece o **planejamento otimizado do funcionamento integrado** de ambos os sistemas de transporte, evitando discrepância de cronogramas e de outros aspectos que ensejam dependência entre ambos os projetos.

No que tange ao processo licitatório, a concessão integrada é a **opção menos custosa e mais célere**, se comparada à necessidade de realização de mais um processo licitatório. Todavia, não promove tanto a competitividade entre os licitantes quanto o duplo processo licitatório. Desta forma, é necessário sopesar todos estes fatores positivos e negativos da concessão integrada no processo de tomada de decisão.

II.3.b A Concessão Comum com subsídios

As **concessões comuns subsidiadas** foram previstas no art. 17 da Lei nº 8.987/1995¹⁶, que embora não tenha trazido um enunciado claro quanto a possibilidade de se utilizar subsídios em concessão comum, foi interpretado de maneira a permitir a figura de subsídios em todas as modalidades de concessão. Ao prever que não seriam admitidas propostas que considerassem outros subsídios que não aqueles previstos em lei, a Lei de Concessões permitiu, *a contrario sensu*, que eventuais subsídios previstos em lei e estendidos a todos os licitantes poderiam ser considerados para concessões comuns.

Assim, os subsídios encontram-se vinculados ao modelo de concessão de serviço público disciplinado pela Lei nº 8.987/1995, contanto que sejam **previamente estipulados em lei**. Como reflexo

¹⁶ “Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes”.

da necessidade de transparência das condições da concessão para resguardar a isonomia dentre os licitantes, os subsídios e seus mecanismos reguladores também deverão constar no edital a ser publicado.

Também não há obstáculos a que possam ser previstas fontes alternativas de receitas as receitas ancilares, ou extraordinárias, como, aliás, o admite a lei nacional de concessões, tendo em vista “favorecer a modicidade das tarifas” no modelo adotado de concessão subsidiada.¹⁷

11.3.b.1 Concessão subsidiada para o Sistema de BRT

Do Primeiro Relatório Jurídico produzido, vislumbrou-se que, de acordo com dispositivos de leis federais, como a referente ao Estatuto do Idoso, um **alto número de isenções e gratuidades** deverão ser concedidas a passageiros usuários do sistema de BRT. Desse modo, a necessidade de arcar com subsídios tarifários e proporção dos mesmos para efetivar o modelo de concessão deve ser ponderada pelos estudos econômico-financeiros conclusivos.

O modelo de concessão comum subsidiada estabelece ao sistema um nível de **dependência das receitas públicas** direcionadas à composição da remuneração do concessionário. Entretanto, considerando que a **natureza auxiliar do subsídio é diretamente vinculada à demanda do serviço**, é possível que, no decorrer da operação do sistema de BRT, vislumbre-se a necessidade de **ajustar a remuneração do particular a título de subsídio**, mesmo que a situação a princípio se mostre improvável (v.g. diminuição do número de idosos utilizando o BRT).

De qualquer modo, para garantir que o auxílio está sendo fornecido a uma necessidade real de manutenção do sistema de BRT - e como meio de prezar pela transparência do processo licitatório -, os termos disciplinadores do subsídio devem estar **previstos tanto em lei específica como no edital** de licitação.

Destaca-se que além do subsídio tarifário previamente mencionado, pode-se contar com o fornecimento de **subsídios a investimentos** pelo Poder Concedente, assim como presenciado na concessão comum subsidiada do BRT do Município de Sorocaba.

No Brasil, esse projeto concretizou a primeira concessão precedida de obra já efetuada no segmento de transporte com ônibus, tendo somado um investimento de R\$ 384 milhões na implantação de infraestrutura, projetos, desapropriações, material rodante e ITS (Sistema Inteligente de Transporte). Do total investido, R\$ 251 milhões vieram de aplicação pelo consórcio constituído por particulares, e **R\$ 133 milhões de subvenção a investimentos pela Prefeitura de Sorocaba** (R\$ 127 milhões vindos de financiamento com o Governo Federal e 6 milhões a título de subvenção a investimento)¹⁸.

¹⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 717 e 718.

¹⁸ Cf. “BRT Sorocaba”. Disponível em: < <https://brtsorocaba.com.br/sobre/> >.

O modelo do BRT de Sorocaba adotou a instituição de um **fundo patrimonial**, responsável pelo recebimento de tarifas públicas pagas pelos usuários finais e de subsídio depositados pelo Poder Público. Após o recebimento dos referidos montantes, o fundo se responsabiliza por distribuir o valor total, de forma justa aos concessionários integrantes do consórcio responsável pela prestação do serviço do BRT.

Ao lado de um modelo onde o fundo seja destinatário dos valores referentes à tarifa pública e também dos subsídios, como no precedente do BRT de Sorocaba, pode-se ainda cogitar da hipótese em que o concessionário receba diretamente o valor da tarifa pública, sendo constituído fundo apenas para suportar o repasse de subsídios.

Nesse último caso, cabe ressalva. O controle exclusivo do particular pelo montante arrecado a título de tarifa pública, sem a interferência de um fundo liquidador, faz com que seja criado espaço para **fraude**. Isso porque, como o montante de subvenção recebido é proporcional ao número de isenções tarifárias enfrentadas pelo sistema, os valores arcados com gratuidades poderiam ser facilmente alterados pelo único ator capaz de realmente quantificar tais gratuidades: o próprio concessionário. Ainda, poderia ser questionada a **motivação** do concessionário para arcar com um eficiente sistema de fiscalização, já que os ônus econômicos referentes as fraudes de isenções pelos usuários seriam arcados exclusivamente pelo Poder Concedente e não teriam qualquer repercussão econômica para o concessionário.

Assim, caso opte-se pelo recebimento direto de tarifas públicas pelo concessionário, há de se estabelecer canais de transparência, monitoramento e controle, de modo a permitir a **fiscalização efetiva** pelo Poder Público do regime de tarifas públicas e isenções, propiciando previsão mais acurada e justa do dispêndio exato dos cofres públicos a ser gasto com subsídios.

11.3.b.2 Concessão subsidiada do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

A adoção do modelo de contratação de concessão comum com subsídio permite que seja construída ponte ou túnel em regime de concessão comum, contando com subvenção econômica no **início da fase de construção** do Projeto.

A depender da disponibilidade de orçamento do Poder Concedente, tal modelo poderia apresentar uma **atratividade maior** para o Projeto. A presença de subsídios permitiria maior conforto para o concessionário com relação ao fluxo de caixa inicial do Projeto, trazendo alívio para os relevantes investimentos iniciais com que o concessionário precisa arcar, e melhorando consideravelmente as condições econômicas do investimento.

Ademais, a subvenção concedida pelo Poder Concedente a título de investimento em infraestrutura envolve **grandes vantagens de ordem tributária**, notadamente pelo regime de isenções típicas das subvenções tratadas na Lei nº 4.320/1964 e pelo fato de que tais receitas não são contabilizadas como recursos do concessionário. Como o Poder Público faz um investimento financeiro pelo qual ele mesmo receberá a contrapartida, essa subvenção não será tributada ao concessionário.

A depender do orçamento do Poder Concedente, há também a possibilidade de se valer de subsídios tarifários, conjuntos ou não a subsídios em investimento, como, a título de exemplo, foi vislumbrado na concessão comum da via Transolímpica, corredor de BRT que atualmente liga o Recreio dos Bandeirantes à Vila Militar, no Município do Rio de Janeiro.

Ainda no que diz respeito à fixação de subsídios tarifários, cabe ressalva quanto à utilização de subsídios cruzados, aplicável também aos outros modelos de estruturação, mas especialmente no que diz respeito à fixação de tarifa em equipamento de travessia - vez que usuários dos sistemas coletivos de transporte contam com algumas proteções legislativas às tarifas deles cobradas (v.g. art. 39 da Lei Federal nº 10.741/2003, tratando da isenção tarifária a idosos).

Muitas vezes os usuários onerados pela instituição de tarifas mais elevadas não correspondem às pessoas que apresentam maior capacidade de pagamento. É comum que a necessidade e frequência de utilização do serviço não esteja vinculada a usuários com posições econômicas mais confortáveis, e a **oneração da tarifa sobre os mesmos pode gerar questionamentos** sobre as políticas públicas controversas adotadas ao lado da diminuição da demanda pelo serviço.

Assim, a pretensão de aumento da remuneração do concessionário por meio de aumento da tarifa poderá resultar no efeito inverso, isto é, na redução da arrecadação justamente pelo fato de a tarifa se tornar proibitiva a parcela dos usuários atingidos pela oneração instituída pelo Poder Concedente ou concessionário. Um exemplo seria fazer com os que os particulares pagassem tarifas mais elevadas para propiciar uma diminuição da tarifa a ser paga por veículos em trânsito por motivos econômicos, como caminhões. A conduta poderia fazer com que particulares não utilizem da ponte ou túnel, não promovendo o retorno financeiro desejado pelo concessionário ou pelo Poder Público, e principalmente, não alcançando os objetos do Projeto no que concerne à mobilidade urbana.

A concessão subsidiada, diante de um grande investimento para a implantação de Equipamento de Travessia e da necessidade de manutenção da modicidade tarifária, mostra-se como grande aliada da viabilização do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ao passo que desonera o investidor, permite que sejam empregadas as melhores técnicas na implantação e operação das obras mediante contribuição pecuniária do Poder Concedente. Ainda assim, a concessão de subsídios cruzados costuma levantar controvérsia jurídica e contestação, motivo pelo qual o recurso a este expediente deverá ser cuidadosamente sopesado e construído.

11.3.b.3 Concessão subsidiada conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia

Estabelecer um modelo de concessão comum subsidiada, que abranja tanto o Sistema de BRT quanto a implantação e operacionalização de túnel ou ponte, possibilita o desenho de inúmeras estruturas de remuneração tarifária, dentre as quais:

- (i) contar com a figura do subsídio público apenas para o BRT ou para o equipamento de travessia (a definir e a título de investimento, tarifário ou ambos);
- (ii) subsídios para os dois serviços; BRT e equipamento de travessia, traduzidos em duas quantias distintas ou calculados por algoritmos que forneçam apenas uma tarifa remuneratória;
- (iii) renunciar à cobrança de tarifa para um dos serviços ou cobrar tarifa de ambos; etc

Nota-se que as combinações acima não apresentam, em tese, óbices jurídicos, contanto que os valores de tarifas sejam dispostos de forma transparente, facilitando a fiscalização pelo Poder Público. Novamente, destacam-se as benfeitorias da adoção de um fundo patrimonial para o fluxo de receitas do modelo, principalmente no cenário evidenciado, onde a combinação do Sistema de BRT e do equipamento de travessia em apenas uma concessão, por si só já imputa o aumento de riscos agregados ao Projeto.

II.3.c A Concessão Patrocinada (PPP)

A **concessão patrocinada** é um dos tipos de parcerias-público-privadas, definida pelo art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/2004 como uma “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Sua conceituação toma como base a Lei Federal nº 8.987/1995, que rege as concessões comuns, diferenciando-se das mesmas quanto ao **modelo de remuneração tarifária** aplicado ao concessionário prestador de serviço. Entretanto, maiores são as diferenças quando consideradas as características decorrentes dos **dois regimes jurídicos distintos** que o ordenamento brasileiro reserva às concessões comuns e às PPPs, no geral.

Primeiramente, no que concerne à remuneração tarifária, o concessionário deverá contar com remuneração a ser composta **não apenas pelo valor arrecadado com tarifas públicas, mas por contraprestação pública** (como pagamento direto pelo Poder Público), pela possibilidade de **aporte** para realização de parte dos investimentos, de montante arrecadado à título de receitas ancilares, e pela possível incidência de **subsídios**¹⁹. O auxílio financeiro provindo do Poder Concedente tem a finalidade de

¹⁹ Levanta-se discussão sobre a possibilidade de cumular o pagamento de subsídios com os de contraprestação pública pelo Poder Concedente. Primeiramente, esclarecemos que não há impedimento na legislação para que isso aconteça, e, inclusive, atrelar ambos subsídio e contraprestação pública é um ponto aconselhável na modelagem de um serviço onde a oscilação da tarifa pública se mostra um dos riscos mais sensíveis. O subsídio varia em função da arrecadação de tarifas públicas, ou demanda. Seu risco de oscilação é assumido pelo Poder Público, porém, só se concretiza diante da materialização de uma necessidade real de ter que arcar com o prejuízo ocorrido pela diminuição da demanda. Por outro lado, a contraprestação pública representa a assunção de um risco que pode não vir a se materializar, mas que será arcado pelo Poder Público de todo modo diante de um pagamento periódico. Atrelar o recebimento de

garantir que as **tarifas não se tornem proibitivas ou socialmente inaceitáveis** para os usuários (prezando pela modicidade das tarifas), notadamente nos casos de empreendimentos que demandem investimentos intensos pelo particular, como os de projetos *greenfield*.

Por outro lado, é bem verdade que o pagamento de parcelas pelo Poder Concedente não é novidade no ordenamento nacional, uma vez que o art. 17 da Lei nº 8.987/1995 já previu a modalidade da concessão subsidiada.

As concessões patrocinadas, assim como as concessões administrativas, encontram-se submetidas ao regime específico da legislação de PPP (Lei 11.079/2004). Além de conferir um **tratamento sistêmico e detalhado ao pagamento de contraprestações**, atrelando-as à **efetiva prestação do serviço concedido** e sobretudo ao desempenho do concessionário, a lei regrou a possibilidade de instituição de um **sistema de garantias** das obrigações públicas (ver abaixo, item III), contemplou um arcabouço de instrumentos que intentam **resguardar os interesses dos investidores**, estabeleceu regras destinadas a **minimizar os riscos políticos**, como a aplicação do índice de atualização monetária das tarifas não depende de homologação pelo Poder Público, exigiu a previsão expressa de **alocação de responsabilidades nos contratos**, e estabeleceu alguns elementos limitadores específicos, como o prazo de duração delimitado (entre cinco anos e trinta e cinco anos) ou o valor mínimo do contrato (dez milhões de reais).

Em síntese, portanto, as parcerias público-privadas, tanto em sua modalidade de concessão administrativa quanto patrocinada, apesar de denotar elementos limitadores o modelo de concessão, visa conferir **maior flexibilidade e maior segurança** para os projetos públicos - sobretudo em relação à capacidade do Estado de honrar seus compromissos. A flexibilidade se revela na abertura do leque de serviços e atividades que passaram a ser viáveis de delegação, permitindo que o Estado tenha mais um mecanismo à disposição na execução do seu papel. A maior segurança envolve o oferecimento de maiores garantias de cumprimento pelo Estado de suas obrigações, particularmente as de pagamento, conforme será tratado no Item III desse relatório.

II.3.c.1 Concessão Patrocinada do Sistema de BRT

A estruturação do modelo de contratação de BRT por meio de uma concessão patrocinada admite que o valor a ser recebido pelo particular a título de tarifa pública não será o suficiente para a remuneração dos investimentos feitos no Projeto. Com isso, cria-se a necessidade de que sejam efetuados gastos públicos, por meio do pagamento de contraprestação pública, para viabilizar a concessão. Além da

subsídio e contraprestação pública aumenta a complexidade do sistema sendo desenvolvido; porém, contanto que bem estabelecidos os critérios para sua efetuação, e resguardada a transparência do modelo, tende-se a obter um modelo com maior nível de economicidade.

contraprestação, dentre os meios de composição da renda do particular a serem arcados pelo Poder Público, estão os subsídios, receitas acessórias e aporte.

O aporte público, caso caiba no orçamento do Poder Concedente, poderá contribuir para o estabelecimento de valores de tarifa mais baixas ou até mesmo para o investimento em um transporte coletivo mais confortável, vez que se destina a bens reversíveis (v.g. pode-se direcionar os valores do investimento para construção das vias do sistema ou até mesmo para o investimento em material rodante de qualidade superior, onde seja disponibilizado, por exemplo, acesso à internet aos usuários). Apresenta, ainda, a vantagem de reduzir consideravelmente os custos financeiros do investimento, uma vez que o aporte público é pago concomitantemente ao investimento e não tem, portanto, a amortização diferida no tempo, com encargos financeiros igualmente suportados pela concessão. Apesar disso, a introdução do aporte público na modelagem depende, evidentemente, da disponibilidade dos recursos por parte do Poder Público, possibilidade que deverá ser ponderada e construída durante a modelagem.

Pois bem, conforme já mencionado e extraído da observação dos estudos de preliminares de viabilidade econômico-financeira disponibilizados, sabemos que a concessão de um sistema de BRT teria condições de se autossustentar com base em tarifas módicas a serem cobradas dos usuários finais. Assim, a princípio, não seriam necessários gastos excedentes dos cofres públicos para a viabilização do serviço.

Entretanto, a estruturação de um sistema de PPP poderia ser utilizada como meio de **materialização de políticas públicas**. O Estado, com o intuito de proporcionar causas sociais, poderia proporcionar auxílios remuneratórios como contraprestação às intervenções na regulação dos preços do serviço prestado. Tal estratégia é similar a utilizada em concessão comum subsidiada, porém, conforme será mais bem retratado, as diferenças entre os modelos se dão principalmente no que diz respeito aos riscos evidenciados nas características de cada um dos contratos.

11.3.c.2 Concessão patrocinada do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

A concessão patrocinada para a implantação de obra de engenharia, tanto ponte como túnel, pode seguir os mesmos moldes estabelecidos para o modelo individual de concessão do BRT tratado anteriormente, sendo possível a composição de renumeração tarifária por meio de diferentes formas, dentre as quais: subsídios, contraprestação pública, aporte, e receitas acessórias.

Sua aplicação e efetivação depende da disposição exigida dos cofres públicos para executar a concessão, sendo incentivado o uso de aporte para construção da obra de engenharia a ser adquirida posteriormente pela Administração, como bem reversível que demanda grande investimento inicial pelo parceiro privado.

Destaca-se, entretanto, que o art. 2.º, § 4.º, III da Lei nº 11.079/2004 impede que uma PPP tenha por objeto o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra. Seu objeto deve sempre estar associado à prestação de um serviço, o que obsta que a concessão pura de obra pública, prevista na legislação das concessões, seja objeto de uma PPP. Assim, caso se opte por instituir concessão patrocinada

para a construção de Equipamento de Travessia, mostra-se imprescindível incluir a participação do concessionário na prestação de serviços (v.g. manutenção, bilhetagem etc.).

11.3.c.3 Concessão patrocinada conjunta do Sistema de BRT e equipamento de travessia

A estrutura jurídica do modelo é muito parecida com as retratadas para o BRT e para o equipamento de travessia individualmente. Comparando-se com o modelo anterior, há aqui uma **alteração na estrutura de remuneração**. Possibilita-se a combinação de duas tarifas públicas distintas a serem recebidas pelo concessionário, além dos outros meios de receitas permitidas pela Lei nº 11.079/2004.

A estrutura parece já ter sido exitosa em concessões de sistemas de transporte de passageiros no Brasil, como na da PPP para implantação e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. O contrato reuniu, além de múltiplas tarifas (tarifa pública do metrô e tarifa pública de integração, essa cobrada de usuários utilizando ambos os serviços de metrô e ônibus), a figura da contraprestação e do aporte de recursos²⁰.

Na verdade, o precedente se inclui entre as primeiras PPPs a utilizar a figura do **aporte de recursos**. Por meio da constituição de **fundo para garantia de pagamento de contraprestação**, foi criado mecanismo por meio do qual, por meio de recursos do PAC e de empréstimos obtidos junto à Caixa Econômica Federal, viabilizou-se o pagamento de um **aporte** a curto prazo.

O sucesso da modelagem foi retratado pelo Balanço do Setor Metro-ferroviário de 2018/2019, divulgado pela Associação Nacional dos Transportadores de Passageiros sobre Trilhos (ANP Trilhos)²¹, que revelou que o metrô de Salvador foi responsável por 4,2% do desenvolvimento total de trilhos no país, e 8% na Bahia, no ano em que foi realizado.

11.3.d A Concessão Administrativa

A outra modalidade de parceria público-privada, denominada **concessão administrativa**, também é regulada por meio da Lei nº 11.079/2004. Assim, a ela também incidirá o regime jurídico geral das PPPs, bem como todas as suas feições atinentes ao sistema de garantias e limitações do modelo geral de contratação.

Como modalidade de PPP, a concessão administrativa foi especificamente prevista pelo art. 2º, §2º da Lei Federal nº 11.079/2004, sendo evidenciada como contrato de **prestação de serviços**

²⁰ O contrato de concessão está disponível em < <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/ContratoN012013TOMO01.pdf>>. Acesso em 17/05/2020.

²¹ Disponível em < <https://anptrilhos.org.br/wp-content/uploads/2019/05/anptrilhos-balancosetor-2019-web.pdf>>. Acesso em 17/05/2020.

de que a Administração Pública seja a **usuária direta ou indireta**, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Ao contrário da concessão patrocinada, a concessão administrativa pressupõe a **ausência de tarifas públicas** a serem cobradas aos usuários pelos parceiros privados. Daí por que a remuneração é **paga integralmente pela própria Administração**, por meio do pagamento de contraprestação pública e/ou de aporte.

As concessões administrativas são geralmente atreladas ao provimento de serviços que não admitem cobrança (como é o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação ou saúde, obrigatoriamente gratuitos por provimento constitucional), ou cuja cobrança, apesar de possível, não é desejável do ponto de vista da política pública que se pretende imprimir para aquele setor ou para aquele empreendimento público. A concessão administrativa permite, assim, que o Poder Público possa contar com a celeridade e expertise da iniciativa privada para execução do serviço público (ou de utilidade pública), ou ainda para a gestão da infraestrutura pública, sem contudo cobrar tarifa do usuário ou destinatário final do benefício proporcionado.

II.3.d.1 Concessão administrativa do Sistema de BRT

A implantação do Sistema de BRT por meio de uma concessão administrativa pressupõe que o Estado arque com todos os investimentos feitos pelo concessionário e todos os custos do serviço, de modo a tornar a concessão atraente para o parceiro privado e o serviço gratuito para o usuário final.

A utilização de concessão administrativa para contratação de parceiro privado que vá prestar todos os serviços abarcados na implantação de um sistema de BRT é teoricamente possível, porém, exigiria o **dispêndio de valores tão expressivos de recursos** pelo Estado, que o seu emprego é pouco provável nos tempos atuais de escassez e instabilidade dos orçamentos públicos. Ao contrário de outros serviços públicos a cargo da Administração, o sistema de BRT permite que seja recebida pelos prestadores privados uma remuneração proveniente de valor arrecadado como tarifa pública.

Contudo, a concessão administrativa de sistemas de transporte é um sistema de difícil consecução, que vem sendo estudado por países europeus com perspectivas de orçamentos públicos saudáveis a longo prazo. Aqui no Brasil o modelo (a chamada “tarifa zero”) também foi bandeira política de parlamentares e associações civis, tendo ganhado relevo nas manifestações contra o aumento dos transportes em 2013.

Tal modelo vem inclusive sendo desenvolvido pela Superintendência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Florianópolis (“SUDERF”) para a Implantação, Operação, Manutenção e

Conservação da infraestrutura de Sistema BRT na Região Metropolitana de Florianópolis²². A proposta, que parece utópica, poderia ser adotada caso fosse considerado um desmembramento maior das prestações de serviço incluídas no Sistema de BRT, valendo-se da figura de um fundo patrimonial. Nesse cenário, um serviço estruturado com concessão administrativa poderia ser integrado à prestação de outros serviços dotados de potencial remuneratório. Por este mecanismo, apenas parte dos serviços seria inteiramente bancada pelo Poder Público, e não todo o Sistema de BRT.

Por exemplo, um concessionário que ficasse responsável apenas pela prestação de bilhetagem por meio de concessão comum, receberia a sua tarifa de remuneração apenas depois de o montante total arrecadado como tarifa pública já ter sido previamente distribuído entre os outros concessionários, inclusive aqueles signatários de concessões administrativas - arcando assim com a remuneração de particular que tenha firmado concessão administrativa para fornecimento de material rodante, por exemplo.

11.3.d.2 Concessão administrativa do Equipamento de travessia (túnel ou ponte)

Trata-se de um modelo semelhante ao tratado acima, no qual o Poder Público seria responsável por arcar integralmente com a tarifa de remuneração dos custos do contrato firmado.

Faz-se ressalva de que, caso se opte pela construção do túnel, o dispêndio seria ainda mais alto do que o necessário para a remuneração do Sistema de BRT e que, assim como nas concessões patrocinadas, não se admite a celebração de uma PPP para o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra. O objeto do contrato de concessão, mesmo que na modalidade administrativa, deverá sempre estar associado à prestação de um serviço (cf. Art. 2.º, § 4.º, III da Lei nº 11.079/2004).

11.3.d.3 Concessão administrativa conjunta do Sistema de BRT e do equipamento de travessia

Mais uma vez trata-se de uma hipótese teórica, na qual ambos os serviços seriam custeados pelo Poder Público.

Ressaltamos mais uma vez que, embora tal alternativa seja em tese possível, ela é pouco provável, considerada (i) a saúde atual e a previsão dos orçamentos públicos para os próximos anos, bem como (ii) o fato de várias outras demandas públicas concorrerem para o emprego dos escassos recursos da Administração.

²² Projetos, estudos, audiências públicas e minutas de documentos jurídicos produzidos para a efetivação da concessão administrativa podem ser consultados em: <http://www.spg.sc.gov.br/suderf-downloads>

II.4 Comparações lógicas entre os riscos inerentes aos modelos de estruturação

Atrelada aos critérios de remuneração tarifária, apresenta-se aqui uma comparação lógica, eminentemente teórica (pois os dados econômicos e técnicos da modelagem reunidos até aqui não possibilitam outra aproximação), entre os riscos associados aos modelos jurídicos contratuais, que consubstanciam fatores importantes a serem considerados na delimitação do Projeto SCTR. É importante lembrar que, após definida a estrutura de contratação, devem ser revisitados os riscos apontados, de maneira a equacionar corretamente cada um dos riscos, em adequação ao modelo escolhido, e para que determinadas medidas de mitigação sejam individualizadas.

A princípio, extraem-se pelo menos **alguns riscos** a serem vislumbrados na implantação do Sistema SCTR, sendo que os mesmos incidirão no Projeto de forma mais ou menos incisiva de acordo com a escolha do modelo de contratação e do recorte do objeto do contrato:

Breve comparação entre os riscos, baseada na **disposição dos objetos contratuais**, é retratada na tabela abaixo, fazendo-se novamente a ressalva de que uma comparação mais robusta dependerá do refinamento dos estudos técnicos:

	BRT	Ponte	Túnel	BRT + Ponte	BRT + Túnel
Demanda	Médio para alto	Alto	Muito alto	Alto	Muito Alto
Modicidade	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Orçamento	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Engenharia	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Operação	Médio	Baixo	Médio	Médio	Alto

Como consequência lógica da escolha quanto ao **objeto da contratação**, tem-se que quanto **maior o número de atividades** abarcadas no objeto de um contrato, **maior é a quantidade de riscos** inerentes à concessão. Assim, uma contratação que abarque tanto o Sistema de BRT como o equipamento de travessia a ser construído, trará para si riscos maiores do que aqueles adquiridos por um concessionário que preste apenas o serviço de fornecimento de materiais rodantes para o Sistema de BRT (que não enfrenta por exemplo, riscos de engenharia, além de ambientais, de construção ou geológicos).

Entretanto, cabe apontar que a análise dos riscos é complexa, e deverá ser analisada em um segundo momento de acordo com toda a estrutura montada para a contratação. Os riscos de um modelo de contratação são diretamente influenciáveis entre si, além de serem reflexos das condições enfrentadas por outros contratos de concessão que influenciem na implementação de um serviço.

Ao mesmo tempo que o risco de implantação e operação de objetos contratuais mais complexos pareça maior (v.g. a implantação do Sistema de BRT conjunta com a do Equipamento de Travessia exige maior técnica além de englobar um maior número de etapas a serem cumpridas), ele pode ser mitigado pela possibilidade de concentração de responsabilidades em um só concessionário. O desmembramento de um serviço pode tornar o concessionário vulnerável a riscos de atraso na implantação e operação do objeto de seu contrato de concessão, vez que torna a devida prestação do serviço vulnerável a problemas de outros contratos de concessão. Um concessionário que opere o Sistema de BRT - e que não possa contar com a disposição de um equipamento de travessia que deveria ter sido implantado por terceiro - poderá sofrer com maiores riscos de operação e demanda, sendo esses decorrentes da disposição e desmembramento do serviço em diferentes contratos de concessão e não do objeto de contratação individualizado.

Importante também seria analisar os **riscos referentes aos modelos de contratação**. Trataremos nesse momento dos **riscos de demanda e riscos políticos**, como variáveis diretamente associadas à escolha da **estrutura** da concessão.

No que diz respeito ao **risco de demanda**, em concessões comuns cabe ao concessionário arcar com riscos ordinários, inerentes ao gerenciamento da concessão, por sua “conta e risco”, conforme art. 2º, IV da Lei 8.987/1995. Situações consideradas como ‘extraordinárias’, em que a variação extraordinária de demanda é influenciada por fatores externos que não o desempenho do concessionário na prestação do serviço, admitiriam o compartilhamento do risco com o Poder Público. Ainda que esta seja uma possibilidade, em geral o risco de demanda nas concessões comuns é alocado integralmente para o concessionário.

Em contraposição as concessões comuns, nas parcerias público-privadas é mais usual o compartilhamento do risco de demanda, bem como o regimento contratual mais minucioso e pormenorizado (por força da obrigação de divisão objetiva de riscos nas PPPs). Nas PPPs é também frequente que o Poder Concedente assumo o **compromisso de remunerar parcialmente o parceiro privado** ou, pelo menos, garantir que a ele seja entregue periodicamente um montante mínimo, caso as demais fontes mostrem-se insuficientes, por meio de contraprestação pública²³. Assim, há uma divisão objetiva de riscos de demanda maior entre as partes, que contribui muitas vezes para tornar o Projeto de PPP mais viável e seguro aos olhos do concessionário.

²³ Plamus. Plano de Mobilidade Urbana Sustentável da Grande Florianópolis. Produto 18 – Modelo de Viabilização das Alternativas Propostas. Florianópolis, março/2015, p. 27. Disponível em < <http://www.spg.sc.gov.br/visualizar-biblioteca/acoef/regiao-metropolitana/1080-313/file>> Acesso em 15/05/20.

Ainda, menor é o risco de demanda assumido pelo parceiro privado no submodelo de concessão administrativa, quando em comparação com a concessão patrocinada, já que nela o Poder Concedente assumir integralmente a responsabilidade de lidar com riscos tarifários, uma vez que a **remuneração do concessionário é dissociada da percepção de tarifa do usuário final** e é paga direta e integralmente pela Administração.

A depender do modelo adotado, poderão ser vislumbrados diferentes mecanismos destinados a mitigar o risco de demanda. Ao lado da adoção de **garantias** (no caso das PPPs), como modo de mitigar oscilações de demanda que possam vir a onerar excessivamente uma das partes, menciona-se a adoção de mecanismo de **bandas de demanda**.

Comumente adotado no âmbito de contratos de PPP, o mecanismo de bandas de demanda disciplina a divisão tanto de ônus quanto de bônus extraordinários experimentados pelas partes em função de oscilações expressivas na demanda do serviço. Caberá as partes fixar quais as porcentagens que devem classificar as oscilações como extraordinárias, sendo que variações menos expressivas são adversidades naturais do empreendimento, integram o risco do concessionário e devem poder ser absorvidas pelo fluxo de caixa da operação.

Menciona-se que os precedentes de contratação do Metrô de Salvador, VLT de Salvador, e da Linha 6 do Metrô de São Paulo fizeram a adoção de bandas de demanda em seus contratos de concessão²⁴.

Pois bem. Se o risco de demanda pode ser mais bem mitigado no regime de PPPs, o **risco político** assumido por esse tipo de contratação é muito maior do que o presente em concessões comuns. Uma vez que a sua remuneração advém integral ou parcialmente do Estado, o prestador de serviço em contratação de PPP torna-se **mais dependente de um cenário político-econômico**. Enfrenta a **incerteza de saber se a oscilação política, a troca de mandatos ou a agenda eleitoral terão influência sobre o pagamento dos valores estabelecidos no contrato**, risco que é mitigado nas concessões comuns ou em modalidades que pressupõem a menor participação de recursos públicos.

