**Poder concedente:** Município de Alfenas/MG

**Projeto:** Concessão dos serviços de zeladoria pública municipal.

**Modelo jurídico:** Concessão administrativa (Lei federal nº 11.079/2004)

**Prazo da concessão:** 30 (trinta) anos.

# SUMÁRIO

Introdução ..... 4

1. Contextualização ..... 5

**PARTE I – O OBJETO DO CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 12/2018** ..... 7

2. A Zeladoria Pública ..... 8

2.1. O escopo do chamamento público nº 12/2018 ..... 14

2.1.1. Os serviços a serem concedidos e a sinergia entre eles ..... 15

2.1.2. Os serviços de manutenção de poços ..... 22

2.1.3. O serviço de varrição de guias e logradouros ..... 24

2.1.4. Locação de equipamentos ..... 26

2.1.5. O corte de árvores ..... 28

2.1.6. O estacionamento rotativo ..... 30

2.1.7. Os serviços de zeladoria virtual ..... 31

2.1.8. A zeladoria urbana para reformas gerais e elaboração de projetos civis ..... 31

**PARTE II – O ARRANJO JURÍDICO INSTITUCIONAL PARA O PROJETO DE ZELADORIA PÚBLICA** ..... 33

3. Análise comparativa entre as modalidades de concessão ..... 34

3.1. Opção pela concessão administrativa ..... 43

3.2. O bloco de legislação aplicável ao programa de PPP ..... 44

3.2.1. Legislação federal ..... 44

3.2.2. Legislação municipal ..... 44

4. Fundamentação jurídica ..... 45

4.1. Autorização legislativa ..... 46

4.2. O limite da receita corrente líquida (RCL) ..... 48

5. Modelo jurídico – Definições gerais e centrais do arranjo ..... 52

5.1. Delimitação do prazo da concessão ..... 53

5.2. Sistema de remuneração ..... 54

5.2.1. Remuneração dos serviços de estacionamento rotativo ..... 55

5.2.2. Remuneração dos serviços de reformas em geral e projetos civis ..... 57

5.2.3. Conta Vinculada e Conta Reserva ..... 57
5.2.4. Sistema de pagamentos e indicadores de desempenho ..... 59
5.2.5. Sistema de pagamentos e Verificador Independente ..... 60
6. Matriz de riscos ..... 65
6.1. Custos e despesas adicionais em razão de atraso ou não realização de obras de pavimentação, pelo Poder Público, previstas para serem realizadas em 2019 ..... 67
6.2. Custos e despesas adicionais pela necessidade de recuperação de vias pavimentadas pelo poder público, que não apresentem vida útil mínima de 20 anos ..... 68
7. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ..... 69
7.1. Novos investimentos: fluxo de caixa marginal ..... 70
7.2. Variação no preço dos insumos betuminosos ..... 71
8. Premissas fiscais e modelo tributário ..... 73
8.1. Encargos sociais - Tributos incidentes sobre a folha de pagamento ..... 73
8.2. Tributos incidentes sobre as receitas da Sociedade de Propósito Específico ..... 74
8.3. Tributos incidentes sobre o lucro ..... 76
8.4. Quadro resumo dos tributos incidentes nas atividades da SPE: ..... 77

**PARTE III – REQUISITOS GERAIS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO** ..... 79
9. Providências necessárias para a licitação ..... 80
9.1. Adequações legislativas ..... 80
9.2. Definições preliminares à licitação e a inversão de fases ..... 81
9.3. Critério de seleção a ser adotado ..... 84
9.4. Procedimentos para aprovação do projeto ..... 85
9.5. Participação de consórcios ..... 87
9.6. Obrigatoriedade de realização de visita técnica ..... 89
9.7. Exigências de habilitação e a peculiaridades do objeto ..... 91
9.8. A fase de qualificação de propostas técnicas ..... 93
9.9. Arbitragem como meio de solução de conflitos ..... 95

## INTRODUÇÃO

Os estudos e projetos que integram o presente Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) foram elaborados em atendimento ao Edital de Chamamento Público nº 12/2018 do Município de Alfenas/MG.

Os presentes estudos têm por finalidade subsidiar a modelagem de parceria público-privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa, para a delegação dos serviços de zeladoria pública do Município de Alfenas/MG, em consonância com as normas jurídicas e melhores práticas sobre a matéria.

Importa esclarecer que todo o conjunto de documentos, projetos e informações ora apresentado se destina exclusivamente ao aproveitamento do projeto no âmbito do Chamamento Público nº 12/2018.

Portanto, o **CONSÓRCIO MAIS ALFENAS** desde logo declara que não cederá os direitos dos estudos elaborados para utilização em fins diversos, sob pena de violação do direito de propriedade.

