

CADERNO 3

/ MODELAGEM JURÍDICA

LEI FEDERAL Nº 8.987/94

LEI ESTADUAL Nº 3.800/96

LEI ESTADUAL Nº 8.613/2019

LEI FEDERAL Nº 8.666/93

PORTARIA Nº 171, 24/03/05

LEI FEDERAL Nº 11.079/04

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL art. 47, XXI

MODELAGEM JURÍDICA

A modelagem jurídica aplicada neste Caderno baseia-se amplamente no teor apresentado pela empresa proponente da manifestação de interesse, vez que a alternativa apresentada - de concessão comum onerosa - é, dentre as opções possíveis, aquela que minimiza possíveis custos do Poder Público concedente, além de transferir os riscos do negócio, quase na sua integralidade, para o concessionário.

Assim, ainda que os editais iniciais de PMI tenham deixado margem para apresentação de possibilidades de PPP, nas quais seriam necessários investimentos adicionais do Governo, a demonstração da viabilidade econômica e operacional da gestão privada do empreendimento permite que a fundamentação jurídica do contrato final se aplique conforme segue.

Considerando os pontos acima mencionados, bem como a legislação aplicável ao caso, qual seja, além das Constituições Federal e Estadual, a Lei Federal n. 8.987/94, a Lei Estadual 3.800/96, Lei Estadual n. 8.613/2019, que dispõe especificamente sobre a autorização para outorga de concessão de uso da Central de Abastecimentos de Itabaiana/SE e Lei Federal 8.666/93, para o procedimento licitatório.

Ademais, considerando ainda as atividades que integram o escopo dos serviços desempenhados pelas Centrais de Abastecimento, a Concessionária selecionada deverá observar ainda a seguinte norma, dentre outras normas e diretrizes técnico-regulatórias relativas às atividades desenvolvidas na CEASA:

Portaria nº 171, de 24 de março de 2005, que institui, no âmbito da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o Programa Brasileiro de Modernização do Mercado Hortigranjeiro - PROHORT.

Desta feita, a escolha pela modalidade de concessão de uso de bem público, que versa sobre a entrega de um equipamento/bem público para uso de forma privativa e com finalidade específica, onerosa, para este caso em comento, é a mais adequada, vez que o objeto visa a transferência do CEASA ITABAIANA, bem imóvel público de uso especial, para sua gestão, ampliação, modernização e manutenção pela iniciativa privada.

Portanto, pretende a Administração que a iniciativa privada explore o bem público a ela transferido, observada determinada finalidade, ou seja, a manutenção de um mercado local de produtos hortifrutigranjeiros, de pecuária, pesca, floricultura, artesanato e demais

produtos habituais de feiras livres em geral. Desta forma, o concessionário deverá, para tanto, realizar atividades de gestão e operação do empreendimento, bem como requalificar e promover melhorias na infraestrutura disponibilizada pela Administração, ao tempo em que deverá se submeter à regulação da mesma, considerando sobretudo o interesse público em fomentar a atividade em questão.

É de grande valia destacar que o instituto adotado nesta modelagem final versa sobre a concessão de uso de bem público, divergindo-se da concessão de serviço público, razão pela qual é importante frisar que na modelagem utilizada para este negócio, o serviço é de relevância pública, mas não um serviço público.

Ou seja, diverge do objeto da concessão de serviço público que é definida em lei como de importância ímpar, a ponto de o Poder Público assumir o ônus de garantir sua disponibilidade contínua e universal à coletividade. Logo, pode-se afirmar que o elemento nuclear essencial à caracterização da concessão de serviço público reside na prestação de típico “serviço público”.

Da breve leitura do disposto no parágrafo acima verifica-se, como mencionado outrora, que está completamente afastada a possibilidade de enquadramento da concessão da CEASA como uma concessão de serviço público, haja vista a concessão da exploração de uma central de abastecimento afigurar-se como delegação de prestação de serviço de relevância pública, e não de um serviço público propriamente dito, cujas receitas decorrem da exploração econômica do negócio e não da cobrança de tarifas públicas.

No que tange às características econômico-financeiras do projeto, verifica-se que, em face da necessidade de realização de investimentos pela concessionária para requalificação da CEASA, e considerando que sua remuneração decorre da exploração econômica do bem, é imperioso que a concessão se dê por tempo suficiente à amortização e remuneração do capital investido pelo privado, observada ainda a obrigação de reversão do ativo ao fim da concessão, razão pela qual, dar-se-á pelo período máximo de 30 (trinta) anos.