Pois bem, mesmo que se contrate uma PPP e o Poder Concedente se comprometa com o desembolso periódico destinado ao contrato de concessão, a **inserção dos gastos está sujeita a sua inserção anual em lei orçamentária**. E, mesmo que não haja contingenciamento formal questionando tais valores, o orçamento é autorizativo e não mandatário, não imputando ao Poder Executivo o dever de realizar o desembolso. Sobre o tema, já se disse:

²⁴ A título de exemplo, transcreve-se cláusula 25.4.6 e ss. do Contrato de PPP do Metrô de Salvador: “Risco de variação da demanda projetada compartilhado entre Poder Concedente e Concessionária. Caso a demanda real de passageiros esteja entre 90% e 110% da demanda projetada para o mesmo período, não haverá nenhum acréscimo ou redução à receita tarifária da Concessionária; caso a demanda real esteja entre 90% e 75% da demanda projetada para o período, a Concessionária fará jus ao recebimento de valor equivalente à diferença da receita tarifária até o limite de 90% da demanda projetada, risco assumido pela Concessionária; caso a demanda real esteja entre 110% e 125%, a Concessionária fará jus ao recebimento de 70% da receita tarifária excedente à projetada, sendo os 30% excedentes apropriados pelo Concedente e abatidos da contraprestação efetiva”.

“de que adiantaria impor à administração o pagamento de uma indenização, em função de um desequilíbrio gerado por superveniência de alguma das áleas extraordinárias, se, em estado de contenção orçamentária, a administração não tivesse como arcar com o pagamento imediato desse prejuízo que, repetimos, já fora suportado pelo concessionário?”²⁵

Desprende-se assim que o risco de não recebimento de remuneração é completamente diferente no caso de uma concessão comum e em um modelo de PPP. É inferior no primeiro, pois baseado em tarifas públicas, e aumenta gradativamente quando atrelado ao recebimento de contraprestação pública por meio do Poder Concedente.

A observância dos riscos inerentes nos mostram que os mesmos, além de variar em função dos objetos de contrato, também variam de acordo com a modalidade de estruturação escolhida para o Projeto.

Em uma comparação lógica efetuada com base nos dois fatores, nota-se que **objetos contratuais mais complexos** concentrariam uma maior quantidade de riscos para sua **implantação**, tanto no que diz respeito aos riscos diretamente causados pelo concessionário quanto aos gerados por terceiros (riscos externos à contratação). Entretanto, os riscos externos seriam mitigados em sua fase de **operacionalização**, onde há um controle maior dos serviços necessários para a consecução do Projeto derivado da unidade na prestação dos serviços (v.g. Sistema de BRT e equipamento de travessia em oposição à gestão apenas do Sistema de BRT). **Objetos contratuais mais simples**, decorrentes de um maior desmembramento de serviços integrantes do Projeto, enfrentariam, comparativamente, **riscos menores em sua fase de implementação e maiores em sua fase de operacionalização**. A alocação de serviços diferentes nas mãos de diferentes concessionários, cria entre os mesmos uma relação de interdependência para o cumprimento de suas obrigações.

No que diz respeito aos riscos referentes **ao modelo de estruturação adotado**, há grande diferença quando se considera um modelo de concessão comum ou uma PPP, e principalmente no meio de mitigá-los por meio da emissão de garantias, conforme trataremos no Item III.

Feita breve consideração a respeito da associação de riscos em conformidade com o objeto da contratação e com o modelo de estruturação a serem delimitados, prosseguiremos nossa análise, para enfim tecer conclusões parciais sobre a estruturação do Projeto.

²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 115/116

II.5 Conclusões preliminares a respeito dos modelos de estruturação aplicáveis

Após vislumbrar as particularidades de cada um dos modelos de estruturação possíveis para o Projeto, notou-se que o fator mais preponderante a ser considerado preliminarmente para o desenho do Projeto corresponde aos **limites de recursos do Orçamento** a serem disponibilizados pelo Poder Concedente para a execução do Projeto.

Independentemente de como seja efetuado o arranjo dos serviços públicos a serem prestados (por um ou mais concessionários, por meio de um desmembramento ou concentração maior de atribuições na mão de um parceiro privado etc.), **não existem óbices ou vetores jurídicos da mesma dimensão do que os condicionantes de viabilidade econômico-financeira.**

Conforme conclui-se da análise dos objetos acima, o número de arranjos jurídicos possíveis é incalculável, porém, para que seja tomada uma decisão, podem ser considerados, além do orçamento público disponível: (i) a **capacidade de geração de receita** apresentada pelos objetos do Projeto, considerando-se tanto as tarifas quanto as receitas ancilares disponíveis, (ii) a **necessidade de auxílio ou remuneração** a ser fornecida pela Administração Pública (diferenciando uma possibilidade de subsídio ou de contraprestação pública), (iii) a **caracterização ou não dos bens desenvolvidos como reversíveis**, possibilitando a figura do aporte, e (iv) os **riscos** iminentes do Projeto e seu reflexo e possível mitigação de acordo com os regimes da Lei 8.987/1995 ou o da Lei Federal nº 11.079/2004.

Passa-se agora a indicar a importância e os meios de garantia e financiamento disponíveis para aumentar a atratividade dos empreendimentos de acordo com o objeto e modalidade de contratação delineadas para o Projeto.

III DA GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PÚBLICAS

Por se tratarem de contratações de longo prazo e de grande fôlego, as concessões em geral exigem a prestação de garantias do parceiro privado e, no caso das PPPs, também do parceiro público. Em ambos os casos, a exigência de garantias destina-se a conferir maior segurança em relação ao cumprimento das obrigações de cada uma das partes, de maneira superar a eventual incerteza ou desconfiança dos envolvidos em relação a tal inadimplemento e assim ampliar a atratividade e as chances de sucesso do Projeto originalmente proposto.

Como os contratos de PPP envolvem **investimentos bastante expressivos**, em geral realizados no início do Projeto, e que serão **amortizados tão somente no longo prazo** da concessão, a **existência e a solidez da garantia** a assegurar as obrigações públicas constitui elemento de suma relevância para a atratividade desses projetos e sua consequente viabilização. A garantia tende a ser imprescindível em países com **histórico de frequente descontinuidade de projetos públicos**, como é o caso do Brasil, notadamente em decorrência de oscilações políticas ou de mera má fé contratual.

Em concessões comuns, a prestação de garantias pelo Poder Concedente não é usual, porque nessa modalidade contratual o Estado, em regra, não assume obrigações pecuniárias.

No que tange ao seu objeto, as garantias prestadas pelo Poder Concedente podem voltar-se a assegurar o aporte de recursos, as contraprestações para implantação da infraestrutura ou pela prestação dos serviços, bem como outras obrigações pecuniárias do Poder Concedente, tais como eventuais multas ou indenizações.

As garantias das obrigações pecuniárias devidas pelo Poder Público destinam-se fundamentalmente a delimitar um ambiente contratual revestido de **segurança jurídica** hábil a encorajar o parceiro privado a se obrigar por longo período de tempo com o Poder Público, confiando no diferimento da amortização dos investimentos que tiver realizado.

Trataremos, aqui, das linhas gerais acerca do sistema de garantias no ordenamento jurídico brasileiro, e que servirão de diretrizes para a modelagem do presente Projeto. Segue-se a isso a análise de algumas estruturas de garantias utilizadas em recentes contratações pelo Poder Público.

III.1 A função e a importância das garantias prestadas pelo Poder Concedente

As garantias nas parcerias público-privadas têm por principal escopo oferecer **confiabilidade** ao cumprimento das obrigações contratuais de caráter pecuniário do Poder Público.

A certeza de que os pagamentos ocorrerão regularmente de modo a sustentar os investimentos e gastos rotineiros do parceiro privado induz, durante a licitação, à apresentação de **preços**

mais competitivos e que não incluem o sobrepreço decorrente do receio de que as parcelas devidas não sejam quitadas regularmente pela Administração.

Além das já supracitadas vantagens das garantias aos particulares, há vantagens também ao Estado. A mais óbvia é a tendência de significativa **redução no preço final** da concessão, uma vez que este não mais estaria acrescido do sobrepreço decorrente do risco de inadimplemento ou terminação antecipada do contrato.

Há ainda ganhos menos óbvios, como a redução do risco de que os contratos firmados sejam posteriormente desfeitos e/ou prejudicados por interesses políticos ou por posteriores variações econômicas. A previsão de garantia confere ao Projeto **maior segurança jurídica e econômica**, ampliando as chances de que ele seja efetivamente levado a termo e que a utilidade pública nele prevista venha a ser fruída pela população. O Poder Concedente – em seu papel de executor do interesse público – terá certeza maior da efetiva execução contratual, culminando na entrega da infraestrutura necessária (quando a PPP pressupõe a execução de obra pública ou o fornecimento de equipamentos) e na prestação do serviço público.

São cediças as dificuldades em se obter a satisfação de créditos detidos contra entes públicos. Seja pelas restrições orçamentárias, seja pelo regime de pagamentos via precatórios, a **quitação de débitos públicos não costuma ser célere**, nem tampouco imune à burocracia própria do setor. Há ainda que se mencionar a dificuldade de execução dos créditos não pagos pelo Poder Público, submetidos ao regime de precatórios, nos termos do art. 100, *caput*, da Constituição Federal²⁶. O tamanho deste risco não é ignorável; muito pelo contrário, é notória a “tradição de mau pagador do Estado brasileiro”, tanto por motivos políticos, quanto financeiros.

Trasladada essa realidade ao contrato de concessão, a situação de inadimplemento das obrigações pecuniárias do Estado se afiguraria extremamente desastrosa. O não pagamento da contraprestação, para além dos prejuízos ocasionados ao particular, tende a comprometer a continuidade e a qualidade dos serviços. Por outro lado, a **incerteza quanto à amortização dos investimentos realizados**, quando da eventual extinção antecipada do contrato, aumentaria consideravelmente a **percepção de riscos da concessão**, o que resultaria em duas possíveis consequências: ou o risco acabaria sendo precificado na proposta dos particulares, incrementando o ônus da concessão, ou o risco seria tão elevado que nem seria possível precificá-lo, o que

²⁶ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

resultaria numa licitação deserta. Ou seja: **a ausência de garantia eficiente atinge a economicidade do Projeto, ou sua atratividade.**

Inobstante todas as vantagens que a prestação de garantias pelo Poder Concedente pode trazer para a eficiência e a economicidade do Projeto, importa ressaltar que a legislação de PPP **não tornou coercitiva a sua adoção**, conferindo ao administrador contratante a **faculdade** de constituí-la e prestá-la em cada caso (diferentemente do que ocorre em relação às garantias da execução contratual, que necessariamente devem ser concedidas pelo parceiro privado). Ainda que não seja obrigatória, a constituição de um sistema de garantias pelo Poder Concedente é frequente nas PPPs e reputadamente necessária na visão de investidores e financiadores.

III.2 A estruturação das garantias

Garantias são estruturas jurídicas de direito privado por meio das quais, diante do inadimplemento de uma obrigação, são disparados mecanismos alternativos para a satisfação do crédito inadimplido. São, portanto, ferramentas de proteção do credor diante do inadimplemento de seu crédito, ou meios alternativos de satisfação de sua pretensão de receber os recursos que lhe são devidos, conferindo maior segurança e confiança do credor de que virá a obter os valores contratualmente estabelecidos.

Assim delineadas, é evidente que, para que cumpram sua função, as garantias devem estar cercadas de algumas características, notadamente clareza (devem estar claramente identificadas e delimitadas, para que não haja dúvidas quanto à sua extensão e alcance), **eficiência** (devem constituir um meio efetivo de satisfação da expectativa do credor de receber seus recursos, diante do inadimplemento da obrigação original), **segurança** (uma vez que a instituição da garantia destina-se exatamente a reforçar a estabilidade da relação contratual original e acalmar o credor quanto à certeza de que receberá aquilo que lhe é devido, uma garantia insegura ou incerta anularia qualquer possibilidade de se atingir esta finalidade), **irreversibilidade** (quanto menos a garantia estiver imune a ingerências, ou ainda puder ser reduzida ou cancelada, maior será a sua funcionalidade) e **liquidez** (de nada adiantaria receber a garantia se ela não representasse um alívio imediato, ou quase imediato, das necessidades financeiras do credor, diminuindo sensivelmente sua utilidade para a estabilização e atratividade do negócio jurídico).

Tais características são atingidas por meio da cautelosa identificação e seleção de dois componentes da garantia: os ativos que serão a ela associados (IV.2.a) e o mecanismo de vinculação desses ativos propriamente dito (IV.2.b).

III.2.a Identificação dos ativos

A qualidade da garantia prestada dependerá, inicialmente, da **qualidade dos bens e recursos que forem utilizados como suporte da garantia**. Mesmo no caso em que a garantia não se encontra simplesmente lastreada em bens (garantias reais) mas sim em pessoas (garantias pessoais ou fidejussórias)²⁷ que assumem a obrigação de satisfazer os créditos nos casos em que o devedor original deixe de fazê-lo, é condição indispensável para a efetividade da garantia que aquele que oferece a garantia possua um **patrimônio condizente com a garantia de solvência** que prestou. Em outras palavras: se um ente garante o pagamento, dele deve ser suficientemente abastado para garantir a solvência, assim como, no caso de garantia real, o que garantirá a solvência é a **qualidade do bem** dado em garantia.

Com isso, tem-se que, para que a garantia constituída em projetos de PPP seja sólida e segura, não somente a **quantidade**, mas também e sobretudo a **qualidade** dos ativos dedicados à garantia deverá ser adequada a conferir à garantias as características referidas no item anterior (clareza, eficiência, segurança, liquidez...).

De nada adiantaria, por exemplo, a previsão de uma garantia lastreada em ativos podres do Estado, já que estes nada aportariam em termos de segurança para o credor da obrigação estatal.

III.2.b Mecanismo de garantia

Uma vez definidos os recursos que servirão à garantia das obrigações do Poder Concedente, é essencial estabelecer qual **mecanismo** servirá à alocação desses recursos e a sua **vinculação com a concessão**.

A garantia, de uma maneira geral, representa um bem ou um ato jurídico com que se assegura o cumprimento de uma obrigação. No aspecto jurídico, as garantias são de dois tipos: a) reais e b) pessoais. As **garantias reais** recaem sobre coisas, ou seja, bens móveis ou bens imóveis. No direito brasileiro temos quatro tipos de garantias reais, quais sejam: Penhor; Anticrese; Hipoteca; Alienação/Cessão fiduciária em garantia. As **garantias pessoais** também conhecidas como fidejussórias são representadas pela obrigação acessória em que uma pessoa assume perante o credor, se responsabilizando pelo pagamento da dívida, caso o devedor não pague ou não possa cumprir, total ou

²⁷ Ver a definição de garantias reais e pessoais no item abaixo, III.2.b.

parcialmente com a sua obrigação. No direito brasileiro temos basicamente dois tipos de garantias pessoais: fiança e aval.

É indissociável do propósito da garantia a existência de mecanismos que (i) **restringam a livre disposição da Administração sobre os recursos** empregados na garantia e (ii) **permitam a célere quitação do inadimplemento** do Poder Concedente. Essas providências conferem a certeza ao parceiro privado quanto à disponibilidade dos recursos quando se verificar a necessidade de execução da garantia. Asseguram, igualmente, a correta satisfação do crédito do privado, impedindo que o inadimplemento do Poder Concedente se prolongue de modo a comprometer o seu fluxo de caixa.

Assim, o desenho da garantia – que necessariamente deverá se adequar ao caso concreto – dependerá da **ponderação detida e concreta** (i) da **disponibilidade de ativos** do Poder Público concedente que poderão ser dedicados ao Projeto de concessão e (ii) do **mecanismo mais eficiente** para vincular tais ativos ao Projeto, consideradas as tradições jurídicas e contratuais do ente contratante, as características dos ativos afetados à finalidade de garantir etc.

Expostas as dificuldades para a estruturação das garantias prestadas pelo Poder Público às PPPs, passamos à análise de cada uma das modalidades previstas no art. 8º da Lei nº 11.079/2004.

III.3 O sistema de garantias previsto na Lei das PPPs

A Lei nº 11.079/2004 introduziu na ordem jurídica brasileira um novo modelo de emparceiramento entre o Poder Público e a iniciativa privada, com vistas à outorga da execução de serviços públicos, que passou a conviver com a concessão comum, regida, na esfera federal, pela Lei nº 8.987/1995.

Uma das maiores e mais importantes inovações trazidas pelo novo regime jurídico introduzido pela Lei de PPPs foi exatamente a previsão expressa de um sistema **de garantias** destinado a assegurar o adimplemento das obrigações assumidas pelo Estado em virtude da parceria²⁸.

É importante salientar que o sucesso do regime de garantias adotado na prática em projetos de PPP depende da adequada e eficiente modelagem de sua estrutura, de modo a estabelecer o

²⁸ Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, faltava ao regime da concessão comum: “*normas disciplinando o oferecimento, pelo concedente a concessionários de serviço ou de obra pública, de garantia de pagamento de adicional de tarifa. É verdade que no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente*”. Cf. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.31.

uso de mecanismos garantidores aptos a efetivamente conferir segurança, agilidade e liquidez na satisfação do crédito decorrente do inadimplemento público.

Nesse sentido, dificilmente a garantia conseguirá mitigar os riscos da concessão se tiver baixo índice de liquidez, se estiver atrelada à execução pelo regime público de precatórios ou ainda se puder ser facilmente cancelada, modificada ou diminuída. Por outro lado, a adoção de **garantias líquidas, facilmente executáveis, estáveis financeiramente e imunes às alterações político-administrativas** trará maior certeza e segurança quanto ao correto adimplemento das contraprestações estatais.

O art. 8º da Lei Federal de PPPs elenca diferentes modalidades de garantias que podem ser prestadas pelo Poder Concedente. O dispositivo está longe de ser taxativo, tanto que admite quaisquer “outros mecanismos admitidos em lei”. O sentido do art. 8º é justamente viabilizar a realização de investimentos pelo particular para a execução do objeto contratual, assegurando-lhe o recebimento das contraprestações previstas contratualmente.

A **multiplicidade de modalidades de garantias** que podem ser prestadas pelo Poder Concedente nos contratos de PPP permite a composição de diferentes sistemas e estruturas garantidoras, conferindo a flexibilização necessária para a formatação de PPPs que envolvam consideráveis fluxos financeiros, com a devida segurança, solidez e eficiência.

A composição de um sistema adequado de garantias destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público depende da ponderação concreta da adequação das modalidades de garantias à disposição do Poder Concedente, de acordo com a sua caracterização na legislação incidente sobre as parcerias público-privadas, bem como das circunstâncias concretas do caso e da Administração Pública contratante, no que tange aos seus ativos, situação financeira, capacidade de endividamento etc. Veremos, a seguir, alguns exemplos concretos de estruturação de garantias.

III.4 A operacionalização das garantias: alguns exemplos concretos

Vimos que a lei não impõe, a princípio, restrições ao oferecimento de garantias do parceiro público ao privado quanto ao adimplemento das obrigações. Pelo contrário, o art. 8º, da Lei nº 11.079/2004 é enfático ao determinar em seu inciso VI que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas por qualquer mecanismo admitido em lei, de modo que elas deverão se ajustar às avaliações econômicas, financeiras, orçamentárias e técnicas de cada projeto.

Mesmo porque a análise das modalidades propostas pelo referido art. 8º permite verificar que o rol de mecanismos apresentados pela lei confunde efetivos mecanismos de garantia com estratégias parciais ou meras indicações de procedência das garantias: (i) vinculação de receitas (desde que não

excedam os créditos orçamentários ou adicionais, nos termos do art. 167, IV da Constituição Federal²⁹); (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Diante da **imprecisão do rol constante do art. 8º da Lei de PPPs**, ao invés de tratarmos de cada uma das modalidades previstas no artigo, traremos algumas luzes sobre a utilização concreta dessas referências legais para a constituição de garantias em precedentes brasileiros de parcerias. A seleção não reflete modelos ideais ou sugeridos, mas tão somente a diversidade de exemplos que podemos identificar em experiências nacionais. É o que passamos a fazer a seguir.

III.4.a A vinculação de receitas e o travamento do fluxo de pagamento nas PPPs da Bahia

A primeira alternativa de garantia prevista no art. 8º da Lei de Parcerias corresponde à vinculação de receitas futuras a serem recebidas pelo Poder Concedente, ressalvada aquela oriunda de impostos (inciso IV do art. 167 da Constituição Federal).

A lei se refere à possibilidade de se afetar receitas específicas ao pagamento das obrigações assumidas pela Administração em seus contratos de PPP. A mera afetação, contudo, não é suficiente para a constituição de uma garantia. Será ainda necessário o estabelecimento de um dispositivo contratual apto a realmente permitir que as receitas eventualmente afetadas a um determinado projeto possam ser excutidas (retiradas a força do patrimônio do devedor) e possam vir a integrar o patrimônio do credor. Ou seja, a vinculação de receitas corresponde à afetação de um ativo determinado ao Projeto, mas não consubstancia ferramenta capaz de satisfazer a pretensão do credor.

Assim, muito embora tenha o condão de assegurar o adimplemento da obrigação, a vinculação de receitas não se reveste dos caracteres de uma garantia típica e, em alguns casos, acabará funcionando meramente como instrumento de consecução de garantias (como alimentadora de fundos garantidores, por exemplo).

A vinculação de receitas poderá ser promovida legalmente ou contratualmente. A previsão legal confere, evidentemente, maior estabilidade e irreversibilidade à afetação dos recursos, mesmo porque há receitas que não podem ser afetadas a não ser por meio de autorizativo legal.

²⁹ “Art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

Uma vez afetadas, as receitas necessitarão de uma destinação específica, como forma de assegurar sua disponibilidade e apartá-las da conta única ou de outras receitas do ente público contratante. O mais comum é a utilização de **contas vinculadas**, nas quais as receitas são depositadas e geridas de acordo com o que dispõe o contrato de PPP. Para tanto, é frequente a celebração de um **contrato de administração** com um agente financeiro, responsável por acompanhar o fluxo de pagamentos e transferir as receitas para o concessionário. É possível, ainda, que esta segregação seja ainda acompanhada da utilização de **penhor ou mesmo de fundos garantidores ou fundos especiais** que passam a ser integralizados com essas receitas.

São exemplos de receitas que têm sido vinculadas à constituição de garantias em contratos de PPP os recursos recebidos por Estados e Municípios através do **Fundo de Participação dos Estados (FPE)** e no **Fundo de Participação dos Municípios (FPM)**, respectivamente.

Convém consignar, por oportuno, decisão recente do Supremo Tribunal Federal na **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 553**, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, e que vem gerando debates no setor de infraestrutura, assim como nos Estados e Municípios brasileiros sobre o tema dos repasses via FPE e FPM.³⁰ Formalmente a decisão do STF **não invalida ou macula garantias prestadas por Estados ou Municípios, fundadas, por exemplo, na vinculação ou na cessão fiduciária de seus fluxos de FPE ou FPM**. Isso porque, embora a decisão em ADI tenha efeitos gerais, tais efeitos se restringem ao objeto de julgamento, ou seja, à vinculação de parcela do FPE para fundo específico, na forma realizada pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, a argumentação dos ministros poderá implicar em potencial impacto na estruturação e oferta de garantias em projetos de infraestrutura.³¹ Assim, até que o

³⁰ STF-ADI: 553 RJ – RIO DE JANEIRO 0001143-53.1991.1.00.0000, Relator: Min. Carmen Lucia, data de julgamento: 16/06/2018, Tribunal Pleno. Data da publicação: DJe-030 14/02/2019).

Na ação, o governo estadual requeria o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 226, parágrafo 1º, da Constituição do Rio de Janeiro, que contemplava a destinação de no mínimo 10% (dez por cento) dos recursos provenientes do Fundo de Participação dos Estados (FPE), garantidos na Constituição Federal (art. 159, inciso I), para compor o fundo estadual de desenvolvimento. A Constituição Estadual ainda contemplava ainda a previsão de que 20% desse valor seria destinado a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte. A ação questionava igualmente a previsão de repasse destes recursos, pelo prazo de 10 anos, para projetos de infraestrutura em todo território fluminense (art.56 ADCT).

A decisão do Plenário, que acompanhou o voto da relatora da ação, ministra Cármen Lúcia (presidente), ponderou que **o inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal veda expressamente a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa, como ocorreu no caso da legislação estadual ao criar o Fundo de Desenvolvimento Econômico do RJ**. Os argumentos que levaram ao reconhecimento da inconstitucionalidade da previsão carioca se basearam nos argumentos de que (i) a vedação do ar. 167, inc. IV, tornaria impossível alterar a finalidade de um imposto por meio de lei estadual e (ii) admitir tal procedimento equivaleria permitir violação do princípio de separação de poderes, já que Assembleia Legislativa do RJ teria usurpado competência do chefe do poder Executivo de legislar sobre matéria orçamentária e tributária, especialmente em relação à criação de fundos públicos.

³¹ A preocupação se justifica porque a argumentação do STF traçou um paralelo, em abstrato, entre a vinculação do repasse de recursos através de FPE e a vedação à vinculação da receita de impostos, acima mencionada, sinalizando

posicionamento do STF sobre a extensão do tema seja convenientemente esclarecido, conferindo-lhe maior previsibilidade e segurança, não se pode deixar de reconhecer o impacto da decisão proferida na referida ADI no desenvolvimento de estruturas de garantia prestadas pelos entes da federação em contratos de PPPs.

Um precedente relevante advém das várias PPPs celebradas pelo **Estado da Bahia**, que foram fortalecidas por **mecanismo de travamento de fluxo do pagamento e de garantia que foi paulatinamente colocado em prática e sofisticado pelo Governo da Bahia**.

O sistema de pagamento e garantia é lastreado em **3 instrumentos distintos**: além do **contrato de concessão**, a Bahia ainda garantiu a **destinação das receitas em lei** e contemplou todas as obrigações de custódia dos recursos, garantia e pagamento em um **contrato celebrado com instituição financeira oficial**, que permitia a administração da conta vinculada de maneira independente de autorização ou consenso do Poder Concedente.

A **vinculação de receitas** para projetos de PPP foi promovida nos art. 16, II, da Lei Estadual n.º 9.290/2004 e art. 1º, da Lei Estadual n.º 11.477/2009³²).

que poderia, caso se deparasse com situação de vinculação de FPE ou FPM para garantia de contratos ou projetos, entender pela vedação à vinculação e anular o instrumento amplamente utilizado no país.

Esse novo entendimento vai na contramão daquilo que vinha sendo realizado nos projetos de infraestrutura e nos contratos de financiamento aos entes públicos, posto que em ambas as hipóteses era praxe a vinculação de tais fluxos de receita à garantia ou pagamento das obrigações contratuais. O entendimento era de que os repasses via FPE e FPM, por não serem frutos de uma destinação específica estabelecida em lei instituidora de impostos, seriam, então, meras receitas financeiras, decorrentes de norma orçamentária, não importando se originalmente os montantes fossem constituídos de parcela de arrecadação de impostos pela União. Da análise do acórdão constata-se que os precedentes citados pelos ministros não tratam de casos semelhantes, mas se referem a situações de vinculação de impostos estabelecidos em leis que os instituíram. Ou seja, quer nos pareceres que o STF se equivocou no julgamento, utilizando-se de precedentes não aplicáveis à matéria que estava em discussão. A relevância do tema foi aparentemente subestimada pelos ministros, na medida em que poucos abordam a discussão da natureza do repasse e, ainda assim, de forma superficial, quando o fazem.

³² Legislação de referência:

- Art. 8º, I, da Lei Federal n.º 11.079/2004

“Art. 8o As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal”;

- Art. 16, II, da Lei Estadual n.º 9.290/2004

“Art. 16 - As obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto do contrato, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, poderão ser garantidas através de: (...)

II - vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da CIDE - Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal”;

O Contrato de Nomeação de Agente de Pagamento e Administração de Contas, cuja minuta constava do edital de concessão e que deveria ser celebrado até a data de assinatura do Contrato, estabelecia o mecanismo de pagamento da contraprestação e de vinculação das receitas do FPE como mecanismo de pagamento ao concessionário.

III.4.b A cessão fiduciária de cotas de Fundo de Investimento Imobiliário (PPP do VLT do Rio de Janeiro)

Na PPP do VLT (Veículo Leve sobre Trilhos) carioca, a cláusula de garantias prevê o seguinte:

“20.1. Garantia de Pagamento da Contraprestação Pecuniária e da realização do Aporte Público. Em garantia ao cumprimento das obrigações a assumidas neste Contrato, o Poder Concedente outorgará à Concessionária a Garantia Pública.

20.1.1. A Garantia Pública será prestada pelo Fundo de Investimento Imobiliário de propriedade da CDURP.

20.1.2. A Garantia Pública poderá ser acionada pela Concessionária ou pelo seu(s) Financiador(es) caso o pagamento da Contraprestação Pecuniária não seja realizado, total ou parcialmente, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento”.

O sistema de garantias da PPP do VLT é lastreado na criação de um **Fundo de Investimentos Imobiliário (FII - VLT)**, com patrimônio líquido mínimo de R\$ 40.000.000,00 (quarenta

-
- Art. 1º, da Lei Estadual n.º 11.477/2009

“Art. 1º - Para fins de adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e por entidades da sua administração indireta em contratos de parceria público-privada, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Estadual nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, fica o agente financeiro responsável pelo repasse dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) autorizado a efetuar a transferência do valor correspondente a 12% (doze por cento) dos recursos financeiros oriundos desse Fundo, destinados ao Estado da Bahia, à DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A., pessoa jurídica de direito privado, constituída como sociedade anônima de capital fechado, conforme autorização da Lei Estadual nº 2.321, de 11 de abril de 1966.

Parágrafo único - A DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. deverá manter os recursos que lhe sejam transferidos na forma do caput deste artigo segregados dos demais recursos de sua titularidade, em conta corrente específica a ser aberta no agente financeiro responsável pelo repasse dos recursos do FPE, destinando-os, exclusivamente, ao adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e suas entidades da administração indireta em contratos de parceria público-privada, sob pena de responsabilização dos seus administradores, nos termos da lei, podendo a DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. autorizar o agente financeiro a transferir os recursos diretamente à conta do concessionário, conforme disposto nos contratos de parceria público-privada”.

milhões de reais), valor que não poderá ser reduzido ao longo de todo o contrato. O valor garante não apenas o pagamento da Contraprestação Pecuniária prevista no Contrato, como também o Aporte Público.

As quotas do FII VLT foram objeto de **cessão fiduciária** pela CDURP em favor do concessionário, com a proibição de alienação ou oneração da CDURP das demais cotas de sua propriedade do Fundo de Investimentos Imobiliário até o pagamento integral das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Concedente. O contrato também condicionou (i) decisões de investimentos; (ii) substituição do administrador do FII VLT; e (iii) política de distribuição de resultados do cotista CDURP à **aprovação prévia do concessionário**.

III.4.c A combinação de fiança e penhor sobre cotas de Fundo exclusivo junto a Companhia Garantidora: o exemplo da PPP da Linha 4 – Amarela e Linha PPP da Linha 6 – Laranja, ambas do Metrô Estado de São Paulo

A garantia da Linha 4 - Amarela foi consubstanciada por meio da **fiança oferecida pela CPP - Companhia Paulista de Parcerias**, que se constituiu garante das obrigações do Poder Concedente, cumulada com o **penhor sobre cotas de um fundo criado especificamente com esta função**. Ou seja, o mecanismo de garantia, nesse caso, combinou uma garantia pessoal com uma garantia real.

Nesse fundo foram injetados recursos para garantir a financiabilidade do projeto, para garantir não apenas a contraprestação pecuniária do Estado, mas também multas contratuais decorrentes do inadimplemento das obrigações do Poder Concedente. Trata-se de um fundo exclusivo da Linha 4-Amarela que depois do cumprimento das obrigações pelo Estado, poderá ser utilizado em outros projetos de PPP, exclusivo para São Paulo.³³

³³ Conforme as cláusulas 6 e 11 do Contrato:

“6.1. A remuneração da CONCESSIONÁRIA será composta pelas seguintes parcelas:

Parcela A: RECEITA TARIFÁRIA obtida por meio de tarifa de remuneração fixada em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos) por passageiro transportado, na data base de 1º de fevereiro de 2005 (TARIFA DE REMUNERAÇÃO), observada a Cláusula Oitava.

Parcela B: Contraprestação pecuniária devida pelo PODER CONCEDENTE (CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA), a ser paga, em duas etapas (...)

6.1.1. O fiel e pontual pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA será garantido pela Companhia Paulista de Parcerias (CPP), até o limite total de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), que, por sua vez, será reajustado periodicamente na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO, a partir da data base correspondente ao 1º dia do mês da apresentação das propostas relativas à licitação da CONCESSÃO.

6.1.2. A garantia assim prestada compõe as OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS de responsabilidade da CPP e está abrangida pelo PENHOR constituído nos termos do item 11.14 da Clausula Décima Primeira. (...)

*11.14. Para **garantia da fiança** prestada em relação às OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS, a CPP constituirá em até 30 (trinta) dias da assinatura do presente contrato o **penhor sobre títulos da dívida pública federal e/ou sobre quotas do***

A garantia prevista na cláusula 52 do contrato de PPP referente à Linha 6 – Laranja do Metro Paulista contempla previsões bastante semelhantes³⁴.

Assim, na hipótese de inadimplemento por parte do Poder Concedente no pagamento da contraprestação pecuniária, o concessionário poderá executar a fiança prestada pela CPP. Não ocorrendo o pagamento espontâneo pela CPP, o **concessionário poderá solicitar diretamente ao Banco do Brasil, na condição de Agente de Garantia**, o resgate de tantas cotas do fundo quantas necessárias para satisfação da obrigação inadimplida.

III.4.d Cumulação de penhor de títulos da dívida pública com seguro-garantia: o caso da PPP de Escolas de Belo Horizonte

No sistema de garantidas da PPP de Escolas de Belo Horizonte, foram previstas duas ordens de garantias do Poder Concedente. A primeira correspondia à inadimplência corrente e usual de contraprestações públicas, e destina-se a garantir o fluxo de caixa do concessionário no caso de um inadimplemento pontual do Poder Público. A segunda ordem de garantia visava três eventos: (i) a recomposição imediata da garantia de inadimplência, caso executada; (ii) o pagamento das indenizações na hipótese de rescisão do Contrato e (iii) o pagamento da totalidade da contraprestação mensal e da

Fundo de Investimento lastreado em títulos da dívida pública federal, cujo valor total será de R\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de reais), acrescido do mesmo reajuste aplicável à TARIFA DE REMIUNERAÇÃO, na data do vencimento das OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS (PENHOR)". Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>>. Acesso em 15/05/2020.

³⁴ Conforme a cláusula 52 do Contrato:

"52.1. O Poder Concedente obriga-se a assegurar os recursos orçamentários necessários ao pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA e do APORTE DE RECURSOS, conforme estabelecido na Clausula Sexta, item 6.3 deste CONTRATO, incluindo na proposta orçamentária anual dotação específica, vinculada à Secretaria dos Transportes Metropolitanos, em valor suficiente para suportar o pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA para o exercício subsequente, bem como vetar alterações na referida proposta que reduzam ou restrinjam a dotação destinada ao pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA e não efetuar contingenciamento de tais recursos

52.2. A Companhia Paulista de Parcerias – CPP assume neste ato, em caráter irrevogável e irretroatável, a condição de fiadora solidariamente responsável pelo fiel cumprimento da obrigação imputável ao PODER CONCEDENTE, no que se refere, exclusivamente, ao pagamento do valor correspondente a 6 (seis) prestações mensais da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Obrigação Solidária), que vigorará, de acordo com os limites e condições estabelecidos nesta Clausula, a partir do início da OPERAÇÃO COMERCIAL ou da OPERAÇÃO COMERCIAL ANTECIPADA, plena ou parcial, até liquidação final, pelo PODER CONCEDENTE, da última parcela da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, renunciando expressamente ao benefício previsto no artigo 827 do Código Civil."

*52.3. A Obrigação Solidária será assegurada mediante **penhor, instituído nos termos do artigo 1.431 do Código Civil Brasileiro (Garantia Real)**, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da assinatura do CONTRATO, sobre cotas do Fundo de Investimento Renda Fixa Longo Prazo, denominado "BB CPP PROJETOS", da qual é cotista exclusiva, inscrito no CNPJ sob o nº 17.116.243/0001-92, doravante denominado FUNDO, administrado pela BB DTVM". Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>> . Acesso em 15/05/2020.*

contrapartida pelo investimento na obra e de indenizações devidas pelo Poder Concedente, até o limite estabelecido no contrato³⁵.

As duas ordens de garantias seriam oferecidas pela PBH Ativos, sociedade criada pela Lei Municipal nº 10.003/2010, a qual assumiu a obrigação de manutenção dos níveis de garantias. O Contrato admitia a constituição de garantia por meio de **caução em dinheiro ou penhor de títulos da dívida pública federal**, para a primeira garantia e **fiança bancária ou seguro-garantia** junto ao banco fiador para a segunda garantia.

Quanto à **segunda garantia**, o Contrato admitia ainda a possibilidade de **substituição total ou parcial da garantia por meio da constituição de penhor de créditos detidos pelo Poder Concedente perante a Copasa MG**, Companhia de Saneamento de Minas Gerais. Admitia, igualmente, a substituição da garantia por **dação em garantia de quotas de fundo de investimento** cuja carteira seria composta por ativos de alta liquidez e baixo risco, devidamente registrado perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM e administrado e gerido por instituição financeira de primeira linha, entendida como aquela que tenha patrimônio líquido mínimo de R\$5.000.000.000,00 (cinco bilhões de Reais).

Os exemplos aportados não refletem, necessariamente, alternativas de garantia viáveis ou desejáveis para o Projeto ora discutido. Destinam-se tão somente a ilustrar a diversidade de garantias que podem ser desenhadas no contexto brasileiro. Indicam, ainda, o quão indispensável será desenhar a garantia de maneira aderente às possibilidades econômicas do Estado e às necessidades de atratividade e economicidade do Projeto. Por este motivo, o desenho das garantias é uma das atividades que deverá necessariamente estar incluída no Termo de Referência dos consultores responsáveis pela modelagem do Projeto.

³⁵ “34.1 O PODER CONCEDENTE constituirá as seguintes garantias em favor da CONCESSIONÁRIA:

34.1.1 garantia no valor de 6 (seis) parcelas referentes ao VALOR MÁXIMO DE CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL e da CONTRAPARTIDA PELO INVESTIMENTO NA OBRA devido à CONCESSIONÁRIA, no caso de sua inadimplência no curso do CONTRATO.

34.1.2 garantia no limite inicial de R\$127.000.000,00 (cento e vinte e sete milhões de Reais), destinada a assegurar: (i) a recomposição imediata da garantia de que trata a subcláusula 34.1.1, caso seja executada; (ii) o pagamento das indenizações na hipótese de rescisão do CONTRATO, na forma da cláusula 43 ou de sua anulação conforme cláusula 44; e, ainda, (iii) o pagamento da totalidade da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL e da CONTRAPARTIDA PELO INVESTIMENTO NA OBRA e de indenizações devidas pelo PODER CONCEDENTE, cujo valor será corrigido anualmente com base no IPCA, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. Disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>>. Acesso em 15/05/2020.

IV PROGRAMAS DE FINANCIAMENTO DA MOBILIDADE URBANA

Independentemente da estrutura de modelagem a ser delimitada, tem-se que o montante de investimento inicial dos empreendimentos a serem implantados é elevado. Desse modo, a fim de garantir a sustentabilidade econômica do Projeto, o concessionário poderá pleitear o ingresso em programas de financiamento nacionais ou internacionais.

Desse modo, não obstante o tema do financiamento do Projeto não estivesse no escopo do termo de referência, tomamos a liberdade de listar abaixo alguns dos principais programas de financiamento disponíveis para o Projeto STCR, com o objetivo de informar os futuros consultores do Projeto e o concessionário sobre suas possibilidades de escolha, sem prejuízo de outros não mencionados, mas que eventualmente possam ser elegíveis.

IV.1 Programas de financiamento nacionais

IV.1.a BNDES Finem - Mobilidade urbana

O BNDES FINEM – Mobilidade urbana é a principal linha de financiamento oferecida pelo Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES no setor de transporte coletivo e mobilidade urbana, prevendo financiamento a partir de R\$ 10 milhões para projetos de investimentos de interesse público voltados à mobilidade urbana.

Podem solicitar o financiamento as empresas sediadas no Brasil, empresários individuais (pessoa física ou jurídica), associações e fundações, desde que para a realização de **investimentos em regime de concessão, permissão ou autorização administrativa ou mediante delegação legal**, bem como entidades e órgãos públicos.

Em relação ao **objeto**, são financiáveis estudos e projetos; obras civis; montagens e instalações; móveis e utensílios; treinamento; despesas pré-operacionais; máquinas e equipamentos nacionais novos credenciados no BNDES; e máquinas e equipamentos importados sem similar nacional, dentre outros. A lista completa de itens financiáveis está disponível no Glossário de Itens Financiáveis do BNDES Finem³⁶.

³⁶Glossário de Itens Financiáveis do BNDES Finem. Disponível em <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/52603e4e-407a-4cc4-8122-e0d4419e59fd/BNDES-Finem-itens-financiaveis.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IGVAvR6>>. Acesso em 17/05/2020.

Para ser selecionado, o Projeto deve estar de acordo com os **objetivos de racionalização econômica e desenvolvimento socioambiental**, incluindo elementos como: redução dos custos totais do sistema de transportes; priorização das modalidades de maior capacidade e menor custo operacional; privilégio do transporte coletivo sobre o individual; integração tarifária e física, com redução do ônus e do tempo de deslocamento para o usuário; acessibilidade universal, inclusive para pessoas com mobilidade reduzida, pedestres e ciclistas; utilização de tecnologias mais adequadas, buscando melhores condições de conforto e segurança; aprimoramento da gestão e da fiscalização do sistema, de forma a fortalecer a regulamentação e reduzindo a informalidade; redução dos níveis de poluição sonora e do ar, do consumo energético e dos congestionamentos; e requalificação urbana das áreas do entorno dos projetos.

O pré-requisito para a solicitação do apoio financeiro é a **habilitação perante o BNDES**, que requer uma análise cadastral. Apenas após a habilitação o Banco avaliará a proposta de financiamento.

Uma vez habilitada, a pessoa física ou jurídica pode solicitar o crédito de duas maneiras: Apoio Direto e Apoio Indireto. No Apoio Direto, a solicitação é feita diretamente ao BNDES, enquanto no Apoio Indireto a solicitação é realizada por meio de instituição financeira credenciada pelo BNDES.

Nas operações diretas, a Taxa de Juros é composta pelo Custo Financeiro, pela Remuneração do BNDES (1,3% ao ano) e pela Taxa de Risco de Crédito. Já nas operações indiretas, a Taxa de Juros é composta pelo Custo Financeiro, pela Taxa do BNDES (1,45% ao ano) e pela Taxa do Agente Financeiro (negociada entre a instituição e o solicitante do financiamento). As garantias também são negociadas diretamente com o financiador, seja o próprio BNDES, no caso do Apoio Direto, seja a instituição financeira credenciada para a prestação do Apoio Indireto.

O BNDES financia **até 90% do valor total** do Projeto para Estados e Municípios e até 80% para os demais clientes, com **prazo máximo de 34 anos**. Esse prazo compreende o prazo de carência e o prazo de amortização e é determinado em função da capacidade de pagamento do empreendimento, do cliente e do grupo econômico.

IV.1.b Caixa Econômica Federal - Programa Pró-Transporte

A Caixa Econômica Federal (“CEF”) apresenta **linha de financiamento de longo prazo** no setor de mobilidade urbana por meio do **programa de financiamento Pró-Transporte**, cujos recursos são oriundos do FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O Pró-Transporte, é regulamentado pela Instrução Normativa nº 27/2017, e gerido pelo Ministério das Cidades.

Em conformidade com a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e da Política Setorial de Transporte e Mobilidade Urbana, esta linha de financiamento tem o objetivo de propiciar o aumento da mobilidade urbana, da acessibilidade, dos transportes coletivos urbanos e da eficiência dos prestadores de serviços, de maneira a garantir o retorno dos financiamentos concedidos e conferir maior alcance social às aplicações do FGTS. Neste sentido, o programa permite financiar a **implantação, ampliação,**

modernização e/ou adequação da infraestrutura dos sistemas de transporte público coletivo urbano, incluindo-se obras civis, equipamentos, investimentos com tecnologia, sinalização e/ou aquisição de veículos e barcas e afins.

São elegíveis para pleitear o apoio tanto os entes públicos, como Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos públicos gestores; quanto **entidades privadas**, tais como **concessionários de transporte público**, permissionários de transporte coletivo urbano e SPEs, e detentores de contrato de permissão ou de autorização.

O ingresso no programa depende de participação em **processo seletivo** aberto pelo Ministério das Cidades. O candidato deve encaminhar à Superintendência Regional o Pedido de Financiamento (Carta Consulta), com a documentação necessária à avaliação técnica do empreendimento e à avaliação de risco de crédito.

No caso de o proponente ser o Estado, Município ou Distrito Federal, a contratação está condicionada: (i) à obtenção de autorização de endividamento dada pela Secretaria do Tesouro Nacional; (ii) à verificação da regularidade cadastral do proponente; (iii) à aprovação da operação pelas instâncias competentes da Caixa; e (iv) à seleção da Carta Consulta pelo Ministério das Cidades.

Quanto ao setor privado, a contratação está condicionada: (i) à verificação da **regularidade cadastral** do proponente; (ii) à **aprovação da operação** pelas instâncias competentes da Caixa; e (iii) à **seleção da Carta Consulta** pelo Ministério das Cidades.

Uma vez aprovado o financiamento, ele será efetuado através de parcelas, mediante comprovação, por técnicos da Caixa, das etapas físicas executadas. As prestações são mensais, calculadas pelo Sistema Francês de Amortização – Tabela Price – e o saldo devedor é reajustado pelo mesmo índice e pela mesma periodicidade de atualização dos saldos das contas vinculadas do FGTS.

No Pró-Transporte há, ainda, a previsão de **contrapartida**, que corresponde à complementação do valor necessário à execução do contrato, podendo ser constituída por recursos próprios e/ou de terceiros ou bens e serviços economicamente mensuráveis, e equivalente a, no mínimo, **5% do valor total** do investimento.

O prazo máximo de carência corresponde ao prazo previsto para execução de todas as etapas previstas para cumprimento do objeto, contado a partir da data de assinatura do contrato de financiamento, limitado a 48 meses e o prazo de **amortização é de até 20 anos**.

São encargos do programa: (i) juros mensais com a **taxa nominal anual de 6%**, sendo que, para as ações financiáveis do sistema de transporte sobre trilho, a taxa de juros é de 5,5% ao ano; (ii) taxa de risco de crédito é definida conforme conceito de risco de crédito emitido pela Caixa para cada operação, limitada a 1% a.a., incidente sobre o saldo devedor do contrato; (iii) remuneração da Caixa equivalente a até 2% a.a., incidente sobre o saldo devedor; (iv) tarifas operacionais e de análise

O saldo devedor é reajustado pelo mesmo índice e pela mesma periodicidade de atualização dos saldos das contas vinculadas ao FGTS.

IV.1.c BADESC Sistema Viário

A Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina S.A. – BADESC é uma sociedade de economia mista, de capital autorizado, criada pela Lei nº 4.950/1973, cujo objetivo é promover o desenvolvimento econômico e social do Estado de Santa Catarina através da execução da política estadual de desenvolvimento econômico e o fomento das atividades produtivas por meio de operações de crédito com recursos próprios e dos fundos institucionais, bem como por aqueles oriundos de repasses de agências financeiras nacionais e internacionais.

Dentre as linhas de crédito do BADESC destinadas ao setor público, existe o **Programa BADESC Sistema Viário**, que oferece financiamentos de médio e longo prazo para o apoio da realização de **obras de infraestrutura e melhoria dos serviços** nos Municípios do Estado de Santa Catarina, a fim de promover o crescimento econômico e a geração de emprego e renda à população catarinense.

O BADESC Sistema Viário, portanto, financia projetos de engenharia, construção de viadutos, pontes, trapiches, passarelas, implantação de sinalização viária, abrigos de ônibus, pavimentação, urbanização e arborização de vias urbanas, drenagem pluvial, terminais rodoviários e passeios públicos.

Para pleitear o ingresso no programa, o ente público deve: (i) apresentar **plano** que demonstre as reais condições de melhoria da gestão e arrecadação fiscal, em decorrência da execução do plano de investimentos; (ii) demonstrar **capacidade de endividamento e de pagamento** de acordo com as legislação; (iv) dispor de **dotação orçamentária**.

Esta linha de crédito pode financiar **até 100% do valor do investimento**, com prazo de carência mínimo de 9 meses e máximo de 12 meses. As prestações têm o prazo de até 36 meses, com encargos de **5,5% a.a. + SELIC**. Os Municípios com Índice de Desenvolvimento Humano - IDH igual ou inferior a 90% do índice médio do Estado terão reduzida em 50% a remuneração básica do programa.

As operações de empréstimo aos Municípios serão garantidas pela vinculação das cotas partes do ICMS ou FPM que couberem à prefeitura, por meio de procuração com poderes irrevogáveis, estabelecida a favor do BADESC, cujos poderes deverão receber a prévia autorização da Câmara Municipal. Caso as cotas do ICMS e FPM sejam insuficientes para fazer face aos compromissos, o BADESC comunicará o fato ao Município, solicitando providências para o pagamento imediato com recursos de outras origens. No que tange o índice de garantia deste programa, o valor retido de ICMS da PM é igual ao valor a ser liberado pelo BADESC.

IV.2 Programas internacionais de financiamento

IV.2.a IFC – International Finance Corporation

A Internacional Finance Corporation – IFC, ou, em português, Corporação Financeira Internacional, é a instituição do Grupo Banco Mundial responsável por promover o desenvolvimento econômico mediante **incentivo ao empreendimento privado produtivo nos países em desenvolvimento**. Em função disso, a IFC investe seu capital e conhecimento técnico para o desenvolvimento de infraestruturas públicas, incluindo o setor de transportes. Sendo o membro do Grupo Banco Mundial especializado no investimento no setor privado, a IFC financia os concessionários em projetos de concessão e parcerias público-privadas, entre outros.

Especificamente em relação ao setor de transportes, a IFC apoia o desenvolvimento da infraestrutura de transporte em mercados emergentes por meio de serviços de investimento e consultoria, incluindo parcerias público-privadas (PPPs), fornecendo conhecimento técnico interno em procedimentos licitatórios, e nos setores de engenharia, finanças, compras, gerenciamento de riscos, bem como padrões sociais e ambientais. O foco da IFC é **promover projetos que reduzem os custos de transporte, aliviam gargalos, facilitam o comércio internacional e criam empregos** por meio de atualizações de eficiência e modernização, que são essenciais para o desenvolvimento e crescimento econômico.³⁷

A IFC investe em projetos do setor privado através de diferentes tipos de auxílio financeiro que permitem às empresas o melhor gerenciamento de riscos e a ampliação do seu acesso aos mercados de capital estrangeiros e domésticos. Os produtos financeiros oferecidos incluem: (i) **empréstimos**: a IFC oferece empréstimos a taxas fixas e variáveis, normalmente por um período de sete a 12 anos; (ii) **empréstimos sindicalizados**: através do Managed Co-Lending Portfolio Program (MCP), um novo processo de sindicalização, permite que investidores externos participem da carteira de empréstimos seniores da IFC, de modo que a instituição atua como catalisador para levantar recursos de fontes nacionais e internacionais; (iii) **participações acionárias**: a IFC investe diretamente e por meio de fundos de *private equity*, oferecendo capital para crescimento de longo prazo; (iv) **financiamento estruturado**: utiliza produtos de financiamento estruturado com ênfase em soluções de longo prazo, em moeda local, e no acesso a mercados de capital locais; (v) **financiamento em moeda local**: oferece financiamento em moeda local por meio de empréstimos, swaps, garantias, mecanismos de compartilhamento de riscos e produtos securitizados; (vi) **financiamento ao comércio exterior**: a IFC emite garantias de crédito, proporcionando liquidez para fluxos comerciais por meio de uma rede de mais de 590 parcerias em 86 países.³⁸

³⁷ Para mais informações, ver: INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Dezembro, 2015. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81eebed9-5507-424d-9bfa-e3a6e60a1d61/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES&CVID=la1X4au>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

³⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Departamento para a América Latina e o Caribe. Equipe de Comunicações. CRIANDO MERCADOS, CRIANDO OPORTUNIDADES: A IFC na América Latina e no Caribe. Dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/cea0608d-cd47-4b3a-be59-389cb2cf8642/IFC_LAC_Brochure_2017_POR.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mbgghYy>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

São elegíveis para o financiamento pela IFC os projetos que: (i) estejam localizados em um país em desenvolvimento membro da IFC; (ii) sejam do setor privado; (iii) sejam tecnicamente corretos; (iv) tenham boas perspectivas de lucratividade; (v) beneficiem a economia local; e (vi) sejam ambiental e socialmente adequados, satisfazendo os padrões ambientais e sociais tanto da IFC, quanto do país anfitrião.³⁹

Muito embora a IFC não financie diretamente micro, pequenas e médias empresas, nem empreendedores individuais, muitos dos seus clientes de investimento são intermediários financeiros que emprestam para empresas menores.

Para pleitear o financiamento pela IFC, é necessário que a empresa submeta uma **Proposta de Investimento** (“*Investment Proposal*”). Uma Proposta de Investimento deve conter as seguintes informações:⁴⁰

- i. Breve descrição do projeto;
- ii. Informações sobre patrocínio, gerenciamento e assistência técnica, o que inclui: (i) história e negócios dos patrocinadores, incluindo informações financeiras; (ii) arranjos propostos para a administração, nomes e currículos dos gerentes; (iii) descrição de acordos técnicos e outras assistências externas (nos campos de gerenciamento, produção, marketing, finanças, etc.);
- iii. Dados sobre mercado e vendas, que compreendem: (i) volumes de produção projetados, preços unitários, objetivos de vendas e participação de mercado do empreendimento proposto; (ii) usuários em potencial de produtos e canais de distribuição a serem usados; (iii) fontes de suprimento de produtos; (iv) concorrência futura e possibilidade de que o mercado possa ser satisfeito por produtos substitutos; (v) proteção tarifária ou restrições de importação que afetam os produtos; (vi) fatores críticos que determinam o potencial do mercado;
- iv. Informações sobre viabilidade técnica, mão de obra, recursos de matérias-primas e ambiente, tais como: (i) comentários sobre complexidades técnicas especiais e necessidade de conhecimento e habilidades especiais; (ii) possíveis fornecedores de equipamentos; (iii) disponibilidade de mão de obra e de instalações de infraestrutura (transporte e comunicação, energia, água, etc.); (iv) repartição dos custos operacionais projetados por principais categorias de despesas; (v) fonte,

³⁹ IFC. How to Apply for Financing. Disponível em <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/solutions/how-to-apply-for-financing>. Acesso em 20/05/2020.

⁴⁰ IFC. Investment Proposals. Disponível em <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/solutions/investment-proposals>. Acesso em 20/05/2020.

- custo e qualidade do suprimento de matéria-prima e relações com as indústrias de apoio; (vi) restrições de importação às matérias-primas necessárias; (vii) localização proposta da fábrica em relação a fornecedores, mercados, infraestrutura e mão de obra; (viii) tamanho da planta proposta em comparação com outras plantas conhecidas; (ix) potenciais questões ambientais e como essas questões são tratadas;
- v. Requisitos de investimento, financiamento de projetos e retornos, incluindo: (i) estrutura financeira proposta do empreendimento, indicando as fontes e os termos esperados de financiamento de capital e dívida; (ii) tipo de financiamento da IFC (empréstimo, patrimônio líquido, quase-patrimônio líquido, uma combinação de produtos financeiros, etc.) e valor; (iii) demonstrativo financeiro projetado, informações sobre rentabilidade e retorno do investimento; (iv) fatores críticos que determinam a lucratividade;
 - vi. Informações sobre suporte e regulamentos governamentais, como: (i) incentivos e apoio governamentais específicos disponíveis para o projeto; (ii) contribuição esperada do projeto para o desenvolvimento econômico; (iii) esboço dos regulamentos governamentais sobre controles de câmbio e condições de entrada e repatriação de capital.
 - vii. Calendário previsto para a preparação e conclusão do projeto.

Após uma análise preliminar, a IFC pode solicitar um estudo de viabilidade detalhado ou o plano de negócios para determinar se financiará ou não o projeto.

IV.2.b BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento

O International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), ou, em português, Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, é a instituição do grupo Banco Mundial voltada aos entes públicos, atuando como uma cooperativa de países, que disponibiliza seus recursos financeiros, o seu pessoal altamente treinado e a sua ampla base de conhecimentos para apoiar os esforços dos países-membro para atingir um crescimento duradouro, sustentável e equitativo. O objetivo principal é a **redução da pobreza e das desigualdades**⁴¹, tendo como foco os países em desenvolvimento.

⁴¹ Nações Unidas Brasil. Banco Mundial. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>. Acesso em 10/05/2020.

Neste escopo, o BIRD oferece aos países-membro soluções financeiras inovadoras, incluindo diversos produtos financeiros (empréstimos, garantias e produtos de gerenciamento de riscos) e serviços de consultoria (inclusive de forma reembolsável) a governos nos níveis nacional e subnacional.

Dentre os instrumentos de financiamento oferecidos pelo BIRD⁴², destaca-se, para fins do Projeto STCR, o **Investment Project Financing (IPF)**, ou, em português, Financiamento de Projetos de Investimento, passível de aprovação em todos os setores, principalmente nos setores de infraestrutura, desenvolvimento humano, agricultura e administração pública. O IPF está focado no **médio e longo prazo** (horizonte de 5 a 10 anos) e suporta uma ampla gama de atividades, incluindo investimentos intensivos em capital, desenvolvimento agrícola, prestação de serviços, entrega e concessão de crédito [incluindo microcrédito], baseados no desenvolvimento comunitário e fortalecimento institucional⁴³; o que permite, naturalmente, que este programa de financiamento abranja projetos de transporte e mobilidade urbana.

Para acessar esta linha de financiamento, o ente público deve apresentar ao BIRD o projeto que se pretende desenvolver. A aprovação do financiamento pelo Banco passa por uma série de análises do projeto submetido⁴⁴:

(i) Análise técnica: O Banco avalia aspectos técnicos do projeto, incluindo questões como possíveis problemas de *design*; adequação do *design* às necessidades do projeto e à capacidade do Mutuário e de qualquer entidade de implementação do projeto; arranjos institucionais e questões organizacionais para a implementação do Projeto no contexto dos objetivos de desenvolvimento a longo prazo do Mutuário ou, conforme o caso, do país membro;

(ii) Análise econômica: O Banco realiza uma análise econômica do Projeto. Levando em conta os objetivos de desenvolvimento esperados do projeto, o Banco avalia a sua lógica econômica; a utilização de abordagens e metodologias apropriadas para o projeto, setor e condições do país; bem como avalia a adequação do financiamento do setor público e o valor adicionado pelo apoio do Banco. Para projetos apoiados por uma garantia bancária, uma análise de viabilidade financeira também é necessária;

(iii) Análise de gestão financeira: Nos casos de projetos que não envolvem partes privadas apoiadas por uma garantia bancária, isto é, nos casos de projetos submetidos unicamente por entidades públicas sem o respaldo de garantia bancária, o Banco avalia se o Mutuário ou a entidade implementadora do projeto mantém acordos de gestão financeira aceitáveis para o Banco e que, como parte dos arranjos gerais estabelecidos para a implementação do projeto, conferem ao Banco razoável segurança de que o crédito concedido será usado conforme os propósitos que justificaram a sua aprovação. Considera-se

⁴² The World Bank. Products and Services. Disponível em <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services>> Acesso em 10/05/2020.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ The World Bank. Investment Project Financing. Disponível em <<https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/796071c468754b6fb9ba5eeeb8de20a4.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

arranjos de gestão financeira o planejamento, orçamento, contabilidade, controle interno, fluxo de fundos, relatórios financeiros e acordos de auditoria do Mutuário ou de entidade responsável pela implementação do Projeto. A gestão financeira do projeto se baseia na existência e capacidade dos sistemas e instituições pré-existentes no âmbito do Mutuário ou da entidade responsável pela execução do projeto;

(iv) Análise do procedimento licitatório: O Banco avalia se o procedimento licitatório previsto no âmbito do projeto observa as regras e diretrizes aplicáveis aos empréstimos bancários do BIRD;

(v) Análise de aspectos ambientais e sociais: O Banco avalia a adequação do projeto aos requerimentos ambientais e sociais aplicáveis ao IPF; e

(vi) Análise de riscos: O Banco analisa os riscos para a consecução e desenvolvimento dos objetivos do projeto, com a devida consideração dos riscos de inação, e levando em conta as demais avaliações acima mencionadas e outras informações relevantes.

IV.2.c BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

O Interamerican Development Bank – IDB, ou, em português, Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, financia projetos do setor público e do setor privado de diferentes naturezas na América Latina e no Caribe; dando grande relevância a projetos de mobilidade urbana, que tenham por finalidade melhorar a infraestrutura de transporte de forma integrada.

Atuando como fonte de recursos para projetos de transporte e mobilidade urbana no Brasil e em outros países latino-americanos, o BID tem por objetivo expandir o transporte eficiente, acessível, inclusivo, sustentável e seguro, bem como melhorar a cobertura e integração das estruturas dos modais, elegendo como prioridade inclusive o investimento no transporte urbano de massa por BRT ou metrô.

O BID oferece financiamento em diferentes estruturas. Para o **setor público** – o que inclui governos de todas as esferas federativas, assim como outras instituições públicas descentralizadas, como os **consórcios públicos**⁴⁵ –, o BID oferece diferentes modalidades de financiamentos flexíveis por meio de plataforma específica dentro do Banco. A **Flexible Financing Facility (FFF)**⁴⁶, ou, em português, Instalação de Financiamento Flexível, é a única e principal plataforma de aprovação de todos os novos empréstimos para entes públicos. A FFF oferece uma série de facilidades e prerrogativas para o Mutuário público, que tem **grande liberdade de escolha e adaptabilidade do financiamento ao projeto**. Nesse sentido, o Mutuário escolhe entre diferentes opções integradas de empréstimos da FFF, mas customiza a modalidade escolhida conforme as especificidades do projeto, gerenciando riscos de moeda e taxa de juros,

⁴⁵ Inter-American Development Bank. Eligibility for Public Sector Financing. Disponível em <https://www.iadb.org/en/about-us/eligibility-public-sector-financing>. Acesso em 10/05/2020;

⁴⁶ Inter-American Development Bank. Flexible Financing Facility. Disponível em <<https://www.iadb.org/en/idb-finance/flexible-financing-facility>> Acesso em 10/05/2020.

personalizando os termos de pagamento do empréstimo a fim de melhor administrar os riscos de liquidez, entre outras intervenções. Ainda, a FFF também oferece coberturas independentes para transformar as características de risco de todas as obrigações do BID. Essas soluções financeiras e **personalizações do financiamento podem ser feitas e modificadas a qualquer tempo durante a vigência do empréstimo**, seja com um valor parcial do empréstimo, com o saldo total do empréstimo pendente ou no nível de uma carteira de empréstimos, sujeito à disponibilidade do mercado. Esta característica é especialmente benéfica considerando as alterações que naturalmente ocorrem no decorrer da execução do projeto. Para pleitear o financiamento pelo BID, basta a entidade pública submeter **proposta**⁴⁷ para apreciação da FFF.

Já para o **setor privado**⁴⁸, o que inclui os **concessionários públicos** e empresas estatais, o BID também disponibiliza linhas de financiamento, mas por intermédio da sua subsidiária, **IDB Invest**⁴⁹. Uma variedade de estruturas de financiamento é oferecida pela IDB Invest, tais como empréstimos, garantias parciais de crédito, subvenções financeiras e garantias de riscos políticos. Todavia, as empresas privadas não gozam das mesmas prerrogativas que o setor público, havendo **termos gerais fixos para cada tipo de financiamento**: (i) os empréstimos têm taxas de juros fixas ou flutuantes e são precificados de acordo com as condições de mercado existentes, refletindo as características gerais subjacentes do projeto e do cliente; (ii) as garantias parciais de crédito carregam taxas ou prêmios baseados no mercado e dependem do risco coberto e das referências de mercado; (iii) as subvenções financeiras requerem financiamento da contraparte; e (iv) as garantias de risco político tem taxas determinadas na base do caso a caso, dependendo do risco coberto e da natureza da estrutura de garantias.

Para pleitear o financiamento⁵⁰, a empresa deve enviar ao escritório regional da IDB Invest mais próximo uma aplicação, acompanhada de uma breve descrição da companhia e de um plano detalhado de negócios referente ao projeto a ser financiado.

IV.2.d NDB – New Development Bank

O New Development Bank – NDB, ou, em português, Novo Banco de Desenvolvimento – NBD, é um banco multilateral de desenvolvimento criado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, com

⁴⁷ Inter-American Development Bank. Proposal for a Flexible Financial Facility for Ordinary Capital Sovereign Guaranteed Loan Options. Disponível em <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36144992>. Acesso em 10/05/2020.

⁴⁸ Inter-American Development Bank. Non-sovereign financing. Disponível em <https://www.iadb.org/en/idb-finance/non-sovereign-financing>. Acesso em 10/05/2020.

⁴⁹ Inter-American Development Bank. Disponível em <https://idbinvest.org/>. Acesso em 10/05/2020.

⁵⁰ Inter-American Development Bank. Private Sector Projects. Disponível em <https://www.iadb.org/en/about-us/private-sector-projects>. Acesso em 10/05/2020.

o objetivo de financiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável nos **BRICS** e em outras economias emergentes e países em desenvolvimento, complementando os esforços das instituições financeiras multilaterais e regionais em prol da globalização, do crescimento e do desenvolvimento. O Banco também presta assistência técnica para projetos a serem apoiados pelo NDB e realiza trocas de informações, culturas e pessoal. Para cumprir seu objetivo, o Banco apoia projetos públicos ou privados por meio de empréstimos, garantias, participação acionária e outros instrumentos financeiros.⁵¹ Dentre os setores financiados pelo NDB, tem destaque o setor de transporte, visto que, até janeiro de 2020, 37% dos empréstimos do banco foram destinados ao setor de transportes⁵². Quanto à política de financiamento do NDB, ela pouco difere para projetos do setor público, ou de intermediários do setor público (como empresas estatais)⁵³; e para os projetos privados⁵⁴.

Quanto aos **projetos do setor público**, são elegíveis para o financiamento pelo NDB aqueles que estejam alinhados com as prioridades estratégicas do governo do país-membro, e bem integrados com o programa de investimentos desse país. Caso o projeto não esteja na seleção (“*pipeline*”) do governo do país-membro, a sua aprovação depende do escrutínio do Vice Presidente e Oficial Chefe Operacional (**VP&COO**) do NDB, desde que com endosso do governo relacionado.

Já em relação aos **projetos do setor privado**, são elegíveis para o financiamento apenas projetos localizados em um país-membro do NDB, ou em um território não disputado. Ainda, somente podem receber o financiamento do NDB empresas constituídas sob a legislação de um país-membro do NDB, e que tenham pelo menos 50% do seu capital social detido por entes privados, ou que tenham a maioria do capital social detido por entes da Administração direta ou indireta de países-membro. Logo, nesta categoria inserem-se os **concessionários de serviços públicos**. Mantêm-se também para os projetos do setor privado a exigência de adequação com as prioridades e objetivos estratégicos do respectivo país-membro.

O pleito do financiamento para ambos os setores depende da submissão de um **documento com o conceito do projeto (“Project concept paper”)**, que deve conter, entre outras exigências: o contexto estratégico do projeto; a sua lógica e fundamentação; o escopo e justificativa do apoio pelo NDB; plano indicativo de gastos e financiamentos; subprojeto com critérios para seleção do tipo de financiamento; as análises necessárias para a devida diligência do projeto; recursos necessários para o processamento do

⁵¹ New Development Bank. About Us. Disponível em <<https://www.ndb.int/about-us/essence/our-work/>> Acesso em 10/05/2020.

⁵² New Development Bank. Investor Presentation. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2020/05/General-IP-20200509.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

⁵³ New Development Bank. Policy on Processing Sovereign Loan. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/08/Policy-on-Processing-Sovereign-Loan-20160121.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

⁵⁴ New Development Bank. Policy on Transactions without Sovereign Guarantee. Disponível em <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/08/Policy-on-Transactions-without-Sovereign-Guarantee-091818.pdf>> Acesso em 10/05/2020.

projeto (como gastos com pessoal e consultores) e qualquer necessidade de assistência técnica no projeto; cronograma do projeto; classificação inicial dos riscos ambientais e sociais; pontos fulcrais que possam requerer orientação na sua administração; e a modelagem do projeto, bem como do seu sistema de monitoramento, formulados conforme as informações disponíveis.

Este documento, juntamente com os estudos de viabilidade do projeto, são analisados por um time do NDB, que verifica **aspectos do projeto**, como: desenvolvimento de resultados e impactos do projeto; relevância estratégica e abordagem do projeto; plano financeiro; aspectos sociais e ambientais; aspectos fiduciários; aspectos técnicos e econômicos; aspectos políticos e institucionais; arranjos requeridos para a sua implementação; classificação e administração dos riscos; capacidade de atingir seus objetivos a longo prazo. Com base no parecer deste time, o **VP&COO delibera sobre a aprovação** ou não do financiamento do projeto pelo NDB.

V ADAPTAÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO DO CONSÓRCIO PÚBLICO COMO PODER CONCEDENTE

V.1 Possibilidade jurídica do CIM-AMFRI figurar como Poder Concedente

Ao longo do desenvolvimento dos trabalhos, resolveu-se antecipar essas conclusões para o relatório jurídico preliminar. Cumpre-nos aqui, dessa forma, somente resumir o que já constou do referido documento preliminar relativamente ao aparato normativo existente, o qual confere competência ao CIM-AMFRI para exercer a função de Poder Concedente no Projeto em questão, o que passamos, em seguida, a fazer.

Utilizando-se da faculdade que lhe foi conferida pelo art. 25, §3º da Constituição Federal⁵⁵, e pela Lei Complementar Estadual nº 104/1994, o Estado de Santa Catarina publicou a Lei Complementar Estadual nº 495/2010, na qual instituiu, dentre outras, as regiões metropolitanas da Foz do Rio Itajaí e do Vale do Itajaí, para o exercício de funções públicas de interesse comum, dentre elas o transporte coletivo⁵⁶.

Em entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.842/RJ, a região metropolitana, uma vez criada, assume a competência material - originalmente pertencente aos entes que a compõem - para organizar, planejar e executar funções de interesse comum, nos termos da lei estadual que a regulou. Deste modo, a criação da região metropolitana tem como consequência o surgimento de uma **competência metropolitana interfederativa** e independente para a prestação dos serviços públicos metropolitanos de interesse comum. Isto implica que nem o Estado, nem os Municípios detêm isoladamente competência para legislar ou regulamentar os serviços de transporte metropolitanos, cabendo esta função apenas à Região Metropolitana. No caso do serviço público de transporte coletivo, a competência metropolitana derroga as competências originais do serviço público estadual de transporte intermunicipal de passageiros, pois parte desses serviços passam para a esfera de competência material e regulatória da instância metropolitana.

De outro lado, o Estatuto da MetrÓpole (Lei Federal nº 13.089/2015), que estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados; definiu os consórcios públicos como um dos instrumentos para o desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas (art. 9º, VI). Mais do que isso, o Estatuto da MetrÓpole, no seu art. 23, autorizou os

⁵⁵ Onde se lê que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

⁵⁶ Conforme classifica o art. 3º, b da Lei Complementar Estadual nº 104/1994, que dispõe sobre os princípios da Regionalização do Estado.

Municípios a formalizar convênios de cooperação e constituir consórcios públicos para atuação em funções públicas de interesse comum no campo do desenvolvimento urbano, independente das disposições da lei sobre região metropolitana. Dessa forma, a lei privilegiou os consórcios públicos como instrumento de desenvolvimento urbano, mas sem vincular à região metropolitana, permitindo um uso amplo deste instituto.

Neste sentido, **o Estado de Santa Catarina, através do art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 495/2010, definiu os consórcios públicos intermunicipais como os instrumentos cabíveis para a realização de ações, obras e serviços de interesse comum.** Não só a lei estadual autorizou que os Municípios se consorciem, como permitiu que formem consórcios públicos entre Municípios de diferentes regiões metropolitanas, desde que os demais não sejam onerados em termos financeiros (art. 14, parágrafo único).

O objetivo central de ambos o Estatuto da Metrópole e a legislação estadual de regulamentação das regiões metropolitanas é o desenvolvimento regional, sendo a diretriz principal não criar obstáculos para outras formas de integração regional em prol da Região Metropolitana. Isto fica claro no próprio texto da Lei Complementar Estadual nº 495/2010, segundo o qual os limites regionais são passíveis de ajustes condicionados pela dinâmica da Região Metropolitana e das áreas que a compõem (art. 13), desde que os Municípios envolvidos apresentem dependência de utilização de equipamentos e serviços públicos, que impliquem diretamente no desenvolvimento regional integrado (art. 4º). Em outras palavras, os Municípios que não compõem a mesma região metropolitana estão livres para consorciar-se em prol do exercício de funções públicas de interesse comum e do desenvolvimento regional.

Este é exatamente o caso dos Municípios que integram o CIM-AMFRI, visto que, embora façam parte de duas regiões metropolitanas distintas (a Região Metropolitana da Foz do Rio Itajaí e a Região Metropolitana do Vale do Itajaí), a integração do sistema de transporte coletivo destes Municípios é essencial para dar vazão à progressiva demanda regional em função do crescimento demográfico e da expansão do setor turístico na região.

Logo, por ser um consórcio público intermunicipal que atua nos termos legais e no interesse de regiões metropolitanas devidamente constituídas pela legislação estadual, o ordenamento jurídico confere ao CIM-AMFRI o exercício da competência interfederativa autônoma cabível a uma Região Metropolitana afim de garantir a prestação dos serviços públicos metropolitanos de interesse comum, notadamente o transporte coletivo. Naturalmente, para exercer a sua função, o CIM-AMFRI deve ser competente para atuar como Poder Concedente da concessão de serviços públicos de interesse comum.

Cumpra destacar que o CIM-AMFRI é um consórcio plenamente válido perante a legislação, pois preenche todos os requisitos da Lei nº 11.107/2005, que regulamentou as normas gerais para os entes federativos contratarem Consórcios Públicos. Em primeiro lugar, seu Protocolo de Intenções foi aprovado pela Lei Complementar Estadual nº 495/2010, conforme determina o art. 3º da Lei nº 11.107/2005. Em segundo lugar, a forma por ele assumida no Protocolo de Intenções, de associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica interfederativa, tem pleno respaldo legal na Lei de Consórcios Públicos (art. 1º, §1º).

Quanto à competência do CIM-AMFRI para atuar como Poder Concedente do Projeto STCR, esta lhe foi devidamente atribuída pelos entes federativos que o compõem. Conforme dispõe o art. 4º, XI, “a” da Lei de Consórcios Públicos, o Protocolo de Intenções do CIM-AMFRI estabeleceu quais competências legais lhe foram atribuídas. Dentre as competências delegadas, estão: (i) o exercício do poder de polícia (5.1.13); (ii) “regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio” (5.1.24); e (iii) “outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, previstos nos Contratos de Programa, programas governamentais, projetos afins e relativos às áreas de sua atuação, observada a legislação de normas gerais em vigor” (5.1.6). A cláusula 5.1.6., por sua vez, resoa o disposto no art. 2º, §3º da Lei de Consórcios Públicos, que indubitavelmente prevê a atuação do consórcio público como Poder Concedente, detentor do poder de outorga de concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Ainda, a cláusula 4.2. do Protocolo de Intenções estabeleceu que o CIM-AMFRI tem por finalidade “a gestão associada de serviços públicos, inclusive mediante a realização de licitações compartilhadas e a celebração de contratos de concessão e parcerias público-privadas” em diversas áreas, inclusive o setor de mobilidade urbana e infraestrutura (4.2.1.b).

Não resta dúvida, portanto, que o CIM-AMFRI pode atuar como Poder Concedente do Projeto STCR.

V.2 Alternativas de regulação da concessão tendo o CIM-AMFRI como Poder Concedente

Uma vez que o Protocolo de Intenções atribuiu ao CIM-AMFRI a competência de “regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio” (5.1.24), o Consórcio é livre para exercer a sua ampla competência regulatória da maneira que entender mais eficiente, eficaz e adequada para a concretização dos seus objetivos e finalidades.

Hodiernamente considera-se fundamental que a delegação da gestão de serviços públicos à iniciativa privada, tal qual ocorre nas concessões (cuja cogitação percorre todos os estudos até aqui realizados), seja acompanhada da edição de regulação específica. As finalidades dessa regulação estão ancoradas em basicamente três pontos: (i) na perspectiva da realização de estímulos econômico-financeiros permanentes e revistos a qualquer momento, para que o concessionário persiga a realização dos interesses públicos envolvidos no Projeto; (ii) na construção de um ambiente de eficiência econômico-financeira a partir da promoção da competição, ainda que esta não seja direta, no mercado, mas a partir de estratégias regulatórias e (iii) na instituição de um sistema efetivo de controle e fiscalização dos serviços delegados.

Nessa linha, caberia ao CIM-AMFRI optar por uma das três alternativas possíveis para exercício da regulação dos serviços públicos de transporte metropolitano: (i) **regulação direta ou contratual**, por meio do próprio contrato de concessão; (ii) **criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana** para o exercício de função regulatória delegada; e (iii) **delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual**. Vejamos, a seguir, uma comparação entre esses arranjos.

V.2.a Regulação direta através de contrato de concessão

O contrato de concessão é, por si só, um instrumento de regulação especial, nos termos do art. 175, parágrafo único, I da Constituição Federal. Isto porque a regulação nada mais é do que uma forma de atuação do Estado na ordem econômica⁵⁷, e o contrato de concessão é o instrumento através do qual o Poder Público estabelece os parâmetros para a prestação dos serviços, os direitos e os deveres dos usuários, a forma de remuneração do concessionário⁵⁸, entre outros elementos balizadores da atuação do agente econômico. A partir de sua celebração, o contrato de concessão “*cumpra a função de ser base da atividade regulatória estatal*”⁵⁹. Na condição de Poder Concedente, a CIM-AMFRI detém, portanto, a prerrogativa de regular a prestação do serviço público de transporte coletivo através do contrato de concessão.

Nas hipóteses em que a prestação do serviço é mais simplesmente sistematizada, com a celebração de poucos contratos de concessão, sem a necessidade de grandes arranjos regulatórios para o planejamento das outorgas, para a promoção da competição, ou de modelos complexos para o desempenho da tarefa de controle (fiscalização, aplicação de penalidades, celebração de acordos, etc.), a regulação realizada diretamente pelo contrato parece ser suficiente para garantir a boa performance do concessionário.

Nesses casos, a regulação por meio do contrato **economiza recursos públicos** (com eventual criação de entidade e cargos, pagamento de salários etc.) e **reduz custos de transação**, ao conferir mais estabilidade e transparência à regulação.

Neste caso, a **desvantagem** é o fato de a regulação não se dar por meio de um organismo com relativa **independência política** em relação ao Poder Concedente, o que possibilitaria, em tese, eventual interferência de interesses políticos paroquiais na regulação. Quanto a esse ponto há duas considerações importantes a fazer: (i) primeiro que, ao fixar no contrato os quadrantes da regulação do serviço, menos flutuação, ou, caso se prefira, menos mutabilidade haverá, ao longo do tempo, nesta regulação. A mudança da regulação, enquanto importar na alteração do contrato (ainda que somente das cláusulas que regulamentam o serviço), pode trazer implicações econômicas para o Poder Concedente nos casos em que desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato e esse fator, é necessário reconhecer, atua como um antídoto ou desestímulo a mudança constante da regulação. Quanto menos se mudam de regras, menor a influência de fatores políticos na regulação e, desse modo, mitiga-se o risco de influência de interesses políticos paroquiais. (ii) Além disso, o fato da regulação se dar pelo contrato não

⁵⁷ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

⁵⁸ Art. 23, III, IV e V da Lei nº 8.987/1995

⁵⁹ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202-203.

elimina a figura do regulador, isto é, da necessidade de atribuir-se a uma autoridade ou a um órgão da Administração a função de acompanhamento e fiscalização da concessão e a possibilidade de esta autoridade ou dos componentes do respectivo órgão receberem da lei prerrogativas (o mandato para o exercício da função, por exemplo) voltadas a prover-lhes de maior independência no exercício de suas competências, mitigando-se, na medida do possível, os riscos de interferência política.

A eficiência do arranjo regulatório dependerá, portanto, menos do tipo de moldura adotada (contratual, por agência ou por delegação) e mais do modo pelo qual esta moldura venha a ser sistematizada. Diante disso, não se deve afastar a possibilidade de realização, no caso concreto, de uma regulação mais simples, por contrato, ensejadora de menores custos para a Administração e maior estabilidade jurídica para o futuro contratado.

V.2.b Criação de agência ou autoridade reguladora metropolitana

A segunda opção, dentre as alternativas para o exercício da regulação pelo Consórcio Público competente, corresponderia à atribuição da competência regulatória para uma entidade ou para um órgão específicos, geralmente rubricados no direito brasileiro como agência ou autoridade reguladora.

A expressão **agência reguladora**, no direito brasileiro, corresponde geralmente a ideia de uma pessoa jurídica de direito público, uma autarquia, criada à imagem e semelhança da Administração direta ou central, dotada de autonomia de gestão especial, por força de atribuição de mandato e estabilidade na função aos seus dirigentes. A expressão **autoridade reguladora** tem um significado mais amplo, correspondendo tanto a agências, com o perfil anteriormente delineado, como a organismos ou órgãos (não pessoas jurídicas, portanto) da própria Administração que se especializem na função de regulação, com ou sem garantias de independência.

As agências, portanto, bem como as autoridades de regulação que detenham prerrogativas de autonomia especial ou independência tendem a realizar uma regulação mais técnica, distante dos interesses políticos paroquiais, o que confere, em termos teóricos, maior estabilidade institucional para o mercado e, assim, maior atratividade para o investimento privado.

De qualquer sorte, as **agências são estruturas institucionais complexas, com custos diretos e indiretos para sua criação e funcionamento**. O custo-benefício de sua criação parece estar mais relacionado a fatores como a necessidade da estruturação de uma regulação intensa e, ao mesmo tempo, estável e preponderantemente técnica, em ambientes que conjuguem alto desenvolvimento tecnológico, altos investimentos, necessidade de estímulo ao desenvolvimento de mercados específicos, necessidades relacionadas à universalização de atendimento, combinação de diferentes prestadores, entre outros fatores voltados a conjugar as forças de mercado à realização de interesses expressos em políticas públicas

Uma estrutura como essa, com o peso institucional de uma autarquia interfederativa, cuja criação fosse aprovada por todos os legislativos envolvidos na prestação dos serviços, parece a um primeiro lanço de olhos excessiva para o caso analisado, seja por conta da simplicidade dos serviços, pela provável

exclusividade de seu prestador, seja pelos custos envolvidos em sua criação e manutenção. Mas a decisão pode convergir para esse modelo, mas a frente, a depender de opções mais complexas de modelagem jurídica e econômica da concessão projetada e de análises específicas de custo-benefício.

Por outro lado, **a ideia de uma autoridade reguladora, não autárquica, submetida ao consórcio, não se mostra inadequada. Seus custos de criação e manutenção são pequenos se comparados com a de uma autarquia** – o consórcio já existe e pode autorregular a sua criação e sua manutenção ficaria sob os encargos dos próprios entes consorciados, diante do compromisso de rateio que já possuem – e **o problema da independência**, que, de certo modo, é atenuado pelo caráter interfederativo e associativo do consórcio (pois há sempre uma pluralidade de interesses sendo colocados a mesa, negociados e levados em conta nas deliberações do consórcio) **pode ser mitigado pelo estabelecimento de prerrogativas para os integrantes do órgão interno do consórcio que responda pelas funções de autoridade reguladora.**

V.2.b.1 Regulação do contrato de concessão pela Assembleia Geral

Uma variável da alternativa da autoridade reguladora, acima tratada, seria a de atribuir esta função à Assembleia Geral do Consórcio.

Conforme dispõe a cláusula 9 do Protocolo de Intenções da CIM-AMFRI, a Assembleia Geral é o órgão máximo do Consórcio, composto exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo dos entes consorciados e responsável pelas deliberações definitivas que determinam a atuação do Consórcio.

Dentre as suas competências, sublinha-se a competência para apreciar os planos de trabalho do consórcio (9.4.8), a competência para aprovar os planos e regulamentos dos serviços públicos (9.4.15), a competência para apreciar e sugerir medidas relacionadas às melhorias dos serviços prestados pelo Consórcio (9.4.16.a), e a competência residual de deliberar e dispor sobre os casos omissos e em última instância sobre os assuntos gerais do CIM-AMFRI (9.4.19).

Diante dessas disposições do Protocolo de Intenções, é possível concluir que a Assembleia Geral já é atualmente a autoridade ou o órgão do Consórcio responsável pela regulação de eventual concessão contratada.

Obviamente essa alternativa não exclui a possibilidade de que a assembleia seja assessorada por um órgão técnico e executivo, reservando para si somente a função deliberativa⁶⁰.

⁶⁰ O Protocolo de Intenções inclusive já prevê, na sua cláusula 13, a criação das Câmaras Temáticas, que são os entes técnicos responsáveis por cumprir com as múltiplas finalidades do CIM-AMFRI (13.1). Segundo definição do Protocolo de Intenções, a Câmara Temática consiste em “*órgão técnico da estrutura organizacional, ocupado por especialista no tema, cujo objetivo é estudar e oferecer sugestões e embasamento técnico sobre assuntos específicos para decisões do órgão colegiado, bem como coordenar as ações, inclusive o contrato de programa, do tema de sua responsabilidade*”.

A desvantagem dessa alternativa é justamente a **falta de garantias concedidas a autoridade reguladora para uma atuação independente**, ainda que, como dissemos acima, o caráter associativo e interfederativo do Consórcio tenda a atenuar a influência de interesses políticos paroquiais ou de interesses econômicos muito específicos sobre as decisões da assembleia.

V.2.c Delegação da competência regulatória para agência reguladora estadual

Por fim, tendo em vista que a cláusula 5.1.24 do Protocolo de Intenções⁶¹ autorizou a AMFRI a delegar o exercício de sua competência regulatória e fiscalizadora por meio de convênio, naturalmente, a última alternativa do Consórcio a ser mencionada é a delegação das suas atribuições de regulação a agência reguladora estadual, através de convênio de cooperação ou delegação.

Para tanto, a agência reguladora estadual passível de ocupar a posição de conveniente é a Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina – ARES, uma autarquia especial instituída pela Lei Estadual nº 16.673/2015, com o objetivo de fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação. Segundo a sua lei instituidora, a ARES tem plena competência para a celebração de convênios com consórcios públicos de regiões metropolitanas, como estabelece o art. 4º, III⁶² e o art. 5º, XI⁶³.

O instituto do **convênio de cooperação** tem regulamentação muito genérica pela legislação, muito embora seja amplamente usado pela Administração Pública direta e indireta das diversas esferas federativas⁶⁴. Tendo sido prescrito pelo art. 241 da Constituição Federal como instrumento de autorização da gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos; o convênio de cooperação foi admitido por diversos instrumentos legais relevantes, como a Lei nº 8.666/1993⁶⁵; a Lei nº

⁶¹ 5.1. Para o cumprimento de seus objetivos, o CIM-AMFRI poderá: (...) “5.1.24. Regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante convênio”.

⁶² “Art. 4º A ARES tem por finalidade fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação, quando o serviço for prestado: (...)III – por entidade de qualquer natureza que preste serviços em Município situado em região metropolitana, aglomeração urbana ou em região onde a ação comum entre o Estado e os Municípios se fizer necessária”.

⁶³ “Art. 5º Caberá à ARES a atuação nos seguintes serviços públicos: (...)IX – celebrar convênios e contratos com órgãos e entidades internacionais, federais, estaduais, distritais e municipais e com pessoas jurídicas de direito privado, no âmbito de sua área de atuação”.

⁶⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Cooperação interfederativa na gestão de serviços públicos: o caso dos resíduos sólidos. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 441-468, 2015.

⁶⁵ “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

8.987/1995⁶⁶, a Lei nº 9.074/1995⁶⁷ e a Lei nº 11.107/2005⁶⁸; sem, contudo, grandes especificações da sua forma ou conteúdo. Diante da vagueza da legislação federal, tem cabido principalmente aos Estados a regulamentação do convênio de cooperação no seu âmbito de competência.

Com esse propósito, o Estado de Santa Catarina disciplinou a celebração de convênios e instrumentos congêneres pelos órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual direta ou indireta, que tenham como objeto a execução descentralizada de programas de governo e ações; através do Decreto Estadual nº 307/2003⁶⁹.

Este **Decreto Estadual elegeu os convênios como os instrumentos de execução descentralizada de programas de governo e ações de órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual direta ou indireta**; considerando convênios como “os atos administrativos praticados pelo concedente com o conveniente pelos quais são ajustadas cláusulas e condições para a efetivação de obrigações recíprocas, visando à consecução de objetivos de interesse público ou da coletividade”⁷⁰.

É viável, portanto, em termos jurídicos, a delegação pelo Consórcio das competências relacionadas à regulação do futuro sistema de transporte metropolitano para a ARESC. A principal vantagem dessa delegação parece ser a de contar com uma **estrutura já existente**, eliminando boa parte dos custos de transação relacionados à criação de uma agência ou autoridade própria, ou simplesmente de um grupo especializado de acompanhamento da concessão (na hipótese de opção pela regulação contratual). Ao delegar a regulação do sistema metropolitano à agência reguladora estadual abre-se a possibilidade, em tese, de contar-se com um **corpo técnico estabelecido** há mais tempo, com mais **experiência no exercício da função delegada**.

⁶⁶ “Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

⁶⁷ “Art. 36. Sem prejuízo do disposto no inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios”.

⁶⁸ “Art. 13 (...) § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados”.

⁶⁹ Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/decreto-n-307-2003-santa-catarina-disciplina-a-celebracao-de-convenios-ou-instrumentos-congeneres-de-natureza-financeira-pelos-orgaos-ou-entidades-da-administracao-publica-estadual-direta-ou-indireta-que-tenham-como-objeto-a-execucao-descentralizada-de-programas-de-governo-e-acoas>

⁷⁰ De acordo com o Decreto Estadual nº 307/2003, somente são elegíveis para firmar convênio de cooperação instituições que disponham de condições materiais e atribuições regimentais ou estatutárias para a execução do objeto do convênio (art. 1º, § 2º). Também são proibidos de celebrar convênio entes que estejam em situação de débito, mora, inadimplência ou irregularidade para com a Administração Pública Estadual (art. 3º). Ainda, são vedadas deste tipo de convênio as organizações de direito privado com fins lucrativos (art. 6º, § 2º).

De qualquer sorte, não se deixa de vislumbrar certa contradição no fato do Consórcio assumir a competência para levar adiante o projeto de criação de um sistema metropolitano de transportes, sob o comando e até mesmo eventual custeio de uma instância interfederativa (ou metropolitana) e delegar justamente a função de regulação, extremamente importante para o sucesso do sistema a ser criado, para que o Estado passe a tomar decisões unilaterais (ainda que por meio de uma agência), passando a normatizar, por exemplo o controle e a fiscalização do sistema, a verificação de índices de desempenho, a tarifa, os reajustes e reequilíbrios, entre outros aspectos fulcrais relacionados à prestação do serviço. Aqui manifesta-se também a vantagem de **neutralidade política e institucional** inerente às agências reguladoras.

Ainda assim, esta consultoria expressa sua neutralidade com relação a possibilidade do Consórcio delegar a função de regulação à ARES.

V.3 Anuência do Estado de Santa Catarina para reforçar a segurança jurídica na implantação e operação do STCR

Ainda que se defenda, segundo explicitado no relatório jurídico preliminar, que a implantação de um sistema de transporte metropolitano pode ser conduzida pelo Consórcio, pois a legislação estadual a ele atribuiu o exercício de competência metropolitanas, um vigoroso reforço a esta interpretação – e, portanto, à segurança e estabilidade jurídicas do Projeto - seria conferido pela anuência do Estado em relação ao exercício pelo Consórcio das competências metropolitanas.

Assim, para se evitar conflitos jurídicos baseados no questionamento da competência metropolitana do Consórcio, recomenda-se que, por algum meio, direta ou indiretamente, colha-se a **manifestação de anuência do Estado de Santa Catarina em relação ao arranjo institucional** cuja pré- viabilidade ora se estuda.

Apontamos abaixo três formas para se buscar essa anuência ou pactuação interfederativa, as quais podem ser adotadas como alternativas ou até combinadamente.

V.3.a Participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão

Ao assinar o contrato de concessão como interveniente-anuente, o Estado confirma o seu conhecimento e concordância com os seus termos, deslegitimando eventuais litígios. Nesse caso a anuência para com o exercício das competências metropolitanas do Consórcio é indireto, mas efetivo.

Com efeito, conforme o Estado participe da elaboração contratual, veiculando suas posições e interesses, **expressará indiretamente sua concordância** com o sistema implementado pelo Consórcio.

Das três opções aqui analisadas, a participação do Estado como interveniente-anuente no contrato de concessão é a que tem **menor complexidade**.

V.3.b Participação do Estado no Consórcio

O Protocolo de Intenções que instituiu e regula o CIM-AMFRI promove amplamente a cooperação do Consórcio com outros entes federados⁷¹. Neste sentido, o Protocolo já prevê a possibilidade de alteração subjetiva do Consórcio para a inclusão de ente federativo que não tenha sido subscritor inicial do Protocolo de Intenções (9.4.3).

Este procedimento, no entanto, é **complexo e geralmente demorado**, pois, após a aprovação da alteração do Protocolo de Intenções e do Estatuto do Consórcio pela Assembleia Geral (itens 9.4.2 a 9.4.4), as Câmaras Municipais de cada um dos Municípios consorciados, bem como a Assembleia Legislativa do Estado deverão ratificar a inclusão no Consórcio mediante lei. Sem esta **ratificação legal** (o que incluiria a ratificação pela Assembleia Legislativa do Estado) a alteração subjetiva do Consórcio não teria validade (cláusula 27.1).

Adicionalmente, a Lei Estadual nº 16.673/2015, que instituiu a ARES, prevê que a agência reguladora estadual terá competência para fiscalizar e regular os serviços públicos prestados por consórcio público integrado pelo Estado e por Municípios⁷², o que importaria em **perda de autonomia regulatória** pelo Consórcio metropolitano, salvo alteração desta lei.

V.3.c Celebração de convênio de cooperação com o Estado

Como visto acima, o Consórcio tem a plena capacidade para a celebração de convênio de cooperação com qualquer ente federativo. A celebração de convênio de cooperação é procedimento de **média complexidade**, pois demandaria **convenção entre as partes acerca do plano da cooperação**, sobre a colaboração nos processos de tomada de decisão, sobre eventual rateio de despesas, entre outros temas que podem ou não ser objeto desse acordo, mas que obrigatoriamente devem ser cogitados no curso da negociação do mesmo.

O Decreto Federal nº 6.017/2007, que regulamenta a Lei nº 11.107/2005, estabelece a necessidade de ratificação ou prévia disciplina legal do convênio em seu art. 2º, VIII. No caso, já houve previsão no Protocolo ratificado pelos Municípios da possibilidade de celebração de convênio desse tipo, o que evitaria (ao menos da parte dos Municípios integrantes do Consórcio) uma nova ratificação.

Em compensação, a celebração do convenio reforçaria em grande medida o arranjo institucional, pois os **ambientes de cooperação interfederativa restariam integrados** (Municípios entre si,

⁷¹ 13.3. Compete ao Diretor de Câmara Temática, além daquelas definidas no Estatuto: "(...) 13.3.6. a coordenação dos processos de convênios e parcerias com órgãos e entidades públicos e privados".

⁷² "Art. 4º. A ARES tem por finalidade fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos concedidos, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação, quando o serviço for prestado: (...) IV – por consórcio público integrado pelo Estado e por Municípios".

via Consórcio, e Municípios com o Estado, via convênio), conferindo-se, desse modo, um **espaço efetivo de participação para o Estado** nas decisões relativas à região metropolitana.

VI MINUTA DE TERMO DE REFERÊNCIA PARA A PRÓXIMA FASE DO PROJETO

Por fim, tomando-se como base os requisitos estabelecidos pelo contratante, para a confecção dos relatórios jurídicos e levando-se em consideração o condão dos presentes estudos, conclusivos da pré-viabilidade da concessão, passa-se a sugerir o termo de referência dos trabalhos jurídicos que podem vir a ser realizados em continuação, os quais terão como objetivo o estudo completo de viabilidade da concessão.

Por termo de referência compreende-se o resumo detalhado do objeto da consultoria jurídica, cuja finalidade seria completar os estudos ora entregues e avaliar a viabilidade, em termos jurídicos amplos da concessão do sistema metropolitano de transporte coletivo de passageiros, nos limites geográficos dos Municípios que formam a região metropolitana do baixo Itajaí, por meio da implantação de um BRT e de uma ponte ou túnel para a travessia do Rio Itajaí (PROJETO STCR - SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO REGIONAL -, que engloba a implementação de cinco corredores de *BUS RAPID TRANSIT* (BRT), seis LINHAS DE ÔNIBUS PRIORITÁRIAS, e a implementação de EQUIPAMENTO DE TRAVESSIA, PONTE ou TÚNEL, por iniciativa da AMFRI).

Os serviços jurídicos, nesse caso, são transversais às demais consultorias necessárias aos estudos de viabilidade, uma vez que dialogam com as consultorias econômico-financeira e técnicas das áreas de engenharia, urbanismo e transportes. Na sequência da realização dos referidos estudos técnicos, o consultor jurídico é sempre chamado a opinar na tomada de decisões estratégicas, seja em relação ao próprio objetivo dos estudos técnicos, seja nas opções que venham a ser consideradas, por exemplo, quanto ao sistema tarifário, quanto à matriz energética, à divisão de riscos, ou aos impactos urbanos, de vizinhança e econômico-financeiros.

Tentando realizar uma descrição sumária dessas tarefas sugerimos o seguinte resumo:

1) Pressupostos para a realização dos serviços:

Os serviços de consultoria jurídica deverão ser prestados a partir da consideração dos atos normativos e aspectos jurídico-regulatórios aplicáveis ao Projeto, da jurisprudência; dos precedentes dos Tribunais de Contas; dos documentos jurídicos pertinentes do titular do serviço público a ser concedido; bem como do “*Project Background*” e dos relatórios jurídicos elaborados anteriormente na fase de estudos de pré-viabilidade.

2) Descrição sumária dos serviços:

A consultoria corresponderá a confecção de relatórios, opiniões legais e minutas de documentos jurídicos, bem como a participação em reuniões, debates e realização de apresentações necessários à análise definitiva da viabilidade jurídica do Projeto, nas seguintes etapas:

ETAPA 1:

Proceder a atualização e revisão do relatório jurídico de pré-viabilidade, elaborando novo relatório jurídico que identifique os pontos sensíveis, riscos e maiores dificuldades para a implementação do Projeto, diante dos desafios de ordem organizacional e institucional e sugerir medidas mitigadoras ou que possibilitem superar as dificuldades diagnosticadas, abordando, inclusive desafios de ordem ambiental, urbanístico e orçamentários-financeiros, compreendendo:

- a. Opinião legal sobre a necessidade de revisão do modelo jurídico-institucional;
- b. Relatório do acervo regulatório de natureza ambiental e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto;
- c. Relatório do acervo regulatório de natureza urbanística e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto;
- d. Relatório do acervo regulatório de natureza tributária e diagnóstico sobre os desafios jurídicos do Projeto sob esse aspecto; e
- e. Relatório do acervo regulatório de outras áreas jurídicas eventualmente relacionadas à viabilidade do Projeto (e.g. financeiro-orçamentário, comércio internacional; direito societário; concorrencial; patentes ou bancário) e diagnóstico sobre os desafios jurídicos relacionados a essas áreas.

ETAPA 2:

Acompanhar o trabalho das consultorias técnicas de engenharia, meio ambiente, transporte, urbanismo, econômico-financeira, entre outras, realizando reuniões para o esclarecimento ou debate dos temas relacionados aos estudos de viabilidade e elaborando opiniões legais específicas voltadas à análise da legalidade e dos desafios jurídicos de implementação das propostas relacionadas a:

- a. Mobilidade urbana;
- b. Desapropriações;
- c. Remoção e realocação de moradias;
- d. Condicionantes de caráter ambiental e urbanísticas;
- e. Balizas para o estudo de demanda;
- f. Indicadores de qualidade no serviço;
- g. Método para aferição do equilíbrio econômico-financeiro de eventual concessão e para a realização de reequilíbrio;
- h. Sistema tarifário;
- i. Parâmetros de atualidade dos serviços;
- j. *Value for Money*;
- k. Bens reversíveis;

- l. Matriz de riscos para a decisão de eventual repartição de riscos sob o ângulo do Poder Concedente;
- m. Garantias em prol do Poder Público e do parceiro privado;
- n. Modelos de “*funding*” e estudos relacionados à financiabilidade do Projeto; e
- o. Considerações sobre a atratividade do Projeto.

ETAPA 3:

Redigir a minuta dos documentos jurídicos essenciais para a implementação do Projeto, realizando para tanto os seguintes trabalhos:

- a. Minuta jurídica de consulta pública, audiência pública e outros documentos eventualmente utilizados em processos de oitiva dos interessados;
- b. Minuta jurídica do edital de licitação;
- c. Minuta jurídica do(s) contrato(s) de concessão;
- d. Emissão de opinião(ões) legal(is) sobre os temas principais que forem suscitados no curso dos debates sobre as opções a serem tomadas pelo administrador público ao ensejo da modelagem do edital de licitação e do contrato de concessão;
- e. Realização de reuniões e apresentação em reuniões voltadas à assessoria da tomada decisões pelas autoridades públicas, até a publicação definitiva do edital de licitação; e
- f. Matriz de riscos contendo a divisão proposta a justificação da divisão e a mitigação escolhida, com indicação dos dispositivos contratuais que as implementam.

ETAPA 4

Acompanhamento da(s) licitação(ões) até eventual(is) contratação(ões), prestando consultoria jurídica que apoie o Poder Público em todo processo, elaborando opiniões legais inclusive em temas decorrentes da atuação dos órgãos de controle.

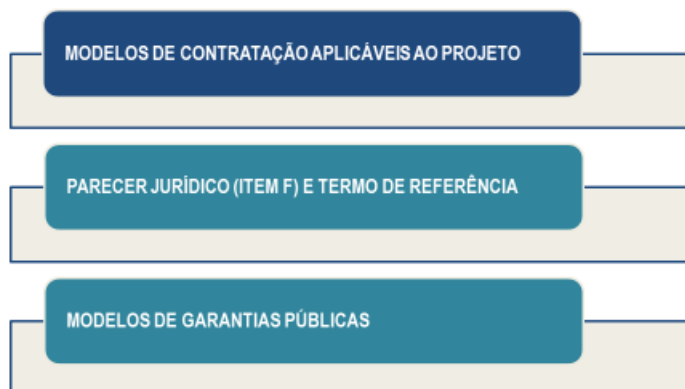
ANEXO 1 – APRESENTAÇÃO PRELIMINAR DO SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO

Segundo Relatório Jurídico
Versão Preliminar – Apresentação: Pontos Críticos

Projeto BRT Foz do Rio Itajaí

05 de maio de 2020

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



2

MODELOS DE CONTRATAÇÃO APLICÁVEIS AO PROJETO**PREMISSAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS**

- ✓ O investimento estimado para construção da ponte é de R\$ 453,400 milhões, enquanto o túnel sob o Rio Itajaí foi estimado em R\$ 2,055 bilhões (data base 2020).
- ✓ Previsões de TIR:
 - Concessão Comum BRT: TIR Projeto Nominal de 13,5%
 - Concessão Comum PONTE: TIR Projeto Nominal de 8,3%
 - Concessão Comum BRT e PONTE: TIR Projeto Nominal de 12,3%
 - Concessão Patrocinada BRT e TÚNEL (PPP): TIR Projeto Nominal de 11,7%

3

MODELOS DE CONTRATAÇÃO APLICÁVEIS AO PROJETO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

METODOLOGIA DE ANÁLISE

CONSIDERAÇÃO DE CONCESSÕES INDIVIDUALIZADAS DE:

- ✓ BRT;
- ✓ Túnel ou Ponte; e
- ✓ BRT + Túnel ou Ponte.

REFLEXO DA APLICAÇÃO DOS SEGUINTE MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO AO PROJETO:

- ✓ Concessão Comum;
- ✓ Concessão Comum com subsídio;
- ✓ Concessão Patrocinada (PPP); e
- ✓ Concessão Administrativa (PPP).

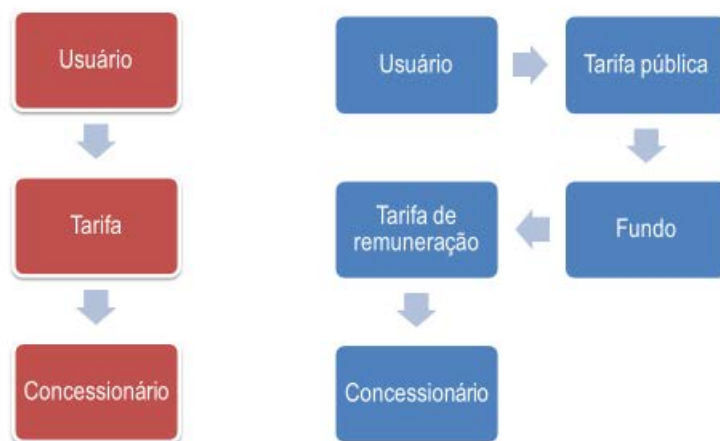
OBSERVÂNCIA DOS FATORES:

- ✓ Estrutura da Remuneração (ou do fluxo de receitas);
- ✓ Riscos comparados; e
- ✓ Constituição de garantias públicas.

4

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NO BRT EM CONCESSÃO COMUM

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



5

BRT EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



6

POSSÍVEIS ATRIBUIÇÕES DO FUNDO TARIFÁRIO COM OU SEM SUBSÍDIO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



7

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NO BRT EM CONCESSÃO PATROCINADA

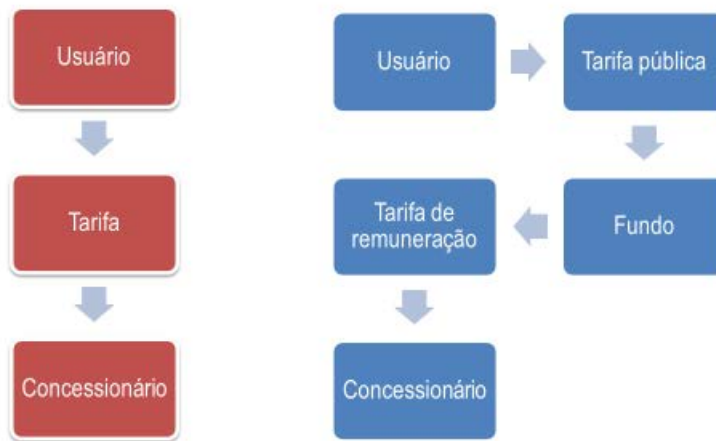
MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



8

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL - CONCESSÃO COMUM

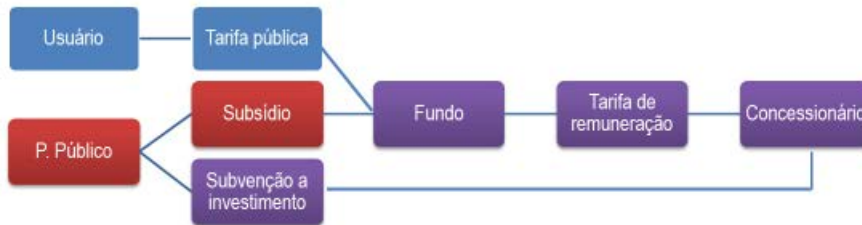
MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



9

PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO E SUBVENÇÃO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



10

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO PATROCINADA

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



11

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL EM CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



12

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO COMUM

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



13

PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO COMUM COM SUBSÍDIO TARIFÁRIO

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



14

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO PATROCINADA

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



15

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO NA PONTE OU TÚNEL + BRT EM CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

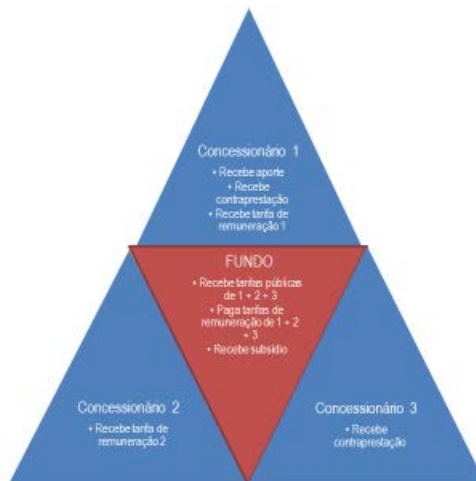
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



16

ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO COM VÁRIAS CONCESSIONÁRIAS EM DIFERENTES REGIMES E FUNDO

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



17

COMPARAÇÃO DE RISCOS
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

	Concessão Comum	Concessão Comum + Fundo	Concessão Subsidiada	Concessão Patrocinada	Concessão Administrativa
Demanda	Alto para concessionário	Alto para concessionário	Relativamente mitigado em função da possibilidade de redução da tarifa atrair mais usuários	Relativamente mitigado em função da possibilidade de redução da tarifa atrair mais usuários	Mitigado
Modicidade	Maior ou menor a depender dos estudos	Maior ou menor a depender dos estudos	Mitigado	Mitigado	Mitigado
Orçamento	Não há	Não há, salvo obrigações públicas	Varia conforme o volume de subsídios	Varia conforme a proporção da contraprestação em relação à remuneração tarifária	Alto para o concessionário

18

COMPARAÇÃO DE RISCOS

(dependem, neste caso, do refinamento dos estudos técnicos)

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

	BRT	Ponte	Túnel	BRT + Ponte	BRT + Túnel
Demanda	Médio para alto	Alto	Muito alto	Alto	Muito Alto
Modicidade	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Orçamento	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Engenharia	Baixo	Médio	Alto	Médio	Alto
Operação	Médio	Baixo	Médio	Médio	Alto

19

GARANTIAS PÚBLICAS

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Muito embora só a Lei n.º 11.079/2004, em seu artigo 8º, trate explicitamente da constituição de garantias em favor do parceiro privado, todos os modelos que possuem participação pública na formação da receita do concessionário importam que se cogite sobre garantias, sob pena de comprometer-se a financiabilidade

Fundos de participação, enquanto receitas patrimoniais, podem ser utilizados como lastro para garantias

As garantias devem assumir formas jurídicas reguladas: penhor, hipoteca, fiança, cessão fiduciária

As garantias podem ser reforçadas por mecanismos de fidejussão bancária, contas de compensação (*scrofl*), etc.

20

PRESSUPOSTOS CONSIDERADOS

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

LEGISLAÇÃO

- ✓ Lei 8.987/1995;
- ✓ Lei 9.074/1995;
- ✓ Lei 11.079/2004;
- ✓ Lei 12.587/2012;
- ✓ Lei 9.249/1995;
- ✓ Lei 4.320/1964; e
- ✓ Lei 13.089/2015.

PRECEDENTES

- ✓ Concessão de Transporte Coletivo de Passageiros por Ônibus em BH;
- ✓ Concessão de VLT em Salvador;
- ✓ Concessão de Sistema Metroviário em Salvador;
- ✓ Concessão de Metro SP – Linha 6;
- ✓ Concessão de trechos da Rodovia Tamoios (SP099);
- ✓ Concessão de BRT em Sorocaba/SP; e
- ✓ Concessão da Ligação Transolímpica/RJ;

21

PRESSUPOSTOS CONSIDERADOS

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO

- ✓ **BNDES FINEM DIRETO** para mobilidade urbana (sistemas sobre trilhos ou BRTs) – 100% dos itens financiáveis até 80% do valor total do projeto por um período de até 20 anos.
- ✓ **BNDES AUTOMÁTICO** para projetos de infraestrutura (Projetos de investimento ligados a implantação, ampliação, recuperação e modernização de instalações e/ou atividades nos setores de indústria, infraestrutura, comércio, prestação de serviços, agropecuária, produção florestal, pesca e aquicultura) – em até 150 milhões, por um período de 20 anos com carência de até 3 anos.
- ✓ **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PRÓ-TRANSPORTE** para implantação de sistemas de infraestrutura do transporte coletivo urbano.
 - Além de financiamento referente ao BRT, prevê "construção de pontilhões dentro do perímetro urbano para passagens de nível ou passarelas em pontos de estrangulamentos ou barreiras à circulação ou mobilidade urbana (...) e nos corredores de transporte público coletivo urbano sobre pneus (...)";
- ✓ Financiamento por meio de bancos privados, equity, emissão de debentures; etc.

22

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

SÃO PAULO
Av. Paulista, 287, 7º andar
01311-000
Tel.: (11) 3068-4700

BRÁSILIA
SAUS, Quadra I, Bloco N, sl. 509, 5º andar
70070-941
Tel.: (61) 3223-7895

BELO HORIZONTE
R. Sergipe, 925, sls. 801/802, 8º andar
30130-171
Tel.: (31) 3582-0285

RIO DE JANEIRO
Av. Rio Branco, 1, sl. 2006
20090-003
Tel.: (21) 2263-6041

23

ANEXO 2 – COMPILADO DA LEGISLAÇÃO

LEGISLAÇÃO FEDERAL

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

LEI Nº 13.089, DE 12 DE JANEIRO DE 2015

LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL)

LEI Nº 4.320, DE 17 DE MARÇO DE 1964

DECRETO FEDERAL Nº 6.017/2007

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27, DE 11 DE JULHO DE 2017

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI COMPLEMENTAR Nº 104, DE 04 DE JANEIRO DE 1994

LEI COMPLEMENTAR Nº 495, DE 26 DE JANEIRO DE 2010

LEI Nº 4.950, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1973

LEI Nº 16.673, DE 11 DE AGOSTO DE 2015

DECRETO ESTADUAL Nº 307/2003

ANEXO 3 – BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos do. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BAUBY, Pierre. Service Public, services publics.

CARRAZA, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. SP: Malheiros, 2002.

CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (org). Estudo sobre as parcerias público-privadas. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

CONTI, José Maurício. Orçamentos Públicos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

FORGIONI, Paula A. As parcerias público-privadas no direito brasileiro, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 149-159, jul./set. 2006.

GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de infraestrutura por contrato. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 238-256, 2015

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Departamento para a América Latina e o Caribe. Equipe de Comunicações. CRIANDO MERCADOS, CRIANDO OPORTUNIDADES: A IFC na América Latina e no Caribe. Dezembro, 2017. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/cea0608d-cd47-4b3a-be59-389cb2cf8642/IFC_LAC_Brochure_2017_POR.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mbggHYy>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Dezembro, 2015. Disponível em: <<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81eebed9-5507-424d-9bfa-e3a6e60a1d61/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES&CVID=la1X4au>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARRARA, Thiago. Estudo: “A dissociação das atribuições do regulador e do titular dos serviços públicos no setor de saneamento básico diante de lacunas e erros contratuais”. Feito no âmbito da Fadep (FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ENSINO E PESQUISA DO DIREITO), em razão de solicitação da ARES-PCJ, no Contrato n. 25/2016, Ordem de Serviço n. 07/2019. 2019, p. 9

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª ed.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. The Governance of Regulators. OECD: Paris, 2014, p. 38. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264209015-en>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>>. Acesso em 15/05/2020.

Plamus. Plano de Mobilidade Urbana Sustentável da Grande Florianópolis. Produto 18 – Modelo de Viabilização das Alternativas Propostas. Florianópolis, março/2015, p. 27. Disponível em < <http://www.spg.sc.gov.br/visualizar-biblioteca/acoes/regiao-metropolitana/1080--313/file>> Acesso em 15/05/20.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs. O Observatório das PPPs, 26/03/2012. Disponível em < <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-aspectos-relevantes-do-subs%C3%ADdio-investimento-em-concess%C3%B5es-e-ppps> > Acesso em 17/05/2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

ROJAS, Francisco José Villar. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 10, nº 109, jan/2011. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/306772/mod_resource/content/1/%28SCHIRATO%29%20Sistemas%20de%20garantia.pdf .Acesso em 7 de fevereiro de 2018.

SILVA, Roberto José Procópio da. O Estado e seu poder regulador e fiscalizador das concessões e permissões de serviços públicos. Franca, 2001, 168p. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - Universidade Estadual Paulista – UNESP.

SOKOLOFF, Pascal. Marchés publics, delegations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Cooperação interfederativa na gestão de serviços públicos: o caso dos resíduos sólidos. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 441-468, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert. Simpler: The future of Government. New York: Simon & Schuster, 2013.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. PPP – Parceria Público-Privada. São Paulo: Saraiva, 2012.

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE NA REGIÃO DA FOZ DO RIO ITAJAÍ

GARANTIAS PARA O PROJETO

Elaborado por Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados

Outubro de 2020

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

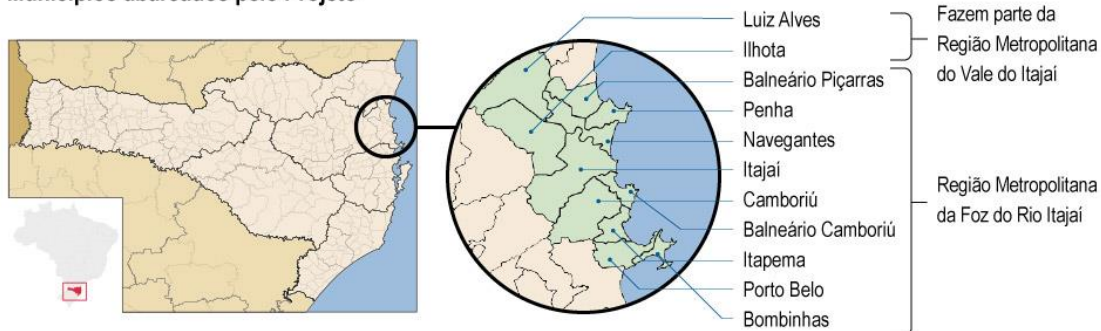
SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	3
2.	INDICAÇÕES ESTUDOS DE PRÉ-VIABILIDADE.....	5
3.	ATIVOS PÚBLICOS E GARANTIAS CONTRATUAIS.....	6
a.	A VINCULAÇÃO DE RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS, OS MODELOS USUAIS DE GARANTIA E OUTRAS QUESTÕES IMPORTANTES PARA A ESTRUTURAÇÃO DA GARANTIA NO PROJETO	7
4.	ATIVOS INDICADOS PARA A COMPOSIÇÃO DA GARANTIA DO PROJETO.....	13
a.	RESERVAS PATRIMONIAIS LÍQUIDAS.....	18
b.	FLUXO DE RECEITAS NÃO TRIBUTÁRIAS.....	21
c.	TRANSFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS RECEBIDAS.....	24
d.	CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS	27
e.	DAS RECEITAS ESPECÍFICAS PROVENIENTES DE SISTEMA ROTATIVO DE ESTACIONAMENTO (“ZONA AZUL”) E DAS RECEITAS TARIFÁRIAS DO PRÓPRIO TRANSPORTE	27
5.	GARANTIAS OFERECIDAS POR INSTITUIÇÕES MULTILATERAIS.....	30
6.	CASOS PRECEDENTES	31
7.	CUIDADOS LEGAIS PARA A CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA DO PROJETO	33
8.	CONCLUSÕES	57

1. INTRODUÇÃO

Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados (“Manesco”) foi contratada pelo Banco Mundial, no âmbito da parceria firmada pelo mesmo com a Associação dos Municípios da Região da Foz do Rio Itajaí (AMFRI), para realizar o **aprofundamento de estudos de pré-viabilidade**, outrora entregues, quanto ao aspecto das garantias. Os estudos de pré-viabilidade foram conduzidos originalmente para que fosse produzida análise jurídica atinente à implementação de um sistema de transporte coletivo intermunicipal, composto por cinco corredores de ônibus - *Bus Rapid Transit* (BRT) -, seis linhas de ônibus prioritárias e outras estruturas ancilares (“Projeto STCR” ou “Projeto”) nas Regiões Metropolitanas da Foz do Rio Itajaí e do Vale do Itajaí.

Municípios abarcados pelo Projeto



Como já salientado anteriormente, os 11 municípios integrantes das regiões metropolitana, emparceirados por meio do Consórcio Intermunicipal Multifinalitário dos Municípios da AMFRI (CIM-AMFRI), destacam-se por uma alta concentração demográfica, valor cultural, importância turística e economia; porém, também apresentam uma subutilização dos seus sistemas de transporte coletivos, resultando em passivos econômicos, sociais e ambientais.

Considerando as particularidades da região e a característica *greenfield* do empreendimento proposto, este **estudo de aprofundamento objetiva analisar ativos dos referidos Municípios que podem ser utilizados para desenvolvimento de um sistema de garantias a serem oferecidas pelo Poder Concedente a um possível investidor.**

É notório que um arranjo sólido de garantias diminui a percepção de risco pelos eventuais parceiros privados, aumentando a atratividade e a competitividade da licitação que obrigatoriamente precederá o projeto.

Por outro lado, a escolha dentre os vários modelos de garantia que podem vir a ser utilizados (já identificados em gênero nos relatórios anteriores), depende da identificação de ativos, da qualidade e da natureza jurídica desses ativos e dos montantes (volume de recursos) a serem vinculados ao projeto.

Nesse escopo (identificação de ativos para a escolha do modelo de garantia) é que analisamos os documentos a seguir listados, os quais nos permitem emitir o presente relatório:

- (i) Balanços orçamentários referentes ao exercício fiscal de 2018 e 2019 de todos os municípios abarcados pelo Projeto.
- (ii) Balanços patrimoniais referentes ao exercício fiscal de 2018 e 2019 de todos os municípios abarcados pelo Projeto.
- (iii) Relatórios de contas anuais remetidos ao Tribunal de Contas de Santa Catarina (TC) referentes ao exercício de 2018 de todos os municípios abrangidos pelo Projeto;
- (iv) Relatórios de contas anuais já remetidos ao Tribunal de Contas de Santa Catarina (TC), referentes ao exercício de 2019, pelos municípios de Balneário Camboriú, Bombinhas, Luiz Alves e Penha.
- (v) Legislação financeira aplicável, dentre o Plano Plurianual – PPA (2018-2021), Lei de Diretriz Orçamentária – LDO e Leis Orçamentárias Anuais – LOA, referentes aos anos de 2018 e 2019, de todos os municípios envolvidos.

Como método de trabalho, transpusemos as categorias (rubricas) orçamentárias, constantes dos balanços de todos os municípios do consórcio, para uma planilha voltada a classificação desses ativos. Os documentos orçamentários propriamente ditos (PPA, LDA e LOA) não demonstraram grande clareza, mas serviram de apoio para a confirmação de algumas hipóteses tiradas das análises dos balanços. Já na reta final dos trabalhos, decidimos focalizar os balanços do ano de 2019, por retratarem de modo mais atual o estado das finanças e dos ativos dos referidos municípios. A análise documental, associada ao modo como a legislação brasileira dispõe sobre a possibilidade de oneração em garantia de ativos públicos, fez-nos criar uma tripla classificação dos ativos identificados, como veremos a seguir: (1) aqueles em que se têm absoluta certeza jurídica de que é possível vinculá-los à uma garantia contratual; (2) aqueles em que se têm absoluta certeza jurídica de que **não é possível** vinculá-los à uma garantia contratual; e, por fim, (3) aqueles em que não se têm absoluta certeza jurídica de que é possível vinculá-los à uma garantia contratual, em que pese existir precedentes de sucesso na utilização desses ativos e uma tese jurídica a ser defendida).

Feita essa classificação, buscamos listar os ativos mais adequados para que sejam dados em garantia, levando em consideração basicamente o critério de priorizar a maior segurança jurídica sobre a menor segurança jurídica, sob o quadrante da possibilidade de vinculação do ativo à uma obrigação contratual específica.

Feito isso, asseverada a capacidade patrimonial dos Municípios de realizar a garantia necessária, cogitamos a respeito de instrumentos mais concretos de garantia, todos viáveis de implementação no caso

concreto, também aqui priorizando os modelos que (a partir da consideração dos ativos identificados) atendam a três pressupostos: (1) a prioridade de modelos mais simples e usuais sobre os mais complexos; (2) a prioridade de modelos que utilizem ativos líquidos ou de fácil liquidação e execução sobre os que utilizam ativos ilíquidos ou que apresentem maiores dificuldade de execução; (3) a prioridade de modelos mais seguros, tanto em termos jurídicos, como acima já pontuado, como em termos econômicos sobre os menos seguros.

Diante das especificações do termo de referência acrescentamos ao estudo reflexões sobre: (1) o aproveitamento das tarifas da chamada “zona azul” (estacionamento remunerado em vias públicas), de receitas tarifárias e de fundos dos agentes financeiros multilaterais a constituição da garantia; (2) a comparação de casos, na área de transportes urbanos, em que se implementaram sistemas de garantia e, por fim, (3) os procedimentos legais que, a partir de uma grande angular, devem ser adotados para a legalidade do sistema de garantia do Projeto.

Desse conjunto de análises, entendemos ter chegado a conclusões abrangentes que possibilitam a continuidade dos estudos de viabilidade do projeto e a modelagem de um sistema de garantias que efetivamente atraia investidores privados.

2. INDICAÇÕES ESTUDOS DE PRÉ-VIABILIDADE

Os estudos de pré-viabilidade desenvolvidos mostraram que há vários caminhos jurídicos para que o Projeto seja desenvolvido. Em todo os modelos de concessão cogitados, entretanto, mostra-se relevante que o CIM-AMFRI solidarize-se financeiramente com o parceiro privado, seja diretamente, por meio de aporte, subvenções, subsídios ou contraprestações públicas, seja indiretamente, por meio de mitigadores de risco, como o estabelecimento de uma banda de demanda, que, no caso, se revelou essencial em face do BRT cogitado ser um projeto “greenfield”, fator que é reforçado pelo cenário pós-pandêmico, no qual os diagnósticos sobre a demanda realizados até aqui tendem a perder efetividade, diante de novos hábitos da população.

Quando se majora o coeficiente de solidariedade ou participação financeira do poder concedente na execução da concessão, eleva-se proporcionalmente a necessidade de garantias contratuais que assegurem a realização dos pagamentos assumidos com essa finalidade, notadamente no ambiente institucional de maior insegurança, típico de economias emergentes.

Daí a importância de se aprofundar a análise sobre a viabilidade de garantias eventualmente criadas, diante da disponibilidade de ativos públicos capazes de fazer frente a esse escopo, no volume necessário para, segundo os estudos econômicos, dar viabilidade ao projeto.

Nesse diapasão, segundo dados colhidos da consultoria econômico-financeira, os números do Projeto indicariam, no cenário de maior valor, uma garantia na alçada de R\$ 80 milhões (oitenta milhões de reais),

a ser constituída até o início da operação do sistema, para fazer frente a todas as eventuais áleas do contrato, notadamente eventual subsídio tarifário ou a necessidade de recomposições da remuneração do Concessionário diante da insuficiência da demanda (via banda).

Assim sendo, o desafio lançado para este reporte é o de identificar ativos pertencentes aos municípios que estão à frente do Projeto, que poderiam somar para o atingimento do valor acima especificado.

Observe-se que, na primeira fase do Projeto (entre 2022 e 2032), serão beneficiados os municípios de Navegantes, Itajaí, Camboriú e Balneário Camboriú, então são esses os municípios que deverão colaborar inicialmente para a constituição da garantia, sem prejuízo de que, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente consideradas as demais previsões econômico-financeiras relacionadas ao desenvolvimento do Projeto, os demais municípios venham também a colaborar, ao longo do tempo, para a constituição da garantia contratual ora cogitada.

3. ATIVOS PÚBLICOS E GARANTIAS CONTRATUAIS

Como já se ressaltou anteriormente, no curso dos estudos de pré-viabilidade, o direito compreende dois tipos básicos de garantias obrigacionais: as reais e as fidejussórias.

As **garantias reais** recaem sobre coisas, ou seja, bens móveis ou bens imóveis e são traduzidas em quatro tipos de garantias reais, quais sejam: Penhor; Anticrese; Hipoteca e Alienação/Cessão fiduciária em garantia. Enquanto os primeiros tipos são previstos nos artigos 1.419 e seguintes do Código Civil, a Cessão Fiduciária encontra amparo na redação da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Veja-se que a alienação e a cessão fiduciária são tipos de garantia similares, diferenciando, em apertada síntese, pois na alienação o objeto do contrato é um bem (móvel ou imóvel), enquanto na cessão o objeto sendo segurado é um direito creditório.

Já as garantias **fidejussórias**, ou **peçoais**, são traduzidas nas modalidades de fiança ou aval. Se configuram como obrigação acessória assumida por uma pessoa perante um credor, se responsabilizando pelo pagamento da dívida, caso o devedor não pague ou não possa cumprir, total ou parcialmente com a sua obrigação.

As garantias fidejussórias, foram pouco utilizadas até hoje no contexto das concessões no Brasil. O primeiro motivo do pouco uso está no custo financeiro da obtenção desse tipo de garantia no mercado de crédito, que até bem recentemente era muito alto. O segundo motivo está no fato de que há uma falha de coordenação institucional entre os distintos níveis da federação, consistente no fato de praticamente inexistir, na prática brasileira, o chamado “aval soberano”. Ainda que seja possível juridicamente que municípios e estados emitam títulos de dívida, ou ainda que a União (a qual possui uma notória dívida em títulos públicos) avalize obrigações contraídas pelos estados e pelos municípios, os entraves político-burocráticos para tanto são grandes e, na prática, isso não ocorre ou muito raramente ocorre.

É possível que na conjuntura econômica atual, com inflação controlada, com os juros básicos mais baixos de toda a série histórica registrada no Brasil e diante da ingente necessidade de reativar-se o crescimento da economia (reforçada pelo cenário deixado pela pandemia de Covid-19), essas práticas se alterem, o que abriria a porta para garantias fidejussórias, mas isso ainda não é uma realidade, ainda que no caso concreto, aconselhe-se atenção para esse tipo de oportunidade.

Na prática corrente são as garantias reais as mais bem aceitas nos projetos de concessão e, dentre estas as que sejam dotadas de liquidez no lugar de outras, trocando em miúdos, o penhor (que recai sobre bens móveis, dentre estes os direitos creditórios) é a modalidade mais usada no projetos de concessão, em detrimento da hipoteca (que recai sobre bens imóveis).