Quer-se com isso registrar que o **CONSÓRCIO MAIS ALFENAS** não autoriza a utilização dos presentes estudos para a contratação sob o regime das Leis nº 8.666/93, nº 12.462/2011 e/ou qualquer outro regime jurídico, diverso daquele apresentado nesse estudo.

Por fim, salienta-se que eventual utilização dos resultados dos presentes estudos em processo licitatório dele decorrente não proporcionará qualquer vantagem ou privilégio ao **CONSÓRCIO MAIS ALFENAS**, que assume o risco de a Administração Pública não adotar os projetos e estudos ora apresentados, em consonância com o edital que rege o presente PMI.

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO

A autorização concedida ao **CONSÓRCIO MAIS ALFENAS** tem por objeto o desenvolvimento de estudos "*para a estruturação do projeto destinado ao uso de soluções integradas de serviços urbanos, com ênfase em pavimentação e conservação de vias públicas*", no âmbito do edital de Chamamento Público nº 12/2018.

A instauração do presente PMI segue tendência nacional de parceria com a iniciativa privada voltada à elaboração de estudos de viabilidade e modelagem de projetos de infraestrutura.

Frente à crescente procura, por municípios brasileiros, de soluções voltadas à implantação de políticas públicas e estruturação de infraestrutura municipal, o desenvolvimento de modelo de negócio adequado, eficiente e que traga modernidade para a cidade é assunto recorrente da Administração Pública.

Diante desse contexto, verifica-se um movimento crescente não só de municípios, mas também de outras entidades públicas – como a União federal – voltadas ao desenvolvimento de projetos que alinhem a *expertise* de entidades privadas às necessidades públicas.

Assim, as perspectivas demonstram que as parcerias entre Administração Pública e a iniciativa privada não mais se circundam apenas entre os serviços públicos tradicionais como saneamento básico e transporte coletivo, fruíveis individualmente pelos administrados. Cada vez mais surgem projetos que visam integrar eficiência e tecnologia ao dia-a-dia do Poder Público também para os chamados serviços de utilidade pública[1], em que o Poder Público é o usuário direto.

[1] Nesse sentido, Vera Monteiro, citando Alexandre de Aragão destaca que "há uma 'inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) – seu objeto clássico –, como também as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre as quais não há

Nesse sentido, pode-se citar parcerias nos mais diversos seguimentos como: habitação, centros de convenções, arenas, centros de diagnóstico por imagem, *smart cities*, parques, iluminação pública, etc.

É diante desse cenário que o projeto de zeladoria pública surge como uma opção alicerçada nos princípios da eficiência e da economicidade visando a integração entre meios físicos e virtuais da estrutura pública, como será visto ao longo desse estudo.

*publicatio*'". Destaca, ainda, em nota de rodapé, alguns exemplos elencados pelo autor: "Ao tratar da concessão administrativa, o autor enumera, 'sem pretensão de exauri-las, as seguintes espécies de atividades que podem ser objeto de concessão administrativa: (a) serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (exemplo: rodovia em uma região muito pobre); (b) serviços públicos sociais, como a educação, a saúde, a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada. Lembremo-nos , por exemplo, de algumas experiências, já vividas em algumas entidades da Federação, de terceirização da administração de hospitais públicos; (d) atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que , em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos estabelecidos no art. 4º, III, da Lei 11.079/2004. Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente etc. (...)'". MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros. 2010. pp. 127-128.

# PARTE I – O OBJETO DO CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 12/2018

## 2. A Zeladoria Pública

Nos termos da Constituição da República[2] e, por sua vez, da Constituição Mineira, a competência para tratar de assuntos de interesse local é atribuída aos municípios, tanto na esfera legislativa como em relação à execução[3]. Logo, os serviços de zeladoria pública enquadram-se como de interesse local. Mas o que viriam a ser tais serviços? O Plano Diretor Participativo (lei municipal nº 3941/2009) do Município de Alfenas traz alguns indicativos.

Nos termos do art. 6º, dentre os objetivos gerais desse documento, encontra-se a garantia do cumprimento do direito à cidade, que compreende o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, à mobilidade urbana, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer (inciso II). Mais adiante, o Plano Diretor Participativo traz as linhas que norteiam a estruturação territorial do Município, dentre as quais vale destacar:

> Art. 8º Constituem diretrizes e ações estratégicas de estruturação territorial do Município: (...)
>
> XII – garantir percentuais mínimos de áreas permeáveis de 10% (dez por cento) nas zonas de alta densidade, 20 % (vinte por cento) nas zonas de média densidade e 50% (cinquenta por cento) nas zonas de baixa densidade;
>
> XIV – assegurar a ocupação das áreas institucionais disponíveis na zona urbana, por meio de implementação de equipamentos urbanos específicos, que contemplem a introdução de serviços e programas que qualifiquem estas, áreas, considerando a parceria entre setores público e privado;

[2] Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[3] Celso Antônio bandeira de Mello assevera que "função administrativa é a função que o Estado [Poder executivo e seus sujeitos auxiliares], ou quem lhe fala as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário" In Curso de direito administrativo. 33ª edição. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 36.