Entretanto, é válido ressaltar que decorre da ausência de disposições legais específicas quanto ao regime jurídico aplicável às concessões de uso a maior flexibilidade para a sua utilização e estruturação jurídica. Aplicam-se, via de regra, a esta modalidade contratual, as normas gerais de licitação e contratação administrativa e as regras aplicáveis às concessões, no que couber. Importante, contudo, respeitar a legalidade que permeia a atuação da Administração Pública e as leis que são aprovadas pelos entes federados em questão. Marques Neto explica que “o regime jurídico da concessão de uso de bem público pode ser disciplinado por lei geral do instituto, a ser editada no âmbito do ente federativo, proprietário do bem”. Caso o ente não edite normas relativas aos instrumentos

de uso privativo dos seus bens, este autor entende possível a aplicação de regras gerais atinentes a outorga de serviços e bens públicos – Lei 8.987/1994 e Lei 11.079/2004.

A despeito da ausência de um regime jurídico rígido, é certo que há algumas características estruturais comuns a todos os contratos de concessão de uso de bens públicos, intrínsecas, pois, a esta modalidade contratual.

A começar pelo objeto do contrato de concessão de uso, que consiste na delegação ao particular do uso de um bem público de forma privativa e com finalidade específica, na qual a utilidade concedida é a própria infraestrutura. Mas não é só. Geralmente encontra-se associada a projetos que requerem investimentos de maior vulto por parte dos particulares, havendo, ainda, o interesse público de aproveitar-se da expertise do parceiro privado para gerir o empreendimento com maior eficiência.

É justamente por isso que se confere maior liberdade ao particular para gerir seu negócio da forma que entender mais adequada. Afinal, é traço peculiar da delegação do uso de bens públicos a transferência da responsabilidade ao particular de como operar e explorar a utilidade (bem ou serviço) de modo a atingir as finalidades fixadas pelo poder concedente.

Nas concessões de uso não é a Administração quem diz detalhadamente como deverá ser executado o empreendimento. Há uma larga margem de liberdade para o particular organizar o seu empreendimento, de modo a maximizar seu retorno sem sacrificar a qualidade, continuidade e eficiência da utilidade oferecida à fruição, tendo como remuneração o advindo da exploração do bem. Contudo, no caso em espeque, não poderá o Concessionário olvidar da finalidade específica à qual está vinculada a concessão como também que sua liberdade de contratar com terceiros deverá ser exercida em razão e em função dos limites da função social do contrato administrativo a ser firmado com o Poder Público.

Se, por um lado, garante-se ao concessionário, na concessão de uso, a remuneração pela exploração do bem concedido, é possível que se exija, em contrapartida a este direito que lhe foi outorgado, o pagamento de um valor ao Poder Concedente, denominado “outorga”. Trata-se de uma compensação financeira devida pelo particular ao Estado em razão da oportunidade de negócio que lhe foi conferida, em detrimento a todos os demais agentes econômicos interessados. A concessão de uso que pode ser onerosa, neste caso em comento, terá sua compensação estatal prevista com pagamento, pelo concessionário, de um percentual de suas receitas ao poder concedente.

Por fim, vale salientar que em função do disposto no art. 47, XXI, da Constituição do Estado de Sergipe, que a concessão de uso da CEASA deverá ser submetida à prévia aprovação legislativa, providência esta realizada com a edição da Lei Estadual n. 8.613/2019, que dispõe sobre a autorização para a concessão em comento.

Superados os aspectos relativos ao modelo jurídico de contratação proposto, deve-se lembrar que os principais aspectos da licitação e contratação da concessão de uso da CEASA serão delineados conforme legislação correlata para atender às necessidades públicas vinculadas ao presente projeto. Considerando a complexidade do objeto relativo à este projeto, convém que seja viável a abertura do procedimento licitatório para a participação de empresas consorciadas, a fim de fomentar a competitividade e a proporcionar melhor qualidade do serviço a ser prestado/contratado, haja vista a diversidade de atuação correlata ao objeto, com suas expertises direcionadas, desde serviços de engenharia à serviços de gestão e operação de CEASA. Consideram-se, assim, apresentadas as principais características do quadro jurídico-institucional para a concessão de uso da CEASA, permitindo a viabilização da contratação via concessão de uso de bem público com todas as premissas, conforme prévia de edital e contrato que seguem anexos à esta modelagem, nas quais estarão previstas as obrigações decorrentes da concessão.