

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de
São Paulo

Atualização dos editais ao novo marco das concessões na área de saneamento ambiental

Prof. Dr. Marco Alberto

Superintendente de Regulação (SP Regula)



**CIDADE DE
SÃO PAULO**

1. Contextualização: o novo marco de concessões (PL 7063/2017)

O Novo Marco das Concessões no Brasil – Projeto de Lei n. 7063/2017 (v. 05.2025)

Escopo

- Incluir junto ao marco geral das concessões brasileiras as inovações trazidas por normas posteriores a 1995, abrangendo:
 - (a) as parcerias público-privadas (**PPPs**), Lei n. 11079/2004;
 - (b) a disciplina geral da responsabilidade fiscal (**LRF**), Lei Complementar n. 101/2000;
 - (c) as alterações no regime de licitações e contratos administrativos trazidas pelo regime diferenciado de contratação (**RDC**), Lei n. 12462/2011, posteriormente incorporadas e ampliadas pela **Lei n. 14133/2021**;
 - (d) as diretrizes gerais sobre a atividade administrativa introduzidas na **LINDB** pela Lei n.13655/2018.
- Introduzir modificações incrementais sobre a atual Lei Geral de Concessões (Lei n. 8987/1995), sobre a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11079/2004), sobre a Lei de Prorrogações e Relicitações de Concessões (Lei n. 13448/2017), e sobre o Código Penal (DEL n. 2848/1940)

O Plano Municipal de Desestatização de São Paulo (PMD) – Lei n. 16703/2017

Objetivos

- **Generalidade:** atualizar as normas gerais aplicáveis a **todos os tipos de concessão no Brasil**, e em todas as suas respectivas **esferas federativas** (União, estados e municípios)
- **Aplicabilidade:** proporcionar maiores graus de *consistência e segurança jurídica* ao regime legal das concessões no Brasil, trazendo para o direito positivo certos lugares-comuns que já são realidade na prática contemporânea dos mercados concedidos, caso da **repartição objetiva de riscos**, da constituição das **sociedades de propósito específico**, do **caráter relacional** dos contratos de concessão, das **contas vinculadas** à garantia das obrigações contratuais, e do **aspecto negocial dos procedimentos de reequilíbrio** econômico-financeiro das concessões.

2. Atualização dos editais como instrumentos de contratação nas concessões envolvendo saneamento ambiental

Inovações do PL n. 7063 sobre o procedimento de escolha do parceiro privado (licitação e relicitação)

- **Art. 5º, § 1º.** Contratação de **objetos conexos** – obras ou serviços associados (eficiência econômica, ganhos de escala, complementaridade de escopo ou melhoria da experiência dos usuários)
- **Art. 15.** Atualização das **regras de julgamento** das propostas para a realidade das concessões patrocinadas e administrativas – previsão de “novos” critérios: melhor técnica com preço fixado em edital, menor aporte do poder concedente, menor razão receita da concessionária / prazo da concessão, maior volume de obrigações de fazer, conforme critérios e pesos definidos em edital, maior percentual de receita destinada ao poder concedente ou à modicidade tarifária
- **Art. 15, § 1º.** No julgamento das propostas, o edital deverá prever mecanismo objetivo de **pontuação** e de **ponderação** em casos de **combinação de critérios**, sendo que “melhor técnica” e “maior volume de obrigações de fazer” não poderão ser utilizados isoladamente.

Inovações do PL n. 7063 sobre o procedimento de escolha do parceiro privado (licitação e relicitação)

- **Art. 15, § 5º.** Autorização do procedimento de **"lances sucessivos"** na adjudicação do contrato sob os critérios de "menor tarifa ao usuário" e "menor aporte de recursos pelo poder concedente"
- **Art. 15, § 8º.** Restrição do critério de "melhor técnica" a situações nas quais a realização do empreendimento ou a prestação do serviço envolvam **"complexidades técnicas não usuais ao setor"** relacionado ao objeto da contratação, ou que demandem **"tecnologias de domínio restrito no mercado"**
- **Art. 18.** Necessidade de **estudos de engenharia**, em nível mínimo de anteprojeto e a título de "projeto básico", sempre que o contrato de concessão prever a execução de obras, inclusive em hipóteses de relicitação e sucessão contratual

Inovações do PL n. 7063 sobre o procedimento de escolha do parceiro privado (licitação e relicitação)

Pontos para discutir (experiência das concessões em saneamento ambiental)

Equivalência entre tarifa paga pelo usuário e aporte pago pelo poder concedente

– mas, no caso das concessões administrativas e patrocinadas, como garantir que a proposta que mais destina receitas ao poder concedente é, também, a que melhor amplia os direitos e interesses dos usuários?

Limitação do critério da melhor técnica

- o que caracterizaria uma “complexidade inusual” do setor?
- quando as tecnologias estão restritas a todos os licitantes, há ou não espaço para a “melhor técnica”?

Exequibilidade das propostas

– a exigência do anteprojeto de engenharia é um avanço importante, mas seria possível evoluir ainda mais, e pensar no estudo de viabilidade da exploração econômica, nos moldes estabelecidos pelo poder concedente, como elemento obrigatório da minuta de contrato (e do edital de licitação)?