> XXII – promover a divisão equânime dos custos e benefícios das obras e serviços de infraestrutura urbanas decorrentes de investimentos públicos;

Por sua vez, ao tratar da mobilidade urbana, o Plano Diretor Participativo indica como orientação a estruturação viária do município com vistas a contemplar um plano de hierarquização viária, dando prioridade à recuperação e adaptação das vias existentes; organização e controle as áreas de estacionamento na região central; e criação de equipe de manutenção do sistema viários dando prioridade às vias hierarquicamente superiores (art. 8º).

A análise do Plano Direito Participativo em conjunto com a Lei Orgânica do Município de Alfenas[4] permite identificar uma gama de serviços

[4] Art. 140. O Governo Municipal manterá processo permanente de planejamento visando promover o desenvolvimento do Município, o bem-estar da população e a melhoria na prestação dos serviços públicos municipais.
Parágrafo único. O desenvolvimento do Município terá por objetivo a realização plena de seu potencial econômico e a redução das desigualdades sociais no acesso aos bens e serviços, respeitadas as vocações, as peculiaridades e a cultura locais, e preservado o seu patrimônio ambiental, natural e construído.
Art. 142. O planejamento municipal deverá orientar-se pelos seguintes princípios básicos:
I - democracia e transparência no acesso às informações disponíveis; II - eficácia e eficiência na utilização dos recursos financeiros, técnicos e humanos disponíveis; III - complementariedade e integração de políticas, planos e programas setoriais; IV - viabilidade técnica e econômica das proposições, avaliada a partir do interesse social da solução e dos benefícios públicos; V - respeito e adequação local e regional em consonância com os planos e programas estaduais e federais existentes.
Art. 182. A política urbana, a ser formulada no âmbito do processo de planejamento municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários seguimentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento da cidade, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território, sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subtilização ou não utilização; f) a deteriorização das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental.

urbanos que competem ao Poder Público e que têm como finalidade a implementação, manutenção, e desenvolvimento da estrutura espacial pública da cidade.

Entretanto, não apenas a estrutura física do Município conta com um conjunto de atividades que pode ser intitulado como zeladoria pública.

A Era Digital é uma realidade no País graças à disseminação da banda larga, fibra ótica e da internet sem fio, porém ainda segue como um desafio para muitas das Administrações Públicas municipais.

Nesse sentido, os recursos de gestão pública ganham novos contornos a partir da criação de softwares que abrem caminhos para o armazenamento de dados públicos, tanto quanto para o desenvolvimento de procedimentos como emissão de multas de trânsito, acompanhamento do pagamento de tributos municipais e consolidação de prontuários médicos do sistema municipal de saúde. Ou seja, o Poder Público passa a ser usuário direto da tecnologia da informação objetivando modernizar seus serviços e o dia-a-

---

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento sócio-econômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços, e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política urbana, tributária e financeira, e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e fruição dos bens pelos diferente seguimentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do poder público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

78

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Art. 183. O Plano Diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

dia de suas repartições públicas, oferecendo maior comodidade e agilidade aos munícipes.

Além da tecnologia da informação e da conectividade, outro elemento vem para fazer frente à aproximação do munícipe com a Administração: os aplicativos para dispositivos móveis. Essa interação é semelhante aos desenvolvimentos que atualmente possibilitam a Indústria 4.0[5]: big data, internet das coisas e inteligência artificial são apenas algumas das inovações tecnológicas que contribuem para incorporar meio físico e meio virtual em uma mesma realidade. Uma das bases do conceito de cidades inteligentes.

Por essa razão, chama-se de zeladoria virtual a implantação, operação, treinamento e manutenção de todo o sistema digital dos diversos softwares utilizados pela Prefeitura a fim de trazer transparência, eficiência, participação popular e gestão integrada dos serviços e atividades desempenhadas pelo Município.

O principal ganho da interação desse grupo de serviços com a zeladoria física é a criação de um ambiente de gestão democrática da cidade, a partir de uma plataforma única, onde os munícipes e servidores têm acesso às informações públicas podendo interagir entre si com sugestões para o seu aperfeiçoamento, como também classificando os serviços prestados pelo Poder Público, além de acompanhar o desenvolvimento dessas atividades e fazer solicitações.

Ademais, a fim de ilustrar a afirmação acima cabe o destaque da recente utilização de plataformas digitais para gestão de serviços e ativos urbanos, a exemplo da Zeladoria Urbana Participativa (ZUP)[6], ferramenta

[5] mais informações sobre a Indústria 4.0 podem ser encontradas no portal do governo federal, disponível em: < http://www.industria40.gov.br/>.Acessado em 18.02.2019.

[6] "A Zeladoria Urbana Participativa (ZUP) é um software livre criado pelo Instituto TIM para oferecer soluções para participação social e administração interativa a órgãos públicos, além de atuar como uma plataforma de Inteligência de Negócios (Business Intelligence). ZUP possui parcerias com as cidades de Boa Vista, São Bernardo do Campo e Rio de Janeiro para propor iniciativas de participação cidadã como solução para a supervisão de

virtual desenvolvida para alimentar um banco de dados com todas as operações de zeladoria de municípios interessados.

Tal ferramenta tem a finalidade de integrar os serviços de zeladoria e propiciar uma administração interativa, justamente, através de uma plataforma virtual. Ou seja, percebe-se que atualmente os serviços de zeladoria são mais amplos do que apenas a prestação de serviços estruturais de engenharia, para além disso eles abarcam também a integração virtual da gestão do município, em virtude da própria dinâmica urbana. A necessidade de sua prestação decorre das demandas do cotidiano, e a sua função é a melhoria do ambiente e da vida na urbe.

Logo, falar em zeladoria pública significa pensar nos diversos serviços que compõe a manutenção da urbe e inclui-los num projeto de parceria de longo prazo voltado a melhorar os índices de atendimento municipal com a integração desses diversos serviços. O resultado de médio prazo incluirá ganhos de economia, eficiência e modernidade para a população.

É nesse contexto que a concessão de zeladora pública, mediante estruturação de projetos de Parceria Público-Privada (PPP), passa a ser uma solução eficiente, muito embora os serviços a serem delegados não possam ser classificados como serviços públicos. Nesse contexto, importante destacar os ensinamentos de VERA MONTEIRO sobre os possíveis objetos que podem ser delegados pela Poder Público:

> "(...) não há um projeto constitucional único em relação ao modo como o Estado deve prestar serviços à coletividade ou autorizar o uso de seu patrimônio por particulares. As esferas federativas têm ampla margem de liberdade para decidir quanto ao melhor e mais conveniente modelo para cumprimento de suas obrigações, a começar pela decisão de prestar diretamente ou indiretamente determinada atividade. (...)

serviços públicos e a luta contra epidemias, entre outras questões". Disponível em: https://latinno.net/pt/case/3232/. Acessado em 08/02/2019.

> Além disso, não é possível tirar da Constituição Federal um rol de bens e serviços que pode ser executado pelo contrato do art. 37, XXI, em contraposição a um outro rol que pode ser executado por delegação, via contrato de concessão"[7].

Importante destacar desde já que a concessionária não irá exercer quaisquer atividades que envolvam o exercício de poder de polícia, indelegável, ou mesmo funções de regulação, exclusivas do município.

[7] MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 122.

## 2.1. O ESCOPO DO CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 12/2018

O presente PMI tem por objeto a apresentação de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica de projeto de parceria público-privada de Soluções Integradas de Serviços Urbanos (Zeladoria Pública), para o Município de Alfenas. O Edital contempla os seguintes serviços, que deverão ser considerados para fins de elaboração dos estudos requeridos:

- Corte de árvores;
- Sinalização vertical e horizontal;
- Recapeamento asfáltico;
- Tapa buracos;
- Varrição de Guias e Logradouros;
- Pinturas de sarjetas e meio-fio;
- Manutenção de vias públicas e recuperação asfáltica;
- Implantação de ciclovias;
- Asseio e passeio;
- Manutenção de poços;
- Manutenção e limpeza de bueiros;
- Controle de estacionamento rotativo "zona azul";
- Instalação e manutenção de painéis de mídia para propaganda;
- Implantação de sistema informatizado de inserção de multas de trânsito;
- Digitação e gerenciamento de documentos de arquivos;
- Fornecimento de conectividade IP dedicado e de link para comunicação virtual;
- Monitoramento virtual de câmeras de CFTV com sistemas de análise e inteligência;
- Desenvolvimento, disponibilização, atualização e manutenção de um sistema integrador dos softwares de gestão pública municipal;
- Fornecimento e concessão de licença de uso de software de customização para áreas de gestão de saúde pública municipal; e
- Desenvolvimento e disponibilização de software para apuração do valor adicional fiscal (VAF) municipal com gerenciamento eletrônico.