Diante, ademais, da realidade econômico-financeira, da maior parte dos entes da federação no Brasil, os recebíveis, ou direitos creditórios, baseados em fluxos de receita com histórico de reiteração são geralmente tidos como os melhores ativos, mais seguros, desde que se combine o penhor ou a cessão fiduciária desses ativos com algum mecanismo de custódia bancária (manutenção de fundos em conta vinculada, aprisionamento do fluxo de receitas, quando necessário, para manutenção do nível da garantia e liquidação das obrigações das partes).

Observe-se que, para efeito do que aqui estudamos, ativos são toda a sorte de bens públicos, não só bens corpóreos como os incorpóreos, encontrando-se nesta categoria toda a sorte de direitos que sejam passíveis de valoração. Assim ativo é o paço municipal (bem corpóreo e imóvel) tanto quanto os recebíveis ou créditos futuros relativos ao FPM. É possível dar esses bens em garantia, em garantia real, desde que estejam liberados patrimonialmente, desde que estejam desafetados, ou seja, desde que sejam bens dominicais ou reservas patrimoniais desvinculadas de uma atividade pública específica (o prédio de uma escola, por exemplo), ou do chamado uso comum do povo (como as ruas, praias, etc.).

Já no caso dos recebíveis, ou dos direitos creditórios públicos, que envolvem receitas orçamentárias de natureza tributária e de natureza não tributária, uma outra sorte de restrições a dá-los em garantia desafiam a realização de contratos de concessão e é disso que trataremos na sequência.

a. A VINCULAÇÃO DE RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS, OS MODELOS USUAIS DE GARANTIA E OUTRAS QUESTÕES IMPORTANTES PARA A ESTRUTURAÇÃO DA GARANTIA NO PROJETO

Todo o problema relacionado com o oferecimento de garantia formada por recebíveis ou direitos creditórios de natureza pública, no Brasil, passa pela interpretação e aplicação do art. 167, IV, da Constituição Federal.

É que esse dispositivo proíbe a “vinculação da receita de impostos” à determinada despesa, estabelecendo a regra (excepcionada em alguns casos) da tesouraria única. As receitas públicas, por essa

regra, são arrecadadas por um caixa único, digamos assim, e não se vinculam a despesas senão diante das balizas fixadas pelas leis orçamentárias e pelo ritmo da execução orçamentária, sempre relacionado à eleição discricionária de prioridades pelas autoridades públicas competentes (com isso procura-se desengessar a execução orçamentária, conferindo ao administrador público o manejo das despesas, segundo as disponibilidades de caixa e as prioridades de cada conjuntura).

Estabelece a referida norma constitucional:

“Art. 167. São vedados: (...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”

Observe-se que o dispositivo refere-se a “impostos”, pois há outras modalidades tributárias no Brasil que, por definição, são receitas vinculadas a determinadas despesas, a saber: as taxas, contribuições de melhoria (art. 145, da CF) e contribuições sociais (art. 149, da CF).

O art. 167 excepciona da regra (1) a repartição do produto de arrecadação dos impostos a que se referem os art. 158 e 159 da CF, melhor dizendo, a participação de municípios (e também de estados, em circunstâncias específicas) em impostos criados pela União e pelo Estado em que estão situados; (2) as transferências, via fundos específicos, para a saúde, ensino e administração tributária e (3) a prestação de garantias em operações de crédito por antecipação de receita, definida infraconstitucionalmente como a destinada “a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro” (art. 38, da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal).

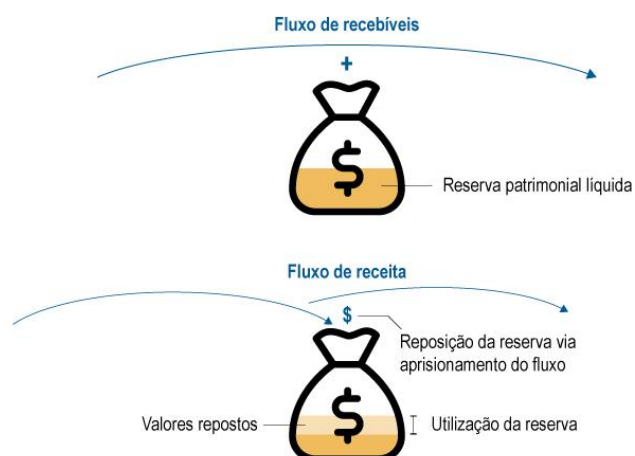
Aplicadas essas regras ao caso concreto, e se considerados para fins de garantia os ativos correspondentes aos direitos creditórios dos municípios envolvidos, tiraríamos as seguintes conclusões: (1) primeiramente, a regra da desvinculação nos direcionaria preferencialmente para os **ativos não tributários**, que, por sua natureza podem ser vinculados a determinadas despesas, uma vez que sobre eles não incidem as regras do art. 167, IV, da CF. (2) Em segundo lugar a preferência deve recair sobre **créditos tributários que podem vir a ser vinculados**: taxas e contribuições de melhoria, mediante constituição de fundos orçamentários especiais (art. 71 e seguintes da Lei nº 4.320/1964). (3) Em terceiro plano, por razões que serão mais bem pormenorizadas na sequência do presente documento, encontram-se as **receitas**

derivadas de transferências (art. 11, da Lei nº 4.320/1964), ou seja, receitas recebidas de outras pessoas de direito público (no caso dos municípios, receitas recebidas da União ou do Estado).

Mas há que se observar que a garantia pode vir a recair não sobre um fluxo de recebíveis futuro, mas sobre um patrimônio já existente e devidamente reservado, como também é possível combinar-se as duas medidas: a reserva de um patrimônio com direitos relativos a créditos futuros. Nas duas situações, a atenção daquele que busca ativos para oferecer em garantia em um contrato de concessão, desloca-se para as reservas financeiras da Administração, as quais podem servir para a constituição de um fundo financeiro, ou outro mecanismo de reserva patrimonial, cujas cotas (direitos sobre um patrimônio) podem ser oferecidas em garantia. O limite para tanto é a economicidade da medida, uma vez que a execução da garantia não pode porventura comprometer o caixa do Município, fato que, em alguns cenários, pode vir a projetar algum tipo de despesa financeira. Mas a possibilidade existe e, especialmente em municípios com boa saúde financeira e fiscal, a medida é bastante aconselhável, pois além de simplificar o modelo, aumentar a liquidez e a segurança da garantia oferecida ao concessionário, possibilita ao município eventualmente utilizar os recursos para fazer frente as suas contingências, desde que reponha a garantia, a tempo e modo prefixados contratualmente, com direitos sobre recebíveis.

São mecanismos derivados desse modelo genérico que, a bem da verdade, têm sido utilizados em boa parte dos casos que envolvem a garantia de obrigações públicas em concessões no Brasil, já há algum tempo. Procede-se a constituição de uma reserva patrimonial líquida em valores mínimos e vincula-se a reposição dessa garantia (no caso de sua execução) a um fluxo futuro (e seguro) de recebíveis.

Do ponto de vista gráfico poder-se-ia representar o esquema geral de constituição de uma garantia do seguinte modo:



Como se vê, a garantia é formada de modo misto: faz-se, por meio de um mecanismo financeiro (criação de um fundo de investimento ou de uma conta vinculada), uma reserva patrimonial – pode-se usar

reservas já existentes ou criar-se, ao longo do tempo, as reservas - e vincula-se um fluxo de receitas futuras à realimentação dessa reserva patrimonial, para o caso de esta vir a ser utilizada. Delega-se essa operação a um agente financeiro, que atua como gestor fiduciário (escolhido como representante das duas partes contratuais), capaz de liquidar os ativos necessários a honrar a garantia e aprisionar, junto ao fluxo da receita vinculada, os valores necessários à reposição da garantia, tudo isso, obviamente, de acordo com normas específicas, estabelecidas contratualmente para regular a relação tripartite entre poder concedente, concessionária e gestor fiduciário.

Voltando, para tentar resumir, ao tema da categorização dos ativos e sobre quais poderiam ser utilizados para a formação de uma garantia como a que acima exemplificamos, teríamos que observar o seguinte: (1) a reserva patrimonial mínima pode ser formada inicialmente por uma contribuição de cada município. (1.1.) Essa contribuição pode derivar de ativos já aplicados em títulos públicos federais ou qualquer outra reserva financeira, ou (1.2.) pode ser constituída por despesa orçamentária criada para tanto. (2) a vinculação da reposição dessa reserva a um fluxo de recebíveis futuros pode estar associada: (2.1.) a recebíveis de origem privada de natureza não tributária; (2.2.) a taxas ou contribuições de melhoria especificamente destinadas à finalidades compreendidas no desenvolvimento do Projeto; (2.3.) a transferências, desde que estas sejam consideradas receitas passíveis de vinculação.

Sobre o tema da possibilidade jurídica de vinculação das transferências orçamentárias entre os entes federativos há que se salientar que existe uma polêmica jurídica.

Nós defendemos uma interpretação do art. 167, IV, da CF que possibilita essa vinculação, observe-se que o referido artigo excepciona justamente a “*repartição do produto de arrecadação dos impostos a que se referem os art. 158 e 159 da CF*”, as quais, tanto do ponto de vista daquele que remete os recursos (União ou estados), como daquele que recebe (estados e municípios) trata-se de uma transferência. Nesse sentido, já decidiu o STF, ao analisar caso análogo, em qual determinado Município valeu da vinculação da receita de ICMS, que não há proibição de vinculação de impostos que não sejam próprios dos entes federados¹. A interpretação foi inclusive reproduzida recentemente no Parecer Vinculante nº GMF07, de março de 2018, emitido pela AGU².

¹ Recurso Extraordinário nº 184.116-8/MS, 2ª Turma, Min. Relator Marco Aurélio, j. em 07 de novembro de 2000. “(...) ACORDO – DÉBITO – ICMS – PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizando o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios”.
0

² Disponível em < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/8974526/do1-2018-04-04-parecer-n-gmf-07--8974522 >. Acesso em 10 de outubro de 2020.

A relação tributária percebida nas referidas transferências constitucionais se processa apenas entre o ente federado detentor da competência impositiva do tributo e o contribuinte. Arrecadados os valores, a relação jurídico-tributária que lastreou a cobrança do tributo pelo ente que possui a competência para fazê-lo cessa, passando o dever de transferência entre entes e passa a ser regido por normas de direito financeiro.

Por outro lado, há quem defenda que a CF se refere à vinculação na perspectiva do ente que remete os recursos e não na daquele que os recebe, pois ao ser recebido, o recurso teria que ser visto como uma receita tributária, decorrente de impostos e, assim, regida pela regra de desvinculação. O STF já suscitou a inconstitucionalidade da vinculação de ICMS a fundos ou despesas, mesmo que de modo tangente no AgR ARE 665291/RS³, entretanto, convém consignar que proferiu recentemente decisão defendendo a impossibilidade de vinculação na ADI nº 553⁴.

Observe-se que hoje há grande número de precedentes que indicam a possibilidade de vinculação de ativos, como é o caso do Hospital do Subúrbio da Bahia, onde vincularam-se recursos oriundos do FPE à Agência de Fomento do Estado da Bahia (Desenbahia) sociedade de economia mista incumbida de manter os recursos que lhe fossem segregados em uma conta corrente específica aberta em agente fiduciário (mas esse mesmo caso foi objeto de questionamento, na época, pelo BNDES, no momento em que verificou a financiabilidade do projeto).

A vinculação de receitas orçamentárias entre entes federados, apesar de ser prática comumente adotada pelo mercado de infraestrutura, não deixa de ser polêmica, o que nos faz aconselhar a utilização desses ativos só se outros não existirem ou de deliberada inconveniência de uso dos demais ativos (sua anterior vinculação a outro projeto ou programa de despesa, custo-benefício inferior, entre outras situações).

Deriva basicamente desse racional, ademais, a classificação que fizemos dos ativos encontrados, a partir da análise das peças orçamentárias e dos balanços dos municípios consorciados, entre (1) aqueles

³ DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 923/2009. VINCULAÇÃO DE RECEITA DE ICMS A FUNDO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI EVIDENCIADA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AFRONTA AO ART. 167, IV, DA CRFB/88, E AO ART. 154, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos. 2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 665.291/RS, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, 16/02/2016)

⁴ STF-ADI: 553 RJ – RIO DE JANEIRO 0001143-53.1991.1.00.0000, Relator: Min. Carmen Lucia, data de julgamento: 16/06/2018, Tribunal Pleno. Data da publicação: DJe-030.

em que há fundada certeza de que possam servir para lastrear garantias contratuais; (2) aqueles em que há relativa certeza ou incerteza jurídica sobre essa mesma capacidade e (3) aqueles que, diante de sua natureza tributária ou por já estarem vinculados a atividades específicas, não poderiam servir de lastro para a garantia do projeto, classificação esta (já referida na introdução, é bem verdade) que se tornou a pedra angular da metodologia de trabalho que empregamos neste estudo.

Outra questão relevante, especialmente pelo fato do Projeto se relacionar a um sistema de transportes, geralmente estruturado financeiramente sobre tarifas cobradas do usuário ou passageiro, é que o sistema pode vir a constituir uma garantia a partir da própria tarifa e demais receitas anexas ao serviço.

Conquanto não seja propriamente uma garantia, mas sim um instrumento de manutenção da concessão de um modo geral, o Fundo garantido do Equilíbrio Econômico-Financeiro - FGE previsto nos contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo do Município de Belo Horizonte se apresenta como um precedente nesse ponto.

Conforme destacado pela cláusula 20 deste contrato de concessão, os recursos do FGE⁵ tinham como finalidade o pagamento de indenização devidas por uma parte do contrato à outra em razão da revisão contratual ou da extinção da concessão. Ressalta-se também que as concessionárias do serviço de transporte coletivo são as únicas quotistas do FGE e que os recursos utilizados para recomposição da equação econômico-financeira dos contratos de concessão podem superar os valores das quotas integralizadas da concessionária que for credora ou devedora da referida indenização. Ademais, a dedução do montante do FGE derivada dos procedimentos de revisão contratual é acompanhada pela redução proporcional das quotas das concessionárias.

A se considerar que os Municípios precisam constituir a garantia até o primeiro dia de vigência do contrato ou, alternativamente, até o primeiro dia da operação, há possibilidade de utilizarem seus ativos financeiros ou o orçamento para a constituição dessa garantia inicial e, gradualmente, a substituírem pelas contribuições descontadas da tarifa.

Exemplificando: se o sistema precisa de R\$50 milhões de reserva patrimonial em garantia, se a demanda real for, suponhamos, de 100 mil viagens por dia, em média, e se a tarifa prever que R\$0,20 (vinte centavos) de cada viagem será carregada para o sistema de garantias, a cada mês o sistema se

⁵ O FGE era formado pelo aporte de 1% da receita operacional bruta obtida pelas concessionárias por meio da exploração do serviço de transporte coletivo de Belo Horizonte. Ademais, o FGE também é composto pelo resultado das aplicações dos valores arrecadados pelo próprio fundo no mercado financeiro, sendo que os ativos do referido fundo são geridos pelo administrador do FGE, que, além de buscar a maximização da rentabilidade do capital investido, deverá assegurar a sua liquidez

apropriada de R\$600mil, R\$7,2milhões por ano, o que indicaria a substituição total da garantia até sétimo ano de operação do BRT.

Uma última observação relevante para a constituição da garantia, no caso, parte da constatação de que o Projeto não é municipal, mas metropolitano, ou seja, envolve o engajamento e o interesse comum de vários municípios. A conclusão, um tanto evidente, nesse ponto, é que os municípios que se beneficiarem pelo projeto terão que ratear garantia, dizendo de outro modo, terão que comparecer com seus ativos, nos moldes acima mencionados, para colaborar na formação da garantia. O *quantum* com que cada um deve colaborar será definido em contrato de rateio, por critérios que respeitem a proporcionalidade e estejam relacionados aos benefícios auferidos pela população de cada um dos municípios envolvidos no Projeto.

Os art. 8º da Lei dos Consórcios Públicos, art. 13º do Decreto Federal nº 6.017/2007 e item 19.3.3 do Protocolo de Intenções do CIM-AMFRI, dispõem que os entes consorciados somente poderão entregar recursos financeiros ao Consórcio Público para cumprimento de seus objetivos **mediante disposição prevista em contrato de rateio**. Paralelamente, o item 4.2.7 do Protocolo de Intenções do CIM-AMFRI dispõe como uma das finalidades do consórcio a viabilização de ações conjuntas em mobilidade urbana. Assim, o aditamento do contrato de rateio poderá e deverá ser formalizado pela Diretoria Executiva do Consórcio, nos termos das cláusulas 21.1 e 21.3 do Contrato de Rateio, vez que para cumprimento de seus interesses sendo promovidos com o Projeto, torna-se necessária a entrega de recursos dos municípios para oferecimento de garantia pecuniária em nome do Consórcio.

4. ATIVOS INDICADOS PARA A COMPOSIÇÃO DA GARANTIA DO PROJETO

Feitas as explicitações jurídicas preliminares sobre como a legislação federal brasileira dispõe sobre a oneração de ativos em função do estabelecimento e dação de garantias a um projeto de concessão, passamos aos resultados concretos desprendidos da análise documental conduzida ao longo destes estudos.

Os balanços orçamentários e patrimoniais referentes aos exercícios de 2018 e 2019 permitiram a percepção de um grande número de ativos colecionados pelos municípios, além de um ótimo desempenho financeiro dos mesmos no espectro temporal a que nos permitimos debruçar inicialmente. Justamente em razão dos resultados expressivos obtidos, optamos por restringir a gama de ativos identificados nesse primeiro momento com o intuito de entregar estudos mais adequados às especificidades do Projeto. Fizemos um recorte temporal para tratar do exercício fiscal de 2019, o que propiciará representações mais condizentes com a realidade financeira das municipalidades.

Adicionalmente, em ordem da simplicidade buscada na garantia sendo constituída, instituiu-se um recorte de valor para que fossem trabalhados apenas os ativos que representassem valores superiores a 800 mil reais, ou seja, ao menos 1% da quantia necessária indicada pelos estudos econômico-financeiros para garantir as contraprestações pecuniárias e eventuais desequilíbrios no mecanismo de banda de demanda.

Como Navegantes, Itajaí, Camboriú e Balneário Camboriú perfazem o grupo de municípios que usufruirão diretamente da primeira fase do Projeto (Sistema Central do BRT) entre 2022 e 2032, considerou-se que, salvo melhor juízo, estes seriam os municípios que colaborariam inicialmente com o arranjo de garantias sendo desenvolvido. Assim, este capítulo objetiva elencar os ativos detidos pelas referidas municipalidades que são considerados como passíveis de vinculação à garantia contratual ao menos no momento inicial do Projeto. Faz-se novamente a ressalva de que a garantia concedida nessa primeira fase contratual poderá ser alterada ao longo da execução contratual, a depender do mecanismo de estruturação sendo idealizado.

Pois bem, uma consideração preliminar pode ser efetuada quanto à robustez e a evolução da receita orçamentária total apresentada em reais pelos referidos municípios nos últimos anos fiscais e em parcela do ano de 2020⁶, como se vê pelo quadro abaixo:

Ano	Receita Tributária	Transferências Correntes	Outras Receitas Correntes	Receitas de Capital	Receita Total
ITAJAÍ					
2018	290.931.714,56	697.663.106,84	389.170.587,39	68.062.163,66	1.445.827.572,45
2019	339.927.538,36	789.845.396,08	510.850.020,31	50.364.918,20	1.690.987.872,95
2020	236.371.623,71	606.441.965,34	299.760.264,89	31.314.027,16	1.173.887.881,10
BALNEÁRIO CAMBORIÚ					
2018	319.777.505,58	212.018.262,76	290.393.511,24	54.362.410,42	876.551.690,00
2019	366.695.211,52	231.858.413,17	353.493.378,73	50.996.841,80	1.003.043.845,22
2020	223.791.221,27	128.055.372,67	182.215.921,13	33.103.077,67	567.165.592,74

⁶ Tabela de elaboração própria, valendo-se dos dados disponibilizados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina até a data de 15 de outubro de 2020. Disponível em <http://servicos.tce.sc.gov.br/sic/home.php?idmenu=municipio&menu=receitafontes&nu_ano=9999SFI&id=421350&id_modalidade=0>.

NAVEGANTES					
2018	61.526.880,02	158.816.599,83	81.716.196,72	6.826.483,51	308.886.160,08
2019	70.093.631,69	177.176.561,87	109.281.580,80	5.091.449,35	361.643.223,71
2020	50.927.376,85	126.513.895,12	71.470.258,66	5.386.272,46	254.297.803,09
CAMBORIÚ					
2018	49.819.854,90	120.266.762,23	26.482.572,71	5.719.356,25	202.288.546,09
2019	54.243.506,34	133.974.076,84	30.161.029,33	2.631.758,06	221.010.370,57
2020	38.185.990,29	100.990.184,36	19.187.374,77	2.179.141,30	160.542.690,72
BALNEÁRIO PIÇARRAS					
2018	33.591.576,08	52.688.805,91	14.765.860,94	3.601.959,64	104.648.202,57
2019	48.821.975,13	61.417.099,03	18.506.955,24	186.855,93	128.932.885,33
2020	40.974.912,64	45.496.068,21	12.820.527,84	10.101.271,64	109.392.780,33
BOMBINHAS					
2018	64.719.254,69	43.746.552,74	9.221.714,31	18.345.342,27	136.032.864,01
2019	69.596.722,03	47.993.896,78	10.258.605,67	9.625.015,18	137.474.239,66
2020	55.090.808,48	36.109.331,63	4.729.614,25	16.580.589,99	112.510.344,35
ITAPEMA					
2018	107.602.065,19	102.620.287,90	13.648.174,43	7.076.052,88	230.946.580,40
2019	121.396.281,42	118.821.145,98	19.179.011,62	25.133.821,83	284.530.260,85
2020	102.461.043,01	88.860.137,17	11.979.449,67	18.952.234,43	222.252.864,28
ILHOTA					
2018	8.424.891,95	34.740.273,66	8.364.509,08	1.641.552,13	53.171.226,82
2019	8.770.632,10	39.937.433,91	10.536.845,78	3.442.422,16	62.687.333,95
2020	5.775.844,59	26.598.522,93	4.661.473,76	4.346.000,96	41.381.842,24
LUIS ALVES					
2018	3.499.916,50	33.343.645,76	2.088.244,68	4.663.128,81	43.594.935,75
2019	4.222.869,08	37.973.388,34	2.282.608,52	3.465.585,40	47.944.451,34
2020	2.943.526,58	18.578.810,64	987.864,29	2.335.899,37	24.846.100,88
PENHA					
2018	34.835.836,14	52.288.722,78	7.417.867,45	711.441,09	95.253.867,46
2019	33.527.133,21	58.069.422,27	8.050.902,35	854.049,71	100.501.507,54

2020	14.570.928,53	20.814.028,12	2.622.320,32	274.839,52	38.282.116,49
PORTO BELO					
2018	30.055.438,05	46.284.451,80	12.851.639,49	8.690.328,73	97.881.858,07
2019	33.457.298,17	51.509.599,99	14.867.209,69	4.300.576,86	104.134.684,71
2020	25.480.788,11	37.859.098,56	8.625.000,98	6.271.400,84	78.236.288,49

Mesmo os números de receitas totais sendo bastante relevantes, na perspectiva da constituição de uma garantia, afinal se tomarmos somente o ano de 2019 (2020 ainda encontra-se em curso) e somente os quatro municípios inicialmente beneficiados pelo Projeto, estes somam uma receita global de R\$ 3,2 bilhões de reais, para a qual a uma garantia de R\$ 80 milhões corresponderia a aproximadamente 2,5%, revelando a possibilidade de constituição de uma reserva patrimonial inicial mediante a criação de um programa específico de despesa orçamentária, a correta avaliação da capacidade dos municípios em questão de constituir uma garantia depende de uma leitura mais abrangente sobre os seus ativos.

Daí, fazer-se crucial a avaliação dos balanços patrimoniais e orçamentários e dos relatórios e pareceres de contas disponibilizados anualmente pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Em verdade, notou-se por meio dos documentos orçamentários publicados pela Corte de Contas até o presente momento (para grande parte dos municípios, há somente análises correspondentes até o exercício de 2018), que os valores patrimoniais indicados nos balanços financeiros não fazem destaque claro as suas vinculações pré-estabelecidas, e em específico a investimentos necessários em seus institutos de previdência. Mas essa informação pode ser inferida dos últimos relatórios de contas disponibilizados e, em específico, dos demonstrativos consolidados dos balanços gerais. Vamos a eles:

(i) Itajaí - Relatório de Contas referente ao exercício de 2018.

Quadro 11 – Variação do patrimônio financeiro do Município (em Reais) – 2017 - 2018

Grupo Patrimonial	Saldo inicial	Saldo final	Variação
Ativo Financeiro	655.768.996,69	806.095.608,81	150.326.612,12
Passivo Financeiro	47.671.680,58	57.826.436,01	10.154.755,43
Saldo Patrimonial Financeiro Ajustado	608.097.316,11	748.269.172,80	140.171.856,69
Ativo Financeiro do IPI – Instituto de Previdência de Itajaí (RPPS)	485.775.944,00	595.745.959,15	109.970.015,15
Passivo Financeiro do IPI – Instituto de Previdência de Itajaí (RPPS)	469.998,74	699.743,76	229.745,02
Saldo Patrimonial Financeiro sem o IPI – Instituto de Previdência de Itajaí (RPPS)	122.791.370,85	153.222.957,41	30.431.586,56

Fonte: Demonstrativos do Balanço Geral consolidado.

(ii) **Balneário Camboriú - Relatórios de Contas referentes ao exercício de 2018 e 2019.**

Quadro 11 – Variação do patrimônio financeiro do Município (em Reais) – 2017 - 2018

Grupo Patrimonial	Saldo inicial	Saldo final	Variação
Ativo Financeiro	618.548.507,80	701.254.604,36	82.706.096,56
Passivo Financeiro	70.114.233,97	70.498.695,54	384.461,57
Saldo Patrimonial Financeiro	548.434.273,83	630.755.908,82	82.321.634,99
Ativo Financeiro do BCPREVI e do FUNSERVIRBC	387.248.796,83	452.840.986,48	65.592.189,65
Passivo Financeiro do BCPREVI e do FUNSERVIRBC	1.476.351,21	780.255,95	-696.095,26
Saldo Patrimonial Financeiro sem o BCPREVI e o FUNSERVIRBC	162.661.828,21	178.695.178,29	16.033.350,08

Fonte: Demonstrativos do Balanço Geral consolidado.

Quadro 11 – Variação do patrimônio financeiro do Município (em Reais) – 2018 - 2019

Grupo Patrimonial	Saldo inicial	Saldo final	Variação
Ativo Financeiro	701.254.604,36	817.664.373,76	116.409.769,40
Passivo Financeiro	70.498.695,54	90.406.644,35	19.907.948,81
Saldo Patrimonial Financeiro	630.755.908,82	727.257.729,41	96.501.820,59
Ativo Financeiro do BCPREVI e do FUNSERVIRBC	452.840.986,48	565.233.572,65	112.392.586,17
Passivo Financeiro do BCPREVI e do FUNSERVIRBC	780.255,95	1.264.252,68	483.996,73
Saldo Patrimonial Financeiro sem o BCPREVI e o FUNSERVIRBC	178.695.178,29	163.288.409,44	-15.406.768,85

Fonte: Demonstrativos do Balanço Geral consolidado.

(iii) **Navegantes- Relatório de Contas referente ao exercício de 2018.**

Quadro 11 – Variação do patrimônio financeiro do Município (em Reais) – 2017 - 2018

Grupo Patrimonial	Saldo inicial	Saldo final	Variação
Ativo Financeiro	144.570.786,71	195.591.955,06	51.021.168,35
Passivo Financeiro	14.149.789,80	20.291.938,43	6.142.148,63
Saldo Patrimonial Financeiro Ajustado	130.420.996,91	175.300.016,63	44.879.019,72
Ativo Financeiro do RPPS	113.651.792,11	148.257.452,56	34.605.660,45
Passivo Financeiro do RPPS	47.526,98	180.873,48	133.346,50
Saldo Patrimonial Financeiro s/ RPPS	16.816.731,78	27.223.437,55	10.406.705,77

Fonte: Demonstrativos do Balanço Geral consolidado.

(iv) Camboriú - Relatório de Contas referente ao exercício de 2018.**Quadro 11 – Variação do patrimônio financeiro do Município (em Reais) – 2017 - 2018**

Grupo Patrimonial	Saldo inicial	Saldo final	Variação
Ativo Financeiro	72.321.040,37	96.985.329,84	24.664.289,47
Passivo Financeiro	8.846.478,87	13.008.103,45	4.161.624,58
Saldo Patrimonial Financeiro Ajustado	63.474.561,50	83.977.226,39	20.502.664,89
Ativo Financeiro do	53.471.697,91	67.522.383,03	14.050.685,12
Passivo Financeiro do RPPS	92.344,13	117.468,59	25.124,46
Saldo Patrimonial Financeiro Sem o RPPS	10.095.207,72	16.572.311,95	6.477.104,23

Fonte: Demonstrativos do Balanço Geral consolidado.

Pois bem, os relatórios de contas disponibilizados até então nos permitem inferir que, apesar de grande parte dos ativos financeiros das municipalidades serem destinados à previdência, haverá em 2020 e 2021, como nos outros exercícios houve, valores expressivos de reservas patrimoniais – valores empregados em aplicações financeiras e, até outra informação, desvinculados a priori de outros programas, projetos ou despesas -, suficientes para serem trabalhados no arranjo de garantias do Projeto.

Observe-se que, apesar das informações coletadas não traduzirem o número presente, mas exercícios passados, somente os quatro municípios inicialmente beneficiados pelo BRT tinham, ao final dos exercícios fiscais acima retratados, reservas patrimoniais líquidas (em saldo patrimonial financeiro), já descontadas as reservas patrimoniais do sistema de previdência dos servidores municipais, de mais de R\$ 500 milhões, um número seis vezes maior que o necessário para a constituição da garantia inicial do Projeto (estimada, até agora, no pior cenário, em R\$ 80 milhões).

Constatamos, desse modo, a disponibilidade de reservas patrimoniais líquidas, como ativos simples e de alta liquidez, como um ingrediente presente e viabilizador da garantia cogitada, sem prejuízo da cogitação da formação dessa garantia inicial ou da vinculação a esta de um sistema de reposição automático por meio de fluxos de receita anual (seja formados por receitas não tributárias, expressivas nesses municípios, seja derivados de transferências orçamentárias que, conforme acima destacamos, podem em última instância se tornar fonte desse tipo de mecanismo de garantia).

Cumprido, assim, aprofundar essas análises.

a. RESERVAS PATRIMONIAIS LÍQUIDAS

A categoria das reservas patrimoniais líquidas, ou simplesmente “reservas de valor”, compreende parte do patrimônio acumulado pelo municípios em questão por uma série de fatores, como: receita

superavitária de exercícios financeiros anteriores, rendimentos de fundos de investimento, ativos percebidos de direitos de exploração portuária, royalties, créditos no geral, etc.

Para que possamos considerar essas reservas de valor como ativos potencialmente empregáveis na elaboração da estrutura de garantias do Projeto, devemos considerar somente aquelas desvinculadas e as que detenham eventualmente vinculações específicas que poderiam abarcar as finalidades do Projeto ou ações colaterais (ex. receitas destinadas ao setor de transporte, pavimentação de ruas, etc).

É evidente, pelo que dissemos até aqui, nossa predileção pela seleção de ativos patrimoniais, vez que possibilitam a construção de modelos de garantia alicerçados em ativos líquidos ou de fácil liquidação e tendem a trazer maior segurança e atratividade ao Projeto.

Atentando-se também à prioridade de escolha por modelos mais seguros, optamos por não considerar neste momento algumas espécies de receitas patrimoniais, que denotam liquidez e simplicidade, mas não apresentam segurança robusta ao investidor vez que são alvos de manifestações jurídicas contraditórias.

É o caso dos direitos creditórios correspondentes à dívida ativa tributária dos referidos municípios. Frequentes são os questionamentos sobre a possibilidade de vinculação desse patrimônio a operações financeiras, diante da polêmica a respeito da origem patrimonial ou tributária dessa receita e do princípio da não afetação, enunciado no art. 167, IV do Texto Constitucional, já muitas vezes referido neste estudo.

Em que pese defendermos que é possível a cessão ou a oneração em garantia dos direitos creditórios relativos à dívida ativa e do fato de que alguns municípios brasileiros já terem exitosamente utilizado esse tipo de ativo em operações financeiras⁷, não se extrai dos balanços verificados tanta relevância para esse tipo de ativo nos municípios integrantes do CIM-AMFRI, daí terem ficado de fora do recorte meramente exemplificativo que abaixo realizamos.

Pontue-se que a verificação abaixo pormenorizada tem um nível de precisão que entendemos adequado para a finalidade deste estudo, mas poderia ser ainda mais aprofundada, a partir de informações mais detalhadas do municípios ou dos relatórios de contas de 2019 e 2020, ainda não submetidos ao Tribunal de Contas. Vejamos:

Análise de ativos: Reservas Patrimoniais

⁷ A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) analisou positivamente a constituição de um fundo de investimento fundado em direitos creditórios correspondentes ao produto do adimplemento de acordos de parcelamento de dívidas tributárias da Prefeitura de Belo Horizonte, consignou que o que **“Os fluxos financeiros resultantes do adimplemento (e não os próprios créditos tributários objeto de parcelamento) são os direitos creditórios que se pretende verter ao fundo.**

Município	Ativo	Valor (R\$)
Itajaí	<i>Ativo circulante</i>	
	Caixa e equivalentes de caixa	197.106.388,27
	Créditos a curto prazo – Clientes	16.496.154,40
	Créditos a curto prazo – Créditos de transferências a receber	11.397.276,75
	Créditos a curto prazo – Dívida ativa não tributária	3.599.062,97
	Demais créditos e valores a curto prazo	38.643.901,25
	Investimentos e aplicações temporárias a curto prazo	778.254.439,33
	Estoques	1.993.990,55
	<i>Ativo não circulante</i>	
	Ativo realizável a longo prazo	193.094.237,49
	Créditos a longo prazo – Créditos tributários a receber	3.162.036,20
	Créditos a longo prazo – Dívida ativa não tributária	12.418.201,21
	Demais créditos e valores a longo prazo	1.911.342,04
	Investimentos – Participações permanente – Avaliadas pelo método de equivalência	1.600.000,00
	Imobilizado – Bens móveis	105.169.009,32
	Imobilizado – Bens imóveis	1.340.759.038,58
Intangível – Softwares	1.071.070,16	
Balneário Camboriú	<i>Ativo Circulante</i>	
	Caixa e equivalentes de caixa	270.234.254,22
	Créditos a curto prazo – Clientes	17.293.296,19
	Demais créditos e valores a curto prazo	47.134.943,02
	Investimentos e aplicações temporárias a curto prazo	546.633.512,49
	<i>Ativo não Circulante</i>	
	Ativo realizável a longo prazo – Créditos a longo prazo	299.266.798,96
	Ativo realizável a longo prazo – Dívida ativa não tributária	290.151.395,77

	Demais créditos e valores a longo prazo	6.422.426,95
	Imobilizado – Bens móveis	86.936.480,25
	Imobilizado – Bens imóveis	723.693.432,80
	Intangível – Softwares	6.386.532,00
Ativo Circulante		
Navegantes	<i>Ativo circulante</i>	
	Caixa e equivalentes de caixa	60.150.507,11
	Créditos a curto prazo	2.311.287,26
	Demais créditos e valores a curto prazo	2.964.155,34
	Investimentos e aplicações temporárias a curto prazo	203.987.252,21
	<i>Ativo não circulante</i>	
	Ativo realizável a longo prazo	59.075.316,30
	Imobilizado	185.700.949,87
Ativo Circulante		
Camboriú	<i>Ativo Circulante</i>	
	Caixa e Equivalentes de Caixa	119.988.472,62
	Créditos Tributários a Receber	25.212.890,94
	Dívida Ativa Não Tributária	1.202.907,28
	<i>Ativo Não Circulante</i>	
	Bens Móveis	40.606.628,79
	Bens Imóveis	85.342.940,47
	Obrigações Trab., Prev. e Assistenciais a Pagar a Curto Prazo	2.166.321,87
	Empréstimos e Financiamentos a Curto Prazo	1.274.293,40
	Fornecedores e Contas a Pagar a Curto Prazo	1.400.660,73
Demais Obrigações a Curto Prazo	2.180.873,96	

b. FLUXO DE RECEITAS NÃO TRIBUTÁRIAS

Conforme tratado anteriormente, pode-se optar por constituir um mecanismo híbrido de garantias no caso onde a reserva patrimonial disponível não se mostre suficiente para garantir mais do que os valores

mínimos necessários. O mecanismo contaria com a vinculação de um fluxo futuro e seguro de recebíveis que seria responsável por compor o valor destinado a recomposição da garantia após experimentada a necessidade de sua execução.

Este fluxo de receitas seria possibilitado pela reserva de um patrimônio com direitos relativos a créditos futuros, delegado a um agente fiduciário que atuaria como gestor da relação financeira constituída. Entretanto, caso opte-se por não se valer da figura do agente fiduciário, no limite, é resguardada aos municípios a possibilidade de contratar garantia fidejussória junto à instituição financeira, de forma a reduzir o impacto orçamentário financeiro da constituição da garantia caso as condições de crédito apresentadas se mostrem mais vantajosas.

Por outro lado, para definir um fluxo de receitas confiável, caso opte-se pelo mecanismo do fluxo de receitas, fazendo com que o mesmo tenha capacidade de repor o valor das garantias eventualmente executadas, torna-se primordial analisar os ativos não tributários dotados pelos municípios, tanto à luz dos documentos orçamentários quanto das leis orçamentarias, evidenciando a previsibilidade da receita pelos próximos exercícios financeiros.

Da observância da tabela abaixo, destacam-se receitas percebidas pelos municípios no exercício de 2019. Os valores são expressivos e não indicam *a priori* problemas para a constituição do mecanismo de garantia atrelado ao fluxo de receitas não tributárias. Vejamos:

Análise de Receitas não tributárias		
Município	Ativo	Valor (R\$)
Itajaí	Aluguéis e Arrendamentos - FUMTUR	1.714.439,51
	Aluguéis e Arrendamentos - PORTO	32.204.938,65
	Remuneração de Depósitos Bancários - Recursos Ordinários - PMI	2.170.288,13
	Remuneração de Depósitos Bancários - Recursos Ordinários - PMI Operação Crédito Externas	806.573,82
	Remuneração de Depósitos Bancários - Outras Fontes - PORTO	1.026.230,42
	Multas Previstas em Legislação Específica - Principal - Convênio de Trânsito PMI - 30%	5.098.252,10
	Remuneração de Depósitos Bancários - Outras Fontes - SEMASA	2.790.156,91
	Remuneração de Depósitos Bancários - Alienação de Bens - PORTO	1.059.366,19

	Serviços Comerciais - Semasa Comum	803.600,99
	Serv. Adm. e Com. - Dívida Ativa Comum	3.735.507,29
	Serviços Portuários - Principal	66.222.172,32
	Multas Previstas em Legislação Específica - Principal - Convênio de Trânsito Polícia Militar	1.881.046,69
	Multas Previstas em Legislação Específica - Principal - Convênio de Trânsito Polícia Civil	1.881.060,31
	Multas Previstas em Legislação Específica - Principal - Convênio de Trânsito PMI	13.339.012,53
	Multas Previstas em Legislação Específica - Principal - Convênio de Trânsito RENAINF	1.325.449,14
Balneário Camboriú	Concessão, Permissão, Autorização ou Cessão do Direito de Uso de Bens Imóveis Públicos - Principal	4.568.978,41
	Remuneração de Depósitos Bancários - OUC	4.919.220,34
	Remuneração de Depósitos Bancários - Ordinários	4.850.849,15
	Receitas de Medidas Mitigatórias e/ou Compensatórias - Principal	2.919.783,94
	Serviços Administrativos e Comerciais Gerais - Dívida Ativa	3.385.284,95
	Multas Administrativas, Contratuais e Judiciais	25.601.184,32
	Indenizações, Restituições e Ressarcimentos - Específicas para Estados/DF/Municípios	1.083.315,06
	Operações de Crédito - Mercado Interno - Estados/DF/Municípios	10.027.343,85

Navegantes	Remuneração de Aplicações de Recursos não Vinculad	1.410.603,74
	Cessão do Direito de Operacionalização de Pagamento	4.710.000,00
	Serviços de Registro, Certificação e Fiscalização	1.796.844,54
	Compensações Financeiras s	3.259.253,40
Camboriú	Multas Previstas em Legislação Específica - Convênio Trânsito	2.698.010,41

c. TRANSFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS RECEBIDAS

Configuram-se como receitas recebidas de outras pessoas de direito público (no caso dos municípios, receitas recebidas da União ou do Estado). Conforme exposto ao longo desse relatório, a possibilidade de sua vinculação à luz da vedação exposta pelo art. 167, IV da Constituição Federal, ainda resulta em posicionamentos divergentes na doutrina.

Reiteramos nosso posicionamento de que a relação tributária percebida nas referidas transferências constitucionais se processa apenas entre o ente federado detentor da competência impositiva do tributo e o contribuinte. Ou seja, a operação teria natureza tributária, porém, uma vez arrecadados os valores, a relação jurídico-tributária que lastreou a cobrança do tributo pelo ente que possui a competência para fazê-lo cessa. Nesse momento, o dever de transferência entre entes passa a ser regido por normas de direito financeiro, fazendo com que não recaia sobre as transferências orçamentárias recebidas vedação decorrente do princípio da não-afetação.

Expõe-se assim exemplos de transferências orçamentárias recebidas pelos quatro municípios que se beneficiarão do Sistema Central do BRT, tanto ou mais expressivas que as receitas anteriormente abordadas, que, em tese, também podem ser utilizadas na composição do sistema de garantia. Vejamos:

Análise de ativos: Transferências recebidas		
Município	Ativo	Valor (R\$)
Itajaí	<i>Transferências da União e de suas Entidades</i>	
	Imposto sobre a Renda - Retido na Fonte - Trabalho - Principal	61.521.673,19
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal	51.684.124,27

	Cota-Parte do Fundo de Participação do Municípios - 1% Cota entregue no mês de dezembro	2.851.144,97
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - 1% Cota entregue no mês de julho	2.745.808,48
	Cota-Parte do Fundo Especial do Petróleo - FEP	995.429,86
	Outras Transferências da União - Cessão Onerosa - Lei nº 13.885/2019	3.378.116,50
	<i>Transferências dos Estados e do Distrito Federal e de suas Entidades</i>	
	Cota-Parte do ICMS	363.741.568,85
	Cota-Parte do IPVA	26.482.314,12
	Cota-Parte do IPI - Municípios	4.665.338,85
	<i>Transferências de Instituições Privadas - Específicas de Estados, DF e Municípios</i>	
	Outras Transferência de Instituições Privadas para EST/DF/MUN -Não Especificadas Anteriormente - Principal - FUMTUR	333.600,00
	<i>Transferências da União e de suas Entidades</i>	
Balneário Camboriú	Imposto sobre a Renda - Retido na Fonte - Trabalho - Principal	29.254.282,10
	Imposto sobre a Renda - Retido na Fonte - Outros Rendimentos - Principal	1.749.380,28
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal	35.591.205,76
	Cota-Parte do Fundo de Participação do Municípios - 1% Cota entregue no mês de dezembro	1.963.382,16
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - 1% Cota entregue no mês de julho	1.890.844,36
	Outras Transferências da União - Taxa de Ocupação, Foro e Laudêmio	3.253.953,30
	Cessão Onerosa do Bônus de Assinatura do Pré-Sal	2.326.270,23
	<i>Transferências dos Estados e do Distrito Federal e de suas Entidades</i>	
	Cota-Parte do ICMS	44.181.834,15

	Cota-Parte do IPVA	22.603.201,11
Navegantes		
	Imposto sobre a Renda - Retido na Fonte - Trabalho	8.485.858,17
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios	32.130.949,42
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios	1.417.998,22
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios	1.365.609,82
	Transferências Advindas de Emendas Parlamentares I	1.802.114,00
	Outras Transferências da União - Lei nº 13.885/201	1.680.084,06
	Cota-Parte do ICMS - Principal	55.558.567,07
	Cota-Parte do IPVA - Principal	6.786.364,90
	Transferências de Recursos do Fundo de Manutenção	72.868.249,48
	Transferências de Convênio da União destinadas a P	1.166.186,82
	(R)Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios	6.426.189,62
	(R)Cota-Parte do ICMS – Principal	11.111.712,40
	(R)Cota-Parte do IPVA – Principal	1.357.271,95
Camboriú		
	Imposto sobre a Renda - Retido na Fonte - Trabalho - Principal	5.111.429,29
	Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal - Principal	32.130.949,42
	Cota-parte do fundo de participação dos municípios - 1% cota entregue no mês de dezembro - principal	1.417.998,22
	Cota-parte do fundo de participação dos municípios - 1% cota entregue no mês de julho - principal	1.365.609,82
	Outras Transferências da União - Principal	1.664.936,55
	Cota-Parte do ICMS – Principal	17.406.220,39
	Cota-parte do IPVA – principal	7.953.538,69

	Outras Transferências de Convênios da União – Principal	1.423.394,67
	(R)Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal - Principal	6.426.189,62
	(R)Cota-Parte do ICMS – Principal	3.481.243,01
	Cota-parte do IPVA – principal	1.590.775,48

d. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Tratadas das três principais fontes de receitas para composição dos mecanismos de garantia para o Projeto, cabe também mencionar a possibilidade acessória de que eventualmente disponha-se de créditos tributários para a composição da garantia, em específico aqueles provenientes de **taxas e contribuições de melhoria**.

Para tanto, é necessário que seja conduzida busca pelas condições normativas encontradas em suas leis instituidoras, além de interpretação dos objetivos atinentes da espécie tributária, que devem promover o mesmo interesse social sendo desenvolvido pelo Projeto de transporte coletivo em questão.

Cogita-se então a viabilidade em gênero, a partir de uma grande angular, de vincular a receita de algumas espécies tributárias ao Projeto, como, por exemplo, as Contribuições de Melhoria para Pavimentação e Obras Complementares de Camboriú e Balneário Camboriú e a Taxa Licença para Circulação de Ônibus, também de Balneário Camboriú, porém, a certeza sobre a vinculação das mesmas ao Projeto envolve a necessidade de aprofundamentos específicos e provavelmente de medidas específicas para sua viabilização.

De qualquer sorte, apesar da magnitude dos outros ativos até aqui analisados, não se pode olvidar da possibilidade tratada neste tópico.

e. DAS RECEITAS ESPECÍFICAS PROVENIENTES DE SISTEMA ROTATIVO DE ESTACIONAMENTO (“ZONA AZUL”) E DAS RECEITAS TARIFÁRIAS DO PRÓPRIO TRANSPORTE

Dos 11 (onze) municípios da AMFRI, 4 (quatro) possuem lei regulamentando o sistema rotativo de estacionamento e a sua concessão, quais sejam: Balneário Camboriú, Itajaí, Navegantes e Itapema. Destaca-se, contudo, que os recursos derivados da exploração dos sistemas de estacionamento rotativos não são suficientes para manter, por si só, o fluxo de receitas que integrarão a garantia do Projeto. Não obstante,

estas receitas continuam sendo uma fonte importante (e foram destacadas no termos de referência que gerou este documento), pois, além de poderem vir a financiar parcialmente o sistema de garantias, a combinação de um aumento do valor dessas tarifas com a eliminação de locais de estacionamento em vias públicas pode gerar um impacto positivo na demanda do sistema de transporte coletivo.

Nesse quadro, a análise das leis e decretos municipais que dispõem sobre o sistema de estacionamento rotativo, também conhecido geralmente como “Zona Azul”, tem como ponto central a verificação do instrumento adotado pelos municípios para exploração dos referidos sistemas, isto é, se a eles se valem de tarifas ou taxas. A importância desta questão deriva do fato de que, enquanto as taxas são tributos vinculados à contraprestação oferecida pela Administração Pública que deu origem à sua cobrança, as tarifas podem ser destinadas a outras finalidades desde que coadunadas com o serviço prestado e suas necessidades.

Neste sentido, a respeito da maior flexibilidade na destinação das receitas tarifárias, importante destacar o seguinte entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de Ação Direta de Constitucionalidade:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.”⁸

8 STF, ADC nº 9, Ministro Relator Néri da Silveira, Ministra Relatora para o Acórdão Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13.12.2001, DJ 23.04.2004.

Um exemplo no qual a cobrança de tarifas pode ser utilizada para o financiamento do sistema de garantias do Projeto a partir da lógica exposta pelo acórdão supracitado é a cidade de Balneário Camboriú, um dos quatro municípios da região AMFRI que dispõem de Zonas Azuis concedidas. Neste caso, a concessionária do sistema de estacionamentos rotativos tem como parte de sua receita as tarifas pagas pelos usuários e, além disso, paga um valor de outorga específico à Autarquia Municipal de Trânsito – BC Trânsito. Os recursos oriundos de concessões – bem como os derivados das tarifas da Zona Azul caso a BC Trânsito explorasse o serviço diretamente – constituem as receitas da referida autarquia segundo o art. 6º da Lei Complementar municipal nº 53/2019º.

Consequentemente, considerando que a finalidade da criação de uma zona de estacionamentos públicos em vias públicas é justamente ligada à noção de mobilidade urbana, o uso do recurso oriundo do pagamento de tarifas ou do valor de outorga para financiar parte de um projeto de transporte ou, mais uma vez, de mobilidade urbana, como no caso do sistema de garantia em tela, seria perfeitamente aceitável. O exposto é reforçado pelo fato da própria BC Trânsito ser competente para, ao mesmo tempo, explorar, direta ou indiretamente, o sistema de estacionamento rotativos e planejar e implantar medidas de redução de circulação de veículos¹⁰.

Assim como o Município de Balneário Camboriú, os outros três municípios da região AMFRI, mencionados – i.e. Navegantes, Itajaí e Itapema – também possuem serviços de estacionamento rotativo remunerados por meio de tarifa. Quanto à destinação dos recursos oriundos da receita tarifária ou do valor de outorga pago pelas concessionárias da zona azul, destaca-se que o Municípios de Itajaí segue o padrão de Balneário Camboriú ao prever o direcionamento de verbas para a entidade responsável pela racionalização e redução da circulação de veículos.

Os Municípios de Navegantes e Itapema, por outro lado, devem aplicar os recursos derivados das outorgas da concessão dos estacionamentos rotativos em campanhas educativas de trânsito, na sinalização,

9 Lei Complementar municipal nº 53/2019: “Art. 6º Constituem receita da Autarquia Municipal de Trânsito - BC Trânsito, as seguintes fontes: (...) IV - os recursos provenientes de suas autorizações, permissões e concessões; V - os recursos provenientes da operação do sistema rotativo de veículos em vias municipais; VI - taxas e tarifas recolhidas pela prestação de serviços decorrentes de suas atribuições”.

¹⁰ Lei Complementar municipal nº 53/2019: “Art. 3º A Autarquia Municipal de Trânsito - BC Trânsito, possui competência e atribuições próprias do Poder Público Municipal, e tem por finalidade precípua de, servir de órgão executivo de trânsito municipal, competindo-lhe as seguintes atribuições: (...) X - implantar, operar diretamente ou por delegação, o sistema de estacionamento rotativo de veículos nas vias municipais, o serviço de estada (guarda), e remoção de veículos e objetos, o transporte público coletivo e individual de passageiros, e fiscalizá-los; (...) XVI - planejar e implantar medidas para redução da circulação de veículos e reorientação do tráfego, com o objetivo de diminuir a emissão global de poluentes”.

fiscalização ou em projetos de melhoria do sistema viário, o que impede a aplicação em fundos de garantia para o Projeto¹¹.

Sendo assim, caso o uso dos recursos tarifários sejam necessários ou desejáveis para a realização do Projeto, torna-se importante a realização de alterações legais para viabilizar esta utilização.

Outro item já explorado no curso do presente estudo merece, a esta altura, ser reiterado: a possibilidade de que venha a ser constituída garantia para o sistema que se utilize em parte da composição da própria tarifa.

A ideia é que (analogamente ao ocorrido do Município de Belo Horizonte) uma pequena parte da tarifa, incapaz de onerar em excesso os usuários (a ponto, por exemplo, de comprometer a universalidade ou acessibilidade do serviço), seja gradativamente arrecadada e reservada para a formação de uma reserva patrimonial líquida, capaz de fazer frente às garantias.

Como acima se disse, considerando que a constituição da garantia é necessária, no caso concreto, desde o início da operação do sistema, caso o Projeto opte por valer-se das receitas tarifárias auferidas pelo sistema, ele deverá compor necessariamente um mecanismo híbrido de garantia: deverão ser utilizados ativos para compor uma garantia inicial e, na medida em que o sistema possibilitar, a garantia poderá ser substituída.

Novamente, ressalta-se que o *quantum* tarifário com que os municípios contribuirão dentro do arranjo de garantia deverá refletir proporcionalmente os benefícios sendo auferidos pela população, e que, tratando-se de um Projeto com âmbito metropolitano, faz-se necessário que a formalização da garantia conste em contrato de rateio.

5. GARANTIAS OFERECIDAS POR INSTITUIÇÕES MULTILATERAIS

Muito embora o grande desafio enfrentado por este relatório fosse a identificação, a partir dos ativos dos municípios envolvidos no Projeto, da possibilidade ou viabilidade da constituição de um sistema de garantias reais, incidente sobre bens ou ativos dos referidos municípios, o estudo não se completaria sem a análise da possibilidade de buscar garantias fidejussórias junto às instituições multilaterais, dentre as quais o próprio Consulente, o Banco Mundial.

¹¹ Neste sentido, destacam-se as seguintes leis municipais, que mencionam expressamente o uso de tarifa para remuneração do serviço de estacionamento rotativo e especificam suas destinações bem como dos valores de outorga pagos por concessionárias das zonas azuis: Lei Complementar nº 257/2015 do Município de Navegantes (arts. 3º e 11), Lei nº 5.105/2008 do Município de Itajaí (arts. 10 e 14) e Lei nº 3.672/217 do Município de Itapema (arts. 3º e 7º).

Além de possuírem programas de financiamento, como destacado na seção IV.2 do segundo Relatório Jurídico, anteriormente entregue, as instituições financeiras internacionais, dentre as quais o Banco Mundial, permitem com que o Poder Concedente, por meio de um acordo governamental, tenha acesso a cartas de fiança ou a uma linha de empréstimo em garantia.

Dentre as possibilidades existentes, destaca-se o programa de garantias do Banco Mundial que busca, por meio da garantia parcial de créditos e títulos, proteger credores contra o risco de inadimplência e proporcionar uma melhoria nas condições de crédito para apoiar o financiamento do projeto em questão. Ademais, o Banco Mundial também pode fornecer instrumentos como cartas de crédito de modo a garantir o pagamento de obrigações de entidades públicas. Em ambos os casos, ressalta-se que o Banco Mundial atende projetos de concessão e empreendimentos desenvolvidos pela Administração Pública direta e indireta.

Ademais, cabe ainda destacar outras alternativas como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que fornece garantias sobre parte de empréstimos destinados a projetos realizados na América Latina e Caribe, cobrindo alguns riscos que pode afetar o seu pagamento, e também sobre o risco de inadimplência do Poder Concedente, reduzindo, pois, o risco assumido pelo concessionário¹². Por fim, tem-se que o Novo Banco de Desenvolvimento – NDB possui uma política de transações realizadas sem garantias soberanas e que compreende o fornecimento de garantia que buscam mitigar os riscos em torno de projetos variados, englobando inclusive parcerias público-privadas¹³.

6. CASOS PRECEDENTES

Ainda com o intuito inicialmente focalizado de atender às solicitações do termos de referência, parece importante reiterar o relatório de casos precedentes, agora estreitando o olhar desta análise para o sistema de garantias. Para tanto recortamos concessões brasileiras já contratadas, relacionadas ao setor de transporte nas grandes cidades, e que podem ser vistas como casos de sucesso.

De fato, buscando estabelecer um ambiente favorável ao desenvolvimento de projetos de transporte público, diversos contratos de concessão de serviço público no Brasil têm se valido de sistemas de garantias de formatos distintos. Diante deste fato, torna-se imprescindível a análise de alguns precedentes de modo

¹² As informações sobre as garantias oferecidas pelo BID encontram-se disponível em: <https://www.iadb.org/en/idb-finance/guarantees>

¹³ A versão atual da Política de Transações sem Garantia Soberana do NDB data de 18 de setembro de 2018 e está disponível em: <https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/08/Policy-on-Transactions-without-Sovereign-Guarantee-091818.pdf>.

a destacar padrões e práticas que podem ser eventualmente seguidos no projeto de transporte intermunicipal de BRT na região da foz do rio Itajaí. Vejamos:

6.1. Concessão do VLT e Monotrilho de Salvador

O sistema de garantias do VLT do Subúrbio, também conhecido como Monotrilho de Salvador, congrega diferentes garantias, decorrentes de suas peculiaridades concretas, isto é, o fato dele ser um projeto de infraestrutura pública sob a forma de concessão patrocinada e com o Estado da Bahia figurando como Poder Concedente.

O contrato de concessão do VLT do Subúrbio prevê, em sua cláusula 30^a, a estruturação de um sistema de garantia do pagamento da contraprestação pública para assegurar o recebimento da contraprestação devida à concessionária. O referido sistema abarca a realização de pagamentos a partir de fluxo segregado de receitas e a vinculação de parcela do patrimônio do Fundo Garantidor Baiano de Parceiras – FGBP ao pagamento da contraprestação pública em caso de inadimplemento, sendo que o saldo mínimo das garantias prestadas pelo Poder Concedente será de 1/12 da contraprestação anual máxima.

Ademais, há ainda as garantias aos financiadores e investidores, mais especificamente a previsão de direitos que lhes possibilitem defender os seus interesses perante a relação contratual mantida entre o Poder Concedente e a concessionária. Estas garantias englobam, segundo a cláusula 33^a do contrato de concessão, o oferecimento de ativos da concessão, a assunção de controle da Concessionária por financiadores e o pagamento direto para financiadores de indenização por extinção antecipada da concessão.

Por fim, o contrato de concessão ainda prevê, em sua cláusula 29^a, uma garantia dada pela concessionária ao Poder Concedente de modo a conferir segurança a este último em relação às obrigações contratuais assumidas por aquela. A garantia de execução do contrato pode ser realizada por meio de caução, fiança bancária, seguro-garantia e títulos da dívida pública.

6.2. Concessão da Linha 6 do Metrô de São Paulo

O Governo do Estado de São Paulo, ao celebrar o contrato de concessão patrocinada da construção e manutenção da Linha 6 do Metrô de São Paulo, se obrigou, na cláusula 52^a do referido instrumento, a assegurar os recursos orçamentários necessários ao pagamento da contraprestação pública. Para tanto, a Companhia Paulista de Parcerias – CPP foi designada como credora solidária da referida obrigação, que

será garantida por meio de **penhor de cotas de um fundo de investimento** do Banco do Brasil, sendo que a CPP seria cotista exclusiva.

No sistema elaborado na concessão da Linha 6, a concessionária, diante da inadimplência do Poder Concedente, pode solicitar ao Banco do Brasil, o agente da garantia, o resgate da quantidade de cotas necessárias para satisfação da obrigação inadimplida. Há ainda a possibilidade da CPP realizar o pagamento à Concessionária, sendo que, neste caso, o Poder Concedente deverá ressarcir a CPP.

Caso o Poder Concedente não ressarça a CPP e impeça a recomposição do fundo de garantia, a concessionária poderá retirar, sem necessidade de autorização por terceiro, o valor devido da câmara de compensação do sistema de arrecadação, o que implica a retirada, do sistema de arrecadação do transporte metroferroviário da Região Metropolitana de São Paulo, do valor devido a título de contraprestação pública.

7. CUIDADOS LEGAIS PARA A CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA DO PROJETO

Entre os temas propostos para este estudo estão os cuidados legais para a constituição da garantia do projeto. Como os estudos de viabilidade ainda não avançaram até o ponto de possibilitar ao CIM-AMFRI a escolha da modalidade de garantia, há uma certa relatividade na resposta a esta proposição, pois, afinal, as formalidades impostas pela legislação vão variar de acordo com a referida escolha.

Mas é possível tratar de modo transversal a questão, ainda que sem responder a todas as variáveis que emergirão a partir do momento em que as autoridades públicas escolherem, de fato, a modelo de garantia, oferecendo alguma segurança jurídica para as fases supervenientes do Projeto.

Neste escopo analisou-se a legislação dos distintos municípios componentes do CIM-AMFRI, com o objetivo inicial de proceder-se avaliação da (1) necessidade de autorização legislativa, para a constituição das modalidades de garantia mais cogitáveis para o Projeto. Em seguida, (2) analisamos a necessidade de alteração do consórcio e dos instrumentos jurídicos que permitem a sua atuação. E, por fim, (3) fixamos uma noção, ainda que preliminar e genérica, dos contratos que, para além do contrato de concessão, são necessários para a constituição da garantia.

Sobre a autorização legislativa tem-se que, em termos genéricos, os bens (móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, etc.) que podem vir a ser oferecidos em garantia devem pertencer ao chamado patrimônio disponível da Administração Pública, dito em outras palavras, devem ser desafetados, pois somente os bens com esse status jurídico podem sofrer oneração, fruto da constituição de uma garantia real.

Assim sendo, bens que foram afetados por lei ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração (a um serviço público, por exemplo) só podem ser desafetados por lei e, assim, dependerão de autorização (desafetação) prévia para que sejam utilizado na composição de uma dada garantia.

Observe-se que bens como moeda corrente são desafetados por definição, pois são meios circulante de pagamento, ou seja, é da natureza desses bens promoverem a circulação de valor ou de riqueza, diante do que são geralmente bens disponíveis (sujeitos à oneração ou alienação, ainda que estejam preservados da constrição judicial, diante da regra do art. 100, da CF). Os direitos creditórios (bens móveis intangíveis) também não são ordinariamente objeto de afetação, ainda que leis específicas possam destinar determinados direitos creditórios a uma finalidade específica, como, por exemplo, ocorre com as transferências aos municípios decorrentes dos recursos do Fundo Nacional de Saúde.

Ainda que de polêmica constitucionalidade, o art. 17, I, da Lei nº 8.666/93 vincula a alienação de bens imóveis à autorização legal (pode-se interpretar ampliativamente o dispositivo para entender que a lei ao falar alienação na verdade quis dizer desafetação).

Mas, a partir desses quadrantes mais gerais, é a legislação local que deve ser consultada para que se conclua pela exigência ou não de autorização legal prévia à constituição de garantias contratuais sobre bens (ativos) oferecidos pela Administração, diante do que parece importante tecer um quadro que mostre os dispositivos legais que, em cada um dos municípios componentes do CIM-AMFRI, possam interferir no procedimento de constituição da garantia do Projeto.

Vejamos:

Município	Dispositivo(s) da Lei Orgânica Municipal
Itajaí	<p>Art. 10 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Município, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, e fundações mantidas pelo Poder Público;</p> <p>XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;</p> <p>Art. 17 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do prefeito, não exigida esta para o especificado artigo 18, com exceção ao inciso XXIII, e artigo 28 desta Lei Orgânica, dispor sobre todas as matérias da competência do Município, especialmente, sobre:</p> <p>(...)</p> <p>II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública;</p> <p>(...)</p> <p>V - bens de domínio do Município;</p>

	<p>Art. 18 É da competência exclusiva da Câmara Municipal: (...) X - autorizar a realização de empréstimo ou de crédito interno e externo de qualquer natureza, de interesse do Município;</p> <p>Art. 65 A permissão de serviço público, a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para a escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito às permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 105 São vedados:</p> <p>IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto de arrecadação dos impostos a que referem os artigos 158 e 159 da Constituição Federal, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, destinados à escola pública, à escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas definidas em lei federal que:</p> <p>a) comprovem finalidade não lucrativa;</p> <p>b) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária ou ao Município, caso encerrem suas atividades.</p> <p>(...)</p> <p>IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Balneário Camboriú</p>	<p>Art. 29 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do município, especialmente sobre:</p> <p>(...)</p> <p>IV - operações de crédito, auxílios e subvenções;</p> <p>V - concessão, permissão e autorização, bem como a revisão de serviços públicos;</p> <p>(...)</p> <p>VII - alienação de bens públicos;</p>

Art. 30 É da **competência exclusiva da Câmara Municipal**: (...) X - **autorizar a realização de empréstimos ou de crédito interno ou externo de qualquer natureza**, de interesse do Município;

Art. 72 Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:

(...)

XXV - **contrair empréstimos e realizar operações de crédito, mediante prévia autorização da Câmara;**

XXVI - **providenciar sobre a administração dos bens do município e sua alienação, na forma da lei;**

Art. 85 A Administração Municipal compreende:

(...)

II - Administração Indireta: **empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações**, entidades dotadas de personalidade jurídica própria.