3. Atualização dos editais como instrumentos de regulação nas concessões envolvendo saneamento ambiental

Inovações do PL n. 7063 sobre a regulação contratual dos objetos concedidos

- **Art. 2º e 23, IV-A.** Substituição da noção tradicional de alocação “por conta e risco do concessionário” pela **repartição objetiva de riscos conforme definida em matriz contratual**, mesmo para caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária
- **Art. 11.** Flexibilidade na modelagem, pelo edital, das **receitas acessórias, alternativas, complementares ou de projetos associados**, inclusive quanto ao seu regime de exploração de mercado, destinação de receitas e integração (ou não) à base econômico-financeira do contrato
- **Art. 18, § 2º.** Necessidade de fundamentação dos **preços de referência constantes do edital**, por meio de metodologia orçamentária (expedita ou paramétrica) que leve em consideração o custo global dos investimentos no Brasil ou no exterior, ou os valores de mercado do setor específico do projeto

Inovações do PL n. 7063 sobre a regulação contratual dos objetos concedidos

- **Art. 17, § 3º.** Possibilidade de **restabelecimento do reequilíbrio** econômico-financeiro dos contratos a partir de **premissas negociais**, vantagens econômico-financeiras e subsídios de mercado **não previstos no edital à época da licitação** (ênfase no caráter relacional das concessões)
- **Art. 23-C, D e E.** Atualização das regras envolvendo **procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro**, incluído o prazo prescricional de 5 anos da materialização do suposto evento de desequilíbrio, o dever de fundamentação técnica à concessionária a ao poder concedente, e a consensualidade na definição dos meios de adimplemento do reequilíbrio.

Inovações do PL n. 7063 sobre a regulação contratual dos objetos concedidos

- **Art. 20.** Regulamentação das **sociedades de propósito específico (SPEs)** no âmbito das concessões que não se enquadram como PPPs, inclusive com a possibilidade de extensão de sanções e inhabilitações entre as empresas integrantes da sociedade, ou da sociedade à sua controladora, em processo administrativo que deverá sempre observar a ampla defesa e o contraditório.
- **Art. 27.** Regulamentação da **reorganização societária durante as concessões**, com regras de previsibilidade (limitação da anuência do poder concedente a critérios de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal), e de eficiência processual (aproveitamento de certificações da concessionária pelos integrantes de sua estrutura societária).

Inovações do PL n. 7063 sobre a regulação contratual do objeto concedido

Pontos para discutir (experiência das concessões em saneamento ambiental)

Repartição objetiva de riscos

– nas concessões vigentes, é possível alterar de, maneira superveniente, a matriz de riscos da época da licitação, ainda que para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão?

Preços de referência

– a exigência de que os valores do edital sejam fundamentados no mercado é uma importante garantia de exequibilidade dos empreendimentos e serviços sob concessão. Seria possível ir além, e pensar na no plano de negócios (ou relação de preços de referência) como item obrigatório da minuta de contrato (e do edital de licitação)?

Transferência das concessões

– as inovações trazidas na regulamentação da reorganização societária se aplicam também à transferência das concessões. Isso significa que os parâmetros de anuência do poder concedente, estabelecidos no artigo 27 do PL, aplicam-se a todas as hipóteses de sucessão contratual, incluída a relicitação?

4. Conclusão: considerações de direito intertemporal

Conclusão: considerações de direito intertemporal

- O PL n. 7063 **impõe** e **estimula** diversas atualizações nos editais que têm por objeto as concessões de serviços de saneamento ambiental. Há, neste particular, desdobramentos importantes:
 - (a) sobre a elaboração de novos editais de concessão
 - (b) sobre a relação entre os contratos de concessão vigentes e seus respectivos editais
- No âmbito dos **novos editais**, basta a consideração de que as licitações são processos administrativos competitivos. Vale a regra de que o tempo rege o ato, o que faz torna a futura lei vinculante a todas as licitações que se desenvolvam sob a sua vigência
- No âmbito das **concessões vigentes**, as atualizações trazidas pelo novo marco não deveriam ser afastadas de plano. Elas se inserem no campo da mutabilidade regulamentar do próprio objeto público dos contratos de concessão (os serviços públicos)

Conclusão: considerações de direito intertemporal

- A **mutabilidade regulamentar** não é novidade nos contratos de concessão que têm por objeto os serviços públicos de saneamento ambiental. Observe-se, por exemplo, a dinâmica que é característica das metas ambientais (PLANARES, PNMC) e da própria meta-regulação setorial (ANA).
- Para levar a sério o **caráter relacional dos contratos de concessão**, eles mesmos considerados como processos que envolvem arranjos de ações e decisões bilaterais ao longo do tempo, é preciso admitir:
 - (a) a aplicação direta do novo marco de concessões sobre os contratos vigentes, *desde que com eles não se verifique contradição explícita*, em temas como restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro, reorganização societária da concessionária e modelagem de receitas não-tarifárias
 - (b) a possibilidade de realização de aditivos contratuais, restrita aos casos de contradição explícita entre a disciplina dos contratos de concessão (o contrato é o parâmetro, e não o edital primitivo) e o novo marco legal

Muito obrigado!

Prof. Dr. Marco Alberto - Superintendente de Regulação
(SP Regula)

marcoalberto@spregula.sp.gov.br



**CIDADE DE
SÃO PAULO**