### 2.1.1. Os serviços a serem concedidos e a sinergia entre eles

Os contratos de concessão, conquanto sutil, envolvem uma lógica distinta daqueles sustentados pela Lei federal nº 8.666/93. Comparativamente aos contratos tradicionais, três são as diferenças que se destacam quanto ao modelo de concessões:

- Autossustentabilidade financeira;
- Investimentos para a execução adequada do objeto e prazos alongados para sua amortização; e
- Autonomia de gestão, de modo que o contrato seja estruturado com foco em obrigações de resultado.

Por força do artigo 2º, inciso I, da Lei federal nº 8.987/95, a concessão comum de serviço público constitui a delegação da prestação à concessionária, que o fará por sua conta e risco, nos termos das obrigações e alocação de riscos previstos no contrato. Decorre disso que a prestação do serviço delegado deverá pressupor, como regra, a transferência de certos riscos ordinários à concessionária. Permeia essa lógica que a delegação da prestação do serviço se opera mediante a transferência temporária de sua gestão – antes reservada à Administração –, a direção e a orientação dessa prestação[8]. Essa margem de autonomia de gestão da prestação do serviço está diretamente relacionada à assunção de riscos pela concessionária[9], derivado do aludido artigo 2º, inciso I, da Lei federal nº 8.987/95.

Tem-se, com isso, que o modelo concessionário, pressupõe "mais a obtenção de resultados e menos o cumprimento de meios previamente estabelecidos"[10]. Há um critério preferencial nas concessões à aferição de parâmetros de desempenho da concessionária, comparativamente ao sistema

[8] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.
[9] Ob. Cit. P. 37
[10] Ob. Cit. P. 35.

de controle e medições de cumprimento de obrigações -meio que vigora nas contratações ordinárias.

Nos contratos de PPP, assim como nas concessões comuns da Lei federal nº 8.987/95, "admite-se uma autonomia gerencial mais efetiva pelo contratado, o que se opera à custa da eliminação ou da redução da disciplina dos meios. São obrigações mais focadas em resultados confiados à dinâmica própria da gestão do parceiro privado"[11]. Veja-se, nessa linha, que no caso das concessões patrocinada e administrativa, a Lei federal nº 11.079/04 permite, de modo expresso, que o contrato abarque remuneração variável ao parceiro privado, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos (art. 6º, §1º).

A estruturação de um contrato de concessão, portanto, deve estar voltada ao atendimento de metas de qualidade, de níveis de serviço, e outros parâmetros de desempenho que venham a ser fixadas pelo Poder Concedente.

Questões atinentes a quantitativos, custos e despesas de operação, preço de insumos para implantação de obras (exceto no caso de variações extraordinárias), não devem ser incorporados ao sistema remuneratório do concessionário, mas devem ser geridos sob conta e risco deste, a partir da proposta econômica apresentada por ocasião da desestatização, e observados os parâmetros de desempenho fixados contratualmente.

Daí porque os contratos de concessão não serão exaustivos quanto à definição do escopo contratual. E **havendo uma identidade entre os diversos serviços e/ou atividades a serem prestadas**, não há que se falar em aglutinação indevida de objeto.

No tocante ao agrupamento dos serviços escopo do Chamamento Público nº 12/2018, à primeira vista, pode-se dizer que teriam o condão de restringir a participação de interessados na futura licitação, ferindo assim o

[11] Ob. cit p. 35, nota de rodapé 26.

caráter competitivo do certame, uma vez que o objeto abarca tanto serviços de zeladoria urbana física – como a execução de obras e serviços de manutenção cotidiana e preventiva – quanto de zeladoria virtual, no que diz respeito a prestação de serviços de tecnologia da informação.

Todavia, conforme bem apontado pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, quando há justificativa técnica que comprove os benefícios da aglutinação de objetos em um mesmo contrato, a Administração pode se valer do agrupamento[12]. Como poderá ser observado adiante, o presente projeto se enquadra nesse entendimento, pois engloba soluções integradas de serviços urbanos, seja no âmbito físico seja no âmbito virtual, permitindo à Prefeitura de Alfenas a otimização na prestação dos serviços, sua modernização, bem como a economia aos cofres públicos.

Ademais, a possibilidade de participação de consórcios na futura licitação amplia significativamente a competição, na medida em que permite que empresas de setores diversos unam esforços para executar o objeto.

Essa é uma tendência geral no campo das concessões: reunir objetos que sejam afetos entre si, contar com a soma de expertises dos particulares e ganhar em eficiência na gestão de apenas um contrato que englobe um *pool* de serviços.

Por essa razão, considerada a existência de identidade entre as atividades de zeladoria pública (enquanto zeladoria urbana e virtual) e sendo o contrato de concessão um instrumento pautado pela lógica do gerenciamento dos níveis de eficiência dos serviços a serem prestados para a Administração Pública, sua delegação, reunindo diversos itens, é lícita. Nesse sentido, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES explica:

> "As discrepâncias marcantes entre as concessões e os demais contratos ordinários conduzem à rejeição da sua submissão àquela disciplina [Lei nº 8.666/93]. As concessões, pela

[12] Denúncia nº 986857. Relator Conselheiro Hamilton Coelho. Julgado em 14.08.2018.

> complexidade de seu objeto, por sua alta longevidade e pela lógica do controle de metas e resultados que lhe é peculiar, estão muito mais suscetíveis à necessidade de modificações e acomodações de seu objeto do que os demais contratos administrativos. Em razão disso, seria excessivo e artificial pretender emprestar aos contratos concessionários os limites rígidos e matemáticos concebidos para reger a contratação ordinária"[13].

Ou seja, o prazo, os investimentos e o tipo de objeto entregue ao particular – gerenciamento de serviços –, sob o racional dos complexos projetos de infraestrutura e prestação de serviços, diferenciam os contratos de concessão das contratações ordinárias. A fim de mitigar os possíveis riscos de cerceamento de competição, em razão do valor dos contratos, a Administração Pública pode permitir a participação de empresas em consórcio.

Ademais, a licitude da delegação de tais serviços, agrupados em um único objeto, decorre do fato de todos eles serem serviços de interesse local e que conversam entre si, cuja competência para organizar e prestar, diretamente ou sob o regime da concessão ou da permissão, é do município, nos termos tanto da Constituição da República (art. 30, inc. V), quanto da Lei Orgânica do Município de Alfenas (art. 10, inc. VI).

A Lei Orgânica Municipal disciplina a obrigatoriedade da realização de investimentos para formação e manutenção da infraestrutura local básica[14] e, nesse sentido, prevê que para a promoção da política econômica local seja utilizada tecnologia de uso intensivo[15].

O presente projeto busca soluções integradas de serviços urbanos, visando à manutenção e integração da urbe, para tanto não há como dissociar

[13] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 298.
[14] Art. 172. É de responsabilidade do Município, no campo de sua competência, a realização de investimentos para formar e manter a infra-estrutura básica capaz de atrair, apoiar ou incentivar o desenvolvimento de atividades produtivas, seja diretamente ou mediante delegação ao setor privado para este fim.
[15] Art. 171. Na promoção do desenvolvimento econômico, o Município agirá, sem prejuízo de outras iniciativas, no sentido de: III - utilizar tecnologia de uso intensivo de mão-de-obra.

a incorporação de inovações tecnológicas, haja vista a necessidade de conexão entre os serviços de zeladoria.

Antes de se entrar no objeto do chamamento público nº 02/2018, de maneira mais pormenorizada, convém ressalvar que essa integração de diversos serviços de natureza distintas (à primeira vista) em uma mesma concessão não é algo novo para o Poder Público. Exemplo disso é a concessão administrativa de revitalização, operação e manutenção da Área de Especial Interesse Urbanístico da Região do Porto do Rio de Janeiro[16], licitado pela concorrência pública nº 001/2010 pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro.

O Anexo 3 "*Elementos de projeto básico e diretrizes para as obras e intervenções requeridas na AIEU da Região Portuária do Rio de Janeiro*" prevê intervenções não apenas na parte de zeladoria pública da região, como também relacionadas à urbanismo, paisagismo, engenharia, sistema viário e infraestrutura urbana.

Na mesma linha, o Estado de São Paulo, através da concorrência internacional nº 001/2013[17] delegou os serviços de construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão de serviços não assistenciais em três complexos hospitalares no Estado de São Paulo, pela modalidade da concessão administrativa.

Como dito no tópico anterior, a decisão pela delegação de um objeto à iniciativa privada faz parte da competência discricionária da Administração Pública, sendo necessário que haja fundamentação para tanto. Sobre o tema FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO salienta que:

> "(...) o instituto da concessão pode ter distintos objetos. Em comum a todos eles há o fato de que tais objetos devem estar envolvidos dentro de objetivos de interesse geral. Esses objetivos são de variado matiz. Podem correspondem à oferta de uma utilidade demandada pela coletividade (como ocorre

[16] Disponível em: http://portomaravilha.com.br/contratos. Acessado em 15.02.2019.
[17] Disponível em: < http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/cidadao/homepage/ppp/ppp-hospitais-edital-001-2013.pdf>. Acessado em 15.02.2019.

> com as concessões de serviços públicos ou de serviços econômicos de interesse geral). Podem subjazer à implementação e à operação de uma infraestrutura pública (caso da concessão de obra). Podem estar na requalificação do tecido urbano ou na recuperação de áreas degradadas, hipóteses da concessão urbanística (e, nesse caso, a concessão depende do estabelecimento de um plano urbanístico). (...)
>
> Qualquer que seja o objeto, a decisão de outorgar uma concessão demanda prévia demonstração de sua conformidade com interesse gerais, ou seja, impõe que haja a indicação motivada dos objetivos públicos buscados pelo ato concessório"[18].

O conjunto normativo de Alfenas, analisado no presente, não traz uma definição de zeladoria. Destaca-se que não há ampla doutrina nem legislação que defina ou delimite quais serviços constituem o espectro desse bloco de serviços, entretanto, analisando-se as referências acadêmicas[19], bem como a legislação de outros municípios[20], percebe-se que os serviços arrolados no edital de chamamento guardam correlação entre si.

A maioria das atividades apresentadas como escopo da futura concessão tem um encadeamento lógico. Os serviços de manutenção de vias públicas e recuperação asfáltica tem como finalidade reconstruir e manter o viário urbano juntamente com as atividades de asseio, passeio, e implantação de ciclovias. Implementado esse conjunto de serviços, entram em cena os

---

[18] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum. 2016. pp. 161-162.

[19] "Entre as atividades sob a responsabilidade do poder público estão:
- Zeladoria Urbana: manutenção da iluminação pública, calçadas, buraco nas ruas, gestão de resíduos, mobiliário urbano, etc.
- Manutenção de Áreas Verdes: conservação, podas, irrigação. A manutenção da praça ficará a cargo da associação dos moradores por um período mínimo de 2 anos.
- Mobilidade Urbana: sinalização horizontal, vertical, semafórica, demarcação de vias, etc."
MACEDO, Elisa. P. *Conceito de densidade urbana aplicada ao processo AQUA de certificação ambiental*. Dissertação de Mestrado apresentada na FAU-USP. São Paulo, 2014, p. 80.

20 "Art. 2º Para fins deste decreto, considera-se: (...)
II - zeladoria urbana: conjunto de atividades e serviços executados pelo Poder Público Municipal e empresas por ele contratadas visando promover a limpeza, manutenção ou recuperação de áreas públicas, tais como varrição, limpeza de bueiros e calçadas, lavagem e varrição de calçadas e ruas, cata-bagulho, reformas, reparos e outras atividades da mesma natureza."
Prefeitura Municipal de São Paulo. Decreto nº 57.069, de 17 de junho de 2016. Disponível em: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-57069-de-17-de-junho-de-2016. Acesso em 10/01/2019.

serviços de recapeamento asfáltico, tapa buraco, pinturas de sarjetas e meio fio, corte de árvores, que se relacionam com a manutenção do viário urbano. Por sua vez, os serviços de controle de estacionamento rotativo envolvem a demarcação das vagas com sinalização vertical e horizontal e, por via de consequência, a sua operação.

Todos esses serviços serão conectados à zeladoria virtual, ou seja criação da gestão virtual do viário urbano, que consistirá na implantação de sistema informatizado com capacidade para inserção de multas de trânsito, digitalização e gerenciamento de documentos de arquivos do Executivo Municipal, fornecimento de conectividade IP dedicado e de link para comunicação virtual; monitoramento virtual de câmeras de CFTV com sistemas de análise e inteligência; fornecimento e concessão de licença de uso de software de customização para áreas de gestão de saúde pública municipal; desenvolvimento e disponibilização de software para apuração do valor adicional fiscal (VAF) municipal com gerenciamento eletrônico, tudo isso a partir do desenvolvimento e disponibilização de sistema integrado de softwares de gestão pública municipal, através de uma plataforma integradora que permita a criação de aplicativo de interação com os munícipes.

Por fim, com a finalidade de trazer modicidade aos custos contratuais, prevê-se também a instalação e manutenção de painéis de mídia para propaganda, que poderão ser utilizados como mecanismo de redução dos custos da prestação de serviços, pela possibilidade de aferição de receita proveniente de terceiros.

Além de todos esses serviços integrados, comporão o escopo do projeto a disponibilização de equipe para reformas ordinárias da Prefeitura, como também horas técnicas de serviços relacionados a projetos de engenharia de acordo com os serviços afetos à zeladoria pública.

Diante disso, recomenda-se à municipalidade que fixe e defina os termos de “zeladoria pública”, enquanto conceito que contemple zeladoria

urbana e virtual, haja vista o serviço ser de interesse local, bem como haver a necessidade da edição de lei que autorize e indique os termos dos serviços a serem concedidos, conforme disciplina a Lei federal n° 9.074/1995, art. 2°, como será melhor detalhado adiante, no item 4.1.