§ 1º As entidades compreendidas na Administração Indireta serão **criadas por lei específica** e vinculadas às Secretarias ou órgãos equiparados, em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

§ 2º **Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias** das entidades mencionadas no inciso II deste artigo, assim como a **participação de qualquer delas em empresa privada.**

Art. 97 A **alienação de bens municipais**, subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas:

I - quando **imóvel, dependerá de autorização legislativa** e concorrência pública, dispensada esta nos casos de doação e permuta;

II - quando **móveis, dependerá de autorização do Poder Legislativo** e leilão, dispensado este nos casos de doação, que será permitida exclusivamente para fins assistenciais ou quando houver interesse público relevante, justificado pelo Executivo, com prévia autorização do Poder Legislativo.

Art. 98 O Município, **preferentemente à venda ou doação de seus bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência pública.**

	<p>Art. 105 Qualquer serviço público, inclusive concessão, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, segundo as coordenadas da autorização legislativa, sendo que a concessão só será feita por lei que normatizará o contrato e a antecipação de concorrência pública.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 132 São vedados:</p> <p>(...)</p> <p>IV - a vinculação de receita de impostos à órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto de arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159 da Constituição Federal, a destinação de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo artigo 171 desta Lei Orgânica e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação da receita, previstas no artigo 131, inciso II desta Lei Orgânica;</p> <p>(...)</p> <p>IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Navegantes</p>	<p>Art. 16 A Administração Municipal é constituída dos órgãos integrados na estrutura administrativa da Prefeitura e de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, compreendendo:</p> <p>(...)</p> <p>§ 1º Dependem de lei específica:</p> <p>(...)</p> <p>II - a autorização para:</p> <p>a) a constituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias;</p> <p>b) instituição de fundação pública;</p> <p>c) transformação, fusão, cisão, extinção, dissolução, transferência do controle e privatização de qualquer das entidades mencionadas nas alíneas anteriores.</p> <p>§ 2º Depende de autorização legislativa, em cada caso, a participação das entidades da administração indireta no capital de empresas privadas, ressalvadas as instituições financeiras oficiais e as que tenham por objetivo a compra e venda de participações societárias ou aplicação de incentivos fiscais.</p> <p>Art. 27 Cabe à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município enumeradas nos artigos 12, 13 e 14 desta Lei</p>

	<p>Orgânica, especialmente: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de receitas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública; (...) VIII - aquisição, administração, alienação, arrecadamento e cessão de bens imóveis do Município; IX - prestação de garantia, pelo Município, em operação de crédito a seu favor ou a seus órgãos da administração direta, indireta, ou fundação instituída pela municipalidade;</p> <p>Art. 60 São atribuições privativas do Prefeito Municipal: (...) XI - realizar operações de crédito mediante prévia e específica autorização da Câmara Municipal e, se for o caso, de outros poderes estadual ou federal segundo a lei;</p> <p>Art. 82 A alienação de bens municipais fica subordinada ao interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação técnica e obedecerá aos seguintes requisitos: I - quando imóveis, dependerá de avaliação prévia, autorização legislativa e concorrência pública, dispensada esta nos seguintes casos a) Doação em pagamento; b) Permuta, por outro imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado; c) Doação, permitida exclusivamente a outros órgãos ou entidades da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; d) Investidura; e) Venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera do governo. II - quanto a móveis, obedecerá à exigência de apenas concorrência pública, dispensada na doação que somente será permitida a entidades assistenciais sem fins lucrativos, ou comprovado pelo chefe do Poder Executivo a existência de interesse público relevante. § 1º Preferentemente à venda ou doação de bem imóvel, pode o Prefeito outorgar concessão de direito real de uso, desde que autorizado pela Câmara e prévia concorrência pública, podendo, esta, ser dispensada, por lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidades assistenciais, ou verificar-se relevante interesse público na concessão, devidamente justificado. (Expressão "a entidades assistenciais" declarada inconstitucional, conforme ADIN nº 9147201-72.2015.8.24.0000)</p> <p>Art. 88 A permissão de serviços público, a título precário, será outorgado por decreto após edital de chamamento de interessados para a escolha de melhor pretendente, e a concessão só efetivar-se-á mediante autorização legislativa e contrato precedido de concorrência pública.</p>
--	---

	<p>§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões e concessões, bem como quaisquer outros ajustes, feitas em desacordo como estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 108 É vedado:</p> <p>(...)</p> <p>V - vincular receitas de impostos a órgãos, fundo ou despesa, ressalvadas a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento de ensino e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação da receita;</p> <p>(...)</p> <p>X - instituir fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Camboriú</p>	<p>Art. 18 A administração pública direta, indireta, ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Município, obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, publicidade, eficiência, transparência, motivação dos atos administrativos, devido processo legal administrativo, lealdade ao administrado, e supremacia do interesse público sobre o privado.</p> <p>(...)</p> <p>XIX - somente por lei especifique poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.</p> <p>XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;</p> <p>XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os 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, exigindo-se a qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.</p> <p>Art. 31 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:</p> <p>(...)</p> <p>I - tributos municipais, arrecadação e dispêndio de suas rendas;</p> <p>(...)</p> <p>IV - operações de crédito, auxílios e subvenções;</p> <p>V - concessão, permissão e autorização de serviços públicos;</p> <p>(...)</p>

	<p>VII - alienação de bens públicos;</p> <p>Art. 32 É da competência exclusiva da Câmara Municipal: (...) X - autorizar a realização de empréstimo ou de crédito interno ou externo de qualquer natureza do Município;</p> <p>Art. 79 Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>XXV - contrair empréstimos e realizar operações de crédito, mediante prévia autorização da Câmara;</p> <p>XXVI - providenciar sobre a administração dos bens do Município e sua alienação, na forma da lei;</p> <p>Art. 95 A administração municipal é constituída dos órgãos integrados na estrutura administrativa da Prefeitura e de entidades dotadas de personalidade jurídica própria.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º As entidades dotadas de personalidade jurídica própria que compõem a administração indireta do Município se classificam em:</p> <p>(...)</p> <p>II - empresa pública: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio e capital exclusivo do Município, criada por lei, para exploração de atividades econômicas que o governo municipal seja levado a exercer, por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;</p> <p>III - sociedade de economia mista: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para exploração de atividades econômicas, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Município ou a entidade da administração indireta;</p> <p>Art. 106 A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas:</p> <p>(...)</p> <p>I - A venda, doação ou permuta de bens móveis ou imóveis, dependerá de autorização legislativa, e concorrência pública, dispensada esta no caso de permuta.</p>
--	---

	<p>Art. 107 O Município, preferentemente à venda ou doação de seus bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência pública.</p> <p>§ 1º A concorrência poderá ser dispensada, por lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidades assistenciais, ou quando houver relevante interesse público, devidamente justificado.</p> <p>Art. 114 A permissão de serviço público, a título, será outorgada escolha da melhor proposta, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, procedido de concorrência, tudo nos termos da lei federal respectiva.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 141 São vedados:</p> <p>(...)</p> <p>IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, função ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159 da Constituição Federal, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, § 2º, e 212 da CF, e a prestação de garantias às operações de créditos por antecipação de receita, previstas nos artigos 165, § 8º e 167, § 4º, da CF;</p> <p>(...)</p> <p>IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Itapema</p>	<p>Art. 12 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, não exigida esta para o especificado nos Art. 13, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:</p> <p>I - Sistema tributário municipal, arrecadação e distribuição de suas rendas;</p> <p>II - Plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operação de crédito e dívida pública;</p> <p>(...)</p> <p>V - Bens de domínio do Município;</p> <p>(...)</p> <p>XII - Criação, transformação, extinção e estruturação de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas municipais;</p>

Art. 13 É da competência exclusiva da Câmara Municipal:

(...)

XII - **Apreciar os atos de concessão** ou permissão e os de renovação de concessão ou permissão **de serviços de transporte coletivo;**

(...)

XIV - **Aprovar, previamente, a alienação ou concessão de móveis municipais;**

Art. 42 Compete privativamente ao Prefeito:

(...)

XXIX - **Contrair empréstimos e realizar operações de créditos, mediante prévia autorização da Câmara;**

XXX - Providenciar sobre a administração dos **bens do Município e sua alienação, na forma da lei;**

Art. 58 São vetados:

(...)

IV - A vinculação de receita de impostos à órgão, fundo ou despesas, ressalvadas a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação da receita;

(...)

IX - **A instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa por maioria absoluta;**

Art. 61 A prestação de serviços públicos, pelo Município, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, será regulada em lei complementar que assegurará:

I - A exigência de licitação em todos os casos;

II - Definição de caráter especial nos contratos de concessão ou permissão, casos de prorrogação, condições de caducidade, formas de fiscalização e rescisão;

III - Os direitos dos usuários;

IV - A política tarifária;

	<p>V - A obrigação de manter o serviço adequado.</p> <p>Art. 96 A administração pública municipal direta, indireta ou fundamental de ambos os poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoabilidade, moralidade, publicidade e também ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XVIII - Somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas;</p> <p>XIX - Depende da autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação delas em empresas privadas;</p> <p>XX - Ressalvados os casos determinados na Legislação Federal específica, as obras, serviços, compras e alimentação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam condições ou obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.</p>
<p>Balneário Piçarras</p>	<p>Art. 21 Toda alienação de bens municipais, onerosa ou não, só poderá ser realizada mediante autorização por lei municipal, avaliação prévia e licitação, observada nesta a legislação federal pertinente.</p> <p>Art. 23 O Município, preferencialmente à venda ou doação de bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência, dispensada esta, quando o uso se destinar ao concessionário de serviço público.</p> <p>Art. 28 A administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes do Município, obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XVIII - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação, respeitada a legislação federal sobre a matéria;</p>

	<p>XIX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;</p> <p>XX - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os 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, a qual somente poderá solicitar exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;</p> <p>Art. 41 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:</p> <p>I - tributos municipais, arrecadação e dispêndio de suas rendas;</p> <p>(...)</p> <p>IV - operações de crédito e sua forma de pagamento;</p> <p>V - concessão, permissão e autorização de serviços públicos;</p> <p>(...)</p> <p>VIII - alienação de bens públicos;</p> <p>Art. 42 É de competência exclusiva da Câmara Municipal:</p> <p>(...)</p> <p>X - autorizar a realização de empréstimo ou de crédito interno ou externo de qualquer natureza, de interesse do Município;</p> <p>Art. 90 Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>XXV - contrair empréstimos e realizar operações de créditos, mediante prévia autorização da Câmara;</p> <p>XXVI - providenciar sobre a administração dos bens do Município e sua alienação, na forma da lei;</p> <p>Art. 127 A permissão de serviço público, a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente,</p>
--	--

	<p>sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões, concessões, bem com quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 155 São vedados:</p> <p>(...)</p> <p>IV - a vinculação de receita de impostos a órgãos, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto de arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159 da Constituição Federal, a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212 da Constituição Federal e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 154 desta Lei Orgânica;</p> <p>(...)</p> <p>IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa;</p> <p>Art. 162 A prestação de serviços públicos, pelo Município diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, será regulada em lei complementar que assegurará:</p> <p>I - a exigência de licitação, em todos os casos;</p> <p>II - definição do caráter especial dos contratos de concessão ou permissão, casos de prorrogação, condições de caducidade, forma de fiscalização e rescisão;</p> <p>III - os direitos dos usuários;</p> <p>IV - a política tarifária;</p> <p>V - a obrigação de manter serviço adequado.</p>
<p>Bombinhas</p>	<p>Art. 36 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:</p> <p>(...)</p> <p>VI - autorizar a concessão de auxílios, subvenções e serviços públicos;</p> <p>(...)</p> <p>XI - deliberar sobre a obtenção e concessão de empréstimos e operações de crédito, bem como a forma e os meios de pagamentos;</p>

	<p>Art. 37 Entre outras, compete privativamente à Câmara Municipal, as seguintes atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>XVI - autorizar a realização de empréstimo, operação ou acordo externo de qualquer natureza, de interesse do Município;</p> <p>Art. 64 Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>XI - contrair empréstimos e realizar operações de crédito, mediante prévia autorização da Câmara Municipal;</p> <p>(...)</p> <p>XXVI - providenciar sobre a administração dos bens do Município e sua alienação, na forma da lei;</p> <p>Art. 79 A administração pública direta e indireta do Município obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação e interesse público, transparência e participação popular, bem como aos demais princípios estabelecidos na Constituição Federal e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;</p> <p>XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso XIX deste artigo, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;</p> <p>XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras, e alienações serão contratados mediante processos 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, exigindo-se a qualificação técnico-econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.</p> <p>Art. 90 A administração municipal é constituída dos órgãos integrados na estrutura administrativa da Prefeitura e de entidades dotadas de personalidade jurídica própria.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º As entidades dotadas de personalidade jurídica própria que compõem a administração indireta do Município se classificam em:</p> <p>(...)</p>
--	---

	<p>II - empresa pública - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio e capital do Município, criada por lei, para exploração de atividades econômicas que o Município seja levado a exercer, por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;</p> <p>III - sociedade de economia mista - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para exploração de atividades econômicas sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Município ou a entidade da administração indireta;</p> <p>Art. 101 A alienação de bens municipais será realizada em conformidade com a legislação pertinente.</p> <p>Art. 102 O Município, preferentemente à venda ou doação de seus bens imóveis, concederá direito real de uso, mediante autorização legislativa e concorrência, dispensada essa última nas hipóteses previstas na legislação pertinente.</p> <p>Art. 108 A concessão ou a permissão de serviço público dependerá de autorização legislativa e contrato precedido de licitação.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito às permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 132 É vedado:</p> <p>(...)</p> <p>IV - vincular receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas na Constituição Federal e nesta Lei Orgânica;</p> <p>(...)</p> <p>IX - instituir fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Ilhota</p>	<p>Art. 19 Compete à Câmara Municipal deliberar, sob forma de projetos de lei, sujeitos à sanção do Prefeito, sobre as matérias de competência do Município, especialmente sobre:</p> <p>I - Matéria financeira, tributária e orçamentária: Plano Plurianual, Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual; abertura de créditos especiais e suplementares, remissão de dívidas, concessão de isenções e anistias fiscais, auxílios e subvenções.</p>

<p>(...)</p> <p>V - Bens públicos, aquisição e alienação de bens imóveis, outorga de direito real, concessão e permissão administrativa de uso.</p> <p>VI - Criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração direta e das entidades da administração indireta.</p> <p>Art. 72 Ao Prefeito compete:</p> <p>(...)</p> <p>XV - Alienar bens imóveis, mediante prévia e expressa autorização da Câmara Municipal.</p> <p>(...)</p> <p>XVII - Conceder ou permitir, na forma da lei, a execução de serviços públicos por terceiros.</p> <p>(...)</p> <p>XXI - Contrair empréstimos e realizar operações de crédito, com prévia autorização da Câmara Municipal.</p> <p>Art. 80 A Administração Municipal direta e indireta do Poder Executivo e o Poder Legislativo obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência e também ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XVII - Somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas.</p> <p>XVIII - Depende de autorização legislativa a transformação, fusão, cisão, incorporação, extinção e privatização e, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.</p> <p>XIX - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições aos concorrentes, com cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, e com exigências apenas de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.</p> <p>Art. 95 O Município prestará diretamente, ou sob regime de permissão ou concessão, sempre por meio de licitação, os serviços públicos de sua competência, disciplinando e organizando-os mediante lei que disporá sobre:</p> <p>I - O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade,</p>
--

	<p>fiscalização e rescisão de concessão ou permissão. II - Os direitos dos usuários. III - A política tarifária. IV - A obrigação de manter serviço adequado</p> <p>Art. 100 As obras e serviços de grande vulto, que envolvam endividamento considerável e impliquem em significativa alteração do aspecto da cidade, com reflexos sobre a vida e os interesses da população, serão submetidos a plebiscito, a critério da Câmara Municipal, por deliberação da maioria absoluta dos Vereadores.</p> <p>Art. 104 A alienação e a aquisição dos bens municipais, subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado, serão precedidas de avaliação e obedecerão a legislação vigente:</p> <p>Art. 105 O Município, preferencialmente à venda de bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência, dispensada esta quando houver relevante interesse público, devidamente justificado.</p> <p>Art. 123 São vedados: (...) IV - A vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as previstas na Constituição Federal. (...) IX - A instituição de fundo sem prévia autorização legislativa.</p> <p>Art. 133 Incumbe ao Poder Executivo, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou através de licitação, sob regime de concessão ou permissão, devendo, através de fiscalização permanente, garantir-lhes a qualidade.</p>
Luís Alves	<p>Art. 14 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, não exigida esta para o estabelecido nos Artigos 15 e 27, dispor sobre todas as matérias da competência do Município, especialmente sobre: (...) II - Plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública;</p>

	<p>(...)</p> <p>V - Bens do domínio do Município;</p> <p>(...)</p> <p>XIII - Criação, transformação, extinção e estruturação de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas municipais.</p> <p>Art. 15 É da competência exclusiva da Câmara Municipal:</p> <p>(...)</p> <p>XII - Apreciar os atos de concessão ou permissão e os de renovação de concessão ou permissão de serviços de transportes coletivos;</p> <p>(...)</p> <p>XIV - Aprovar previamente a alienação ou concessão de imóveis municipais;</p> <p>Art. 70 São vetados:</p> <p>(...)</p> <p>IV - A vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas, a destinação de recursos para a manutenção de crédito por antecipação da receita;</p> <p>(...)</p> <p>IX - A instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa, por maioria absoluta.</p> <p>Art. 74 A prestação de serviços públicos, pelo Município, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, será regulada em lei complementar que assegurará:</p> <p>I - A exigência de licitação, em todos os casos;</p> <p>II - Definição do caráter especial dos contratados de concessão ou permissão, casos de prorrogação, condições de caducidade, forma de fiscalização e rescisão;</p> <p>III - Os direitos dos usuários;</p> <p>IV - A política tarifária;</p> <p>V - A obrigação de manter serviço adequado.</p>
<p>Penha</p>	<p>Art. 34 Compete à Câmara de Vereadores de Penha, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município e, especialmente:</p> <p>(...)</p>

	<p>IV - deliberar sobre obtenção e concessão de empréstimos e operação de crédito, bem como a forma e os meios de pagamento;</p> <p>(...)</p> <p>VI - autorizar as concessões e permissões de serviços públicos, nos termos da lei federal;</p> <p>(...)</p> <p>IX - autorizar a alienação de bens imóveis;</p> <p>Art. 35 Compete privativamente à Câmara de Vereadores de Penha exercer as seguintes atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>IX - autorizar a realização de empréstimo, operação ou acordo externo de qualquer natureza, de interesse do Município;</p> <p>Art. 64 Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:</p> <p>(...)</p> <p>XXV - contrair empréstimo e realizar operações de créditos, mediante prévia autorização da Câmara de Vereadores de Penha.</p> <p>XXVI - providenciar sobre a administração dos bens do Município e sua alienação, na forma da lei;</p> <p>Art. 79 A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes do Município obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, motivação e interesse público, transparência e participação popular, bem como aos demais princípios estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;</p> <p>XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso XIX, assim como, a participação de qualquer delas em empresa privada;</p> <p>Art. 85 A administração municipal é constituída dos órgãos integrados na estrutura administrativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo e de entidades dotadas de personalidade jurídica própria.</p>
--	--

<p>(...)</p> <p>§ 2º As entidades dotadas de personalidade jurídica própria que compõem à administração indireta do Município se classificam em:</p> <p>(...)</p> <p>II - empresa pública - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio e capital do Município, criada por lei para exploração de atividades econômicas que o Município seja levado a exercer, por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;</p> <p>III - sociedade de economia mista - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para exploração de atividades econômicas, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Município ou a entidade da administração indireta;</p> <p>Art. 96 A alienação de bens municipais, subordinada à existência do interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas:</p> <p>I - quando imóveis dependerá de autorização legislativa e concorrência pública, dispensada esta nos casos de doação e permuta;</p> <p>II - quando móveis, dependerá apenas de concorrência pública, dispensada esta nos casos de doação, que será permitida exclusivamente para fins assistenciais, ou quando houver interesse público relevante, justificado pelo Executivo.</p> <p>Art. 97 O Município, preferentemente à venda de bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e concorrência pública.</p> <p>§ 1º A concorrência poderá ser dispensada, por lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidade assistências, ou quando houver relevante interesse público, devidamente justificado.</p> <p>Art. 104 A permissão de serviço público a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só serão feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.</p> <p>§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões; as concessões, bom como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.</p> <p>Art. 132 São vedados:</p> <p>(...)</p> <p>IV - a vinculação da receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado</p>
--

	<p>pelo art. 157 desta Lei Orgânica Municipal, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 131, II desta Lei Orgânica Municipal.</p> <p>(...)</p> <p>IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.</p>
<p>Porto Belo</p>	<p>Art. 14 A aquisição de imóvel sempre dependerá de autorização legislativa, geral ou específica, atenderá o seguinte:</p> <p>I - Na hipótese de permuta, esta será precedida de avaliação dos imóveis objetos da operação;</p> <p>II - A avaliação realizada por comissão especial, será homologada pelo Prefeito;</p> <p>III - É dispensada a avaliação na doação gratuita, mas necessária na doação com encargos.</p> <p>Art. 15 A alienação de imóveis, sempre subordinada a existência de interesse público, será realizada:</p> <p>I - Por venda ou permuta, atendendo no que couber o disposto no artigo no artigo anterior;</p> <p>II - Por doação a União ou ao Estado, para realização de obra ou serviço de interesse geral, bem como a entidades filantrópicas, educacional, cultural, cívicas ou esportivas, examinando-se nestes casos, a conveniência de lhe ceder apenas o direito real de uso, por prazo certo.</p> <p>Art. 18 Os valores mobiliários serão alienados através de bolsa de valores.</p> <p>§ 1º Se os valores mobiliários não tiverem cotação em bolsa de valores, serão alienados por concorrência ou leilão.</p> <p>§ 2º A oneração dos valores de que trata este artigo, como garantia a realização da operação de crédito ou à obtenção de financiamento, depende da autoridade legislativa.</p> <p>Art. 21 A administração pública de qualquer dos poderes do Município compreende:</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo Único - Depende de Lei específica:</p> <p>(...)</p> <p>I - A criação de autarquias;</p> <p>II - A autorização para:</p> <p>a) constituição de empresa pública; e sociedade de economia mista;</p>

Art. 24 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 exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Parágrafo Único - A licitação e a contratação de obras públicas são proibidas no período de até cento e vinte dias precedentes ao término do mandamento do Prefeito Municipal, salvo situação de comprovada urgência ou se especificadas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 44 Os serviços públicos serão:
(...)

II - **concedidos mediante autorização legislativa**, precedidos de concorrência pública, e com contrato.

§ 1º Serão nulas de plano direto as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com este artigo.

Art. 57 (*) Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:

(...)

VI - Auxílios e subvenções a terceiros bem como **concessão de serviços públicos**;

(...)

X - Aquisição, administração, **alienação**, arrendamento, concessão permissão e autorização de direito real de uso de **bens imóveis do Município e da administração indireta**.

(...)

XII - **Obtenção de empréstimos e financiamentos pela administração direta e indireta, bem como a forma e os de pagamento**.

* Ver Lei Complementar 01/91 de 29.02.91 em anexo.

Art. 114 São atribuições privativas do Prefeito:

(...)

XI - **realizar operação de crédito e financiamento, mediante prévia e específica autorização da Câmara Municipal**;

<p>Art. 131 É vedado:</p> <p>(...)</p> <p>V - Vincular receitas e impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento de ensino e a prestação garantias às operações de crédito por antecipação de receita;</p> <p>(...)</p> <p>X - Instituir fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa.</p> <p>Art. 140 Ao Município incube a prestação dos serviços públicos de sua competência.</p> <p>§ 1º A execução poderá ser delegada, precedida de licitação, nos regimes de concessão ou permissão.</p> <p>§ 2º A delegação assegurará ao concessionário ou permissionário as condições de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão do contrato garantidas:</p> <p>I - a qualidade do serviço prestado aos usuários;</p> <p>II - política tarifária socialmente justa que assegure aos usuários o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.</p>
--

Em que pese longa a descrição dos textos legais, eles são muito úteis para as discussões que passamos a fazer.

Primeiramente observe-se que há grande uniformidade no tratamento dado a algumas matérias pelas diferentes leis orgânicas dos municípios integrantes do CIM-AMFRI. E não foge a esta regra o tratamento dado tanto à concessão de serviços como aos bens ou ativos públicos.

A maior parte das leis orgânicas acima referidas estabelecem depender de autorização legislativa prévia a realização de operação de crédito. Para o direito administrativo, operação de crédito é uma expressão jurídica regulada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) correspondente ao “compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros” (art. 29, III).

Observe-se que não há como caracterizar, salvo um esforço muito grande de entortar o sentido legal, um contrato de concessão (com ou sem garantia) como uma operação de crédito. Então, via de regra, não é esse tipo de disposição que obrigaria a colheita de autorização prévia do Legislativo para e constituição de uma garantia. Mas haverá, em determinadas circunstâncias, como já esclarecido nesse estudo, a possibilidade de o CIM-AMFRI tomar o aval de uma instituição financeira (fiança bancária ou contrato de

garantia), ou de instituições multilaterais como o Banco Mundial ou o IFC, o que nos remeteria, dada a abertura da definição legal de operação de crédito, segundo a LRF, à hipótese mais conservadora de colher a autorização legal anteriormente à realização dessa forma de garantia.

Outro tipo de regra que constantemente aparece nos diplomas legais acima transcritos é a que se reporta à autorização legal prévia à alienação de bens públicos. Observe-se que constituir garantia não importa em alienar o bem público. Por outro lado se a expressão alienação for interpretada de maneira ampliativa, a se compreender que nela está contido o conceito de desafetação, isto é, de transferência dos respectivos bens para o chamado patrimônio disponível da Administração, nesse caso, ainda que discordemos desse tipo de interpretação, teríamos que admitir que as leis orgânicas considerariam afetados e, portanto, indisponíveis à priori, a grande maioria dos bens públicos municipais, sendo um dever de cuidado, para quem não deseja contaminar o Projeto com questões prejudiciais à percepção de segurança jurídica e de risco pelo investidor privado.

Mesmo a utilização, pelas mesmas leis da expressão fundos de qualquer natureza, que nos parece se referir aos fundos especiais (art. 71 e seguintes da Lei nº 4.320/1964), pode vir a ser interpretada literalmente para que se entenda que se está a vedar, por exemplo, a criação de um fundo garantidor ou um fundo de investimento financeiro, dois mecanismos que, em tese, podem ser utilizados em um sistema de garantias. Mais uma vez, ainda que nosso entendimento não caminhe, no caso, pela exegese de mera literalidade, dobramo-nos ao fato de que parece ser cautelosa a prévia aprovação pelo Legislativo da garantia eventualmente escolhida, quando envolva “qualquer” espécie de fundo¹⁴.

Bem verdade que as leis orgânicas são unânimes em exigir autorização legal prévia à realização de concessão de serviço, o que, digamos assim, retira da autorização legal prévia a respeito do sistema de garantias do contrato a culpa por eventual atraso na consumação do Projeto. Fato é que os Municípios ao obter autorização para a concessão do Projeto, podem simultaneamente obter autorização para a instituição de um sistema de garantias, qualquer que seja ele, ainda que importe na oneração de bens, ainda que importe na criação de fundos, ainda que importe na realização de operação de crédito.

Quanto à necessidade de alteração do consórcio e dos instrumentos jurídicos que permitem a sua atuação, não nos parece haver dúvida quanto à necessidade de que seja aditado o Contrato de Rateio do

¹⁴ Nem se mencione a criação de uma companhia de ativos, com finalidade de conceder garantias para o projeto, cuja necessidade de autorização legal decorreria da própria Constituição Federal, por meio de seus art. 173, senão também porque esse tipo de modelo não foi ao menos cogitado até o momento de elaboração dos presentes estudos e parece-nos bastante inapropriado para o caso do Projeto, visto isoladamente.

CIM-AMFRI nos termos das cláusulas 21.1 e 21.3 do referido documento, conforme já relatado ao fim do item 3.a. deste Relatório.

Quanto, por fim, aos instrumentos ancilares ao contrato de concessão, pois qualquer que seja o sistema de garantia ele não se dará de forma automática a partir da celebração deste contrato, destaca-se que a definição por um modelo específico de garantia que se acomode às particulares concretas do Projeto passará pela escolha do um agente. O agente fiduciário ficaria responsável por gerir fundos em conta vinculada, proceder com o aprisionamento e gestão de fluxo de receitas, quando o modelo o exigir, e garantir a manutenção e liquidez das garantias caso as mesmas sejam executadas em função de descumprimento das obrigações pelas partes ou por oscilações significativas nas bandas de demanda estabelecidas contratualmente.

No caso da garantia lastreada em ativos patrimoniais líquidos, acresça-se a ideia de manutenção de um fundo de investimentos financeiros, cujas cotas, no limite do valor da garantia, podem ser oneradas diretamente em favor do concessionário por meio de um penhor ou de cessão fiduciária.

Além disso, cabe pontuar que alguns contratos privados podem ser concebidos e negociados para que a garantia se efetive, caso se venha a optar por uma garantia fidejussória, notadamente a fiança ou aval bancários, também o que alguns chamam de contratos de garantia (espécies complexas que não perdem, na essência, o condão fidejussório) e, eventualmente, o chamado seguro-garantia. Em todos esses casos instrumentos contratuais específicos deverão ser minutados, negociados e celebrados como formalidade prévia para a constituição da garantia.

8. CONCLUSÕES

Tendo em vista o exposto, passamos ao resumo das conclusões deste relatório.

A primeira e mais importante conclusão deste estudo é que a garantia do Projeto, nos montantes de valor cogitados pelos estudos econômicos, é sem dúvida viável.

O estudo dos ativos dos municípios envolvidos, a partir da documentação acima apontada, revelou a boa saúde financeira destes municípios e uma capacidade inequívoca, seja pelo patrimônio líquido que acumulam, seja pelos fluxos de receitas não tributárias e decorrentes de transferências orçamentárias (enquanto direitos creditórios) que possuem, de constituir um sólido sistema de garantia para a concessão, calcado no tripé: simplicidade, liquidez e segurança.

A segunda importante conclusão é de que as condições econômico-financeiras acima apontadas darão ao CIM-AMFRI condições de escolher entre diferentes modelos de garantia, a saber:

- (1) o modelo de constituição de uma reserva ou fundo patrimonial dado em garantia ao concessionário;
- (2) o modelo de vinculação de um fluxo de receitas futuro (direitos creditórios ou recebíveis públicos) ao projeto como garantia do concessionário;
- (3) os modelos fidejussórios (fiança, aval e seguro, como acima indicados);
- (4) uma combinação desses modelos mediante, por exemplo a constituição de uma reserva inicial, alimentada por um fluxo de receitas públicas com ou sem arranjos fidejussórios assessórios;
- (5) os modelos poderão variar, ademais, diante da eleição dos gestores desses ativos: a gestão pode se dar por uma empresa de ativos; a gestão pode se dar por um fundo garantidor; a gestão pode se dar por uma instituição financeira que atue como agente ou administrador fiduciário desses ativos (sendo esta, por tudo que acima restou exposto, a alternativa que mais nos atrai);
- (6) os modelos poderão variar também em função da natureza dos ativos, se líquidos ou não, se tributários ou não, se tarifários e inerentes ao sistema ou não;
- (7) os modelos poderão prever, por fim, um sistema flexível de garantia: tanto no sentido da variação dos valores garantidos ao longo do tempo (sempre há uma tendência dos riscos econômicos se reduzirem no curso da execução do contrato de concessão), como no sentido da substituição da garantia que pode se iniciar com um uma fiança bancária, migrar para um patrimônio líquido ou um direito creditório ou passar para um fundo de receitas formado por parcelas do valor da tarifa

○ mais importante é que os estudos asseveram que todos esses modelos são viáveis, sem prejuízo de outros que venham a ser cogitados, diante da boa situação das finanças do municípios que integram o projeto.

Quanto aos demais temas especificados no termo de referência que gerou o presente estudo não nos parece caber um resumo, sendo importante que a resposta seja buscada diretamente nos itens respectivamente dispostos acima: (1) seja quanto à identificação dos ativos a serem utilizados em uma garantia real; (2) seja sobre o aproveitamento das tarifas da chamada “zona azul” ou de receitas tarifárias para a constituição da garantia; (3) seja com relação à possibilidade de recurso a agentes financeiros multilaterais e seus programas fiduciários; (4) seja para a narrativa comparativa de casos precedentes, na área de transportes urbanos, em que se implementaram sistemas de garantia e, por fim, (5) seja quanto aos procedimentos formais que, a partir de uma grande angular, devem ser adotados para a legalidade do sistema de garantia do Projeto.

Com essas observações consideramos concluído o presente relatório, o qual vai acompanhado de anexos.

São Paulo, 15 de outubro de 2020.

Marcos Augusto Perez
Sócio – MANESCO RPAM Advogados