Dessa forma, justamente sob esse argumento aqui defendido, qual seja, de que a integração dos serviços de zeladoria física e virtual trazem resultados mais efetivos ao dia-a-dia da Administração Pública, entende-se que, por se tratar de um conjunto complexo de atividades que se associadas encontram interessados no mercado, contribuirão para a efetivação do princípio da eficiência e da economicidade no âmbito municipal.

Embora exista uma identidade de atividades que permita a inclusão de serviços de zeladoria urbana com serviços de zeladoria virtual pública, alguns serviços previstos no objeto do Chamamento Público nº 12/2018 não podem estar inseridos no escopo da futura concessão de serviços de zeladoria pública em razão de sua inviabilidade técnica ou jurídica. Por outro lado, outros serviços, apesar de mantidos no escopo do projeto de zeladoria pública, devem ser delineados de acordo com as normas jurídicas que o disciplinam. Por esse motivo, passa-se a esclarecer as peculiaridades inerentes à conformação dada para algumas atividades previstas no projeto de zeladoria pública do Município de Alfenas.

### 2.1.2. Os serviços de manutenção de poços

Nos termos do item 1.1 do Edital, o escopo do presente projeto abarca diversos serviços, dentre os quais o serviço de "manutenção de poços". Da forma ampla como descrito no Edital, os serviços poderiam se referir aos poços destinados ao abastecimento de água, a esgotamento ou a drenagem.

Segundo informações obtidas junto à Prefeitura, este serviço se refere à manutenção dos poços de captação de água subterrânea. Trata-se de

demanda que atende ao quanto definido por ocasião da elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico do município, no tocante à captação de água em determinados bairros rurais de Alfenas[21].

Ocorre que os poços destinados à captação de água subterrânea compõem os serviços de abastecimento de água municipal e, nessa medida, integram o saneamento básico municipal.

Nos termos da Lei municipal nº 4.813/2018, que dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico de Alfenas, considera-se saneamento básico o "conjunto de ações entendidas fundamentalmente como de saúde pública, **compreendendo o abastecimento de água** em quantidade suficiente para assegurar a higiene adequada e o conforto, e com qualidade compatível com os padrões de potabilidade; coleta, tratamento e disposição adequada dos Esgotos e da Limpeza Pública e Manejo dos Resíduos Sólidos, Drenagem e Manejo das Águas Pluviais" (art. 3º, inciso II) (grifou-se).

Enquanto serviço de saneamento básico, a manutenção de poços de captação de água subterrânea se sujeita a regulamentação própria. Em especial destaca-se o artigo 4º da Lei municipal nº 4.813/2018, segundo a qual é **vedada a concessão dos serviços de saneamento**[22], o que impede, por expressa disposição legal, seja o serviço em questão incorporado ao presente projeto de concessão administrativa.

[21] Os bairros rurais de Matão, Esteves, Vianas, Bárbaras, Coruja, Glória, Mandassaia, Serrinha, São Tomé, Paineiras, Ponte das Amoras, Harmonia e Baguari não possuem cobertura pelos serviços de abastecimento de água fornecidos pela empresa de saneamento (COPASA). Nesses bairros, a captação de água é feita por meio de poços artesianos, minas/nascentes e cisternas. O prognóstico realizado para fins de formulação do Plano Municipal de Saneamento Básico indicou, quanto ao abastecimento de água nessas áreas que: "constata-se a necessidade de universalizar a cobertura pelos serviços de abastecimento de água na área rural, e estabelecer procedimentos para atendimento da Portaria nº 2.914/11, em relação aos padrões de potabilidade da água, e providenciar a assistência necessária em relação ao tratamento da água captada nas unidades públicas, estabelecendo todas as rotinas necessárias de manutenção e sustentação do sistema" (item 8.1.10, do *Produto 3 - Prognósticos e Alternativas para a Universalização dos Serviços de Saneamento Básico. Objetivos e metas*. Disponível em http://www.alfenas.mg.gov.br/Home/PMSB).

[22] "Art. 4° Fica vedado o regime de concessão ou permissão dos serviços de saneamento básico, cabendo ao Município organizar e prestar diretamente os serviços ou por entidades da administração indireta."

Vale pontuar que as demais modalidades de poços, igualmente constituem serviço de saneamento, de modo que, ainda que se trate de manutenção de poços relacionados a esgotamento ou drenagem, a inclusão desse serviço no escopo do presente projeto incorre em vedação legal.

Afora a problemática da vedação legal, é preciso considerar que o serviço de manutenção de poços não possui relação com os demais serviços abrangidos pelo escopo do projeto, os quais são voltados a serviços de zeladoria pública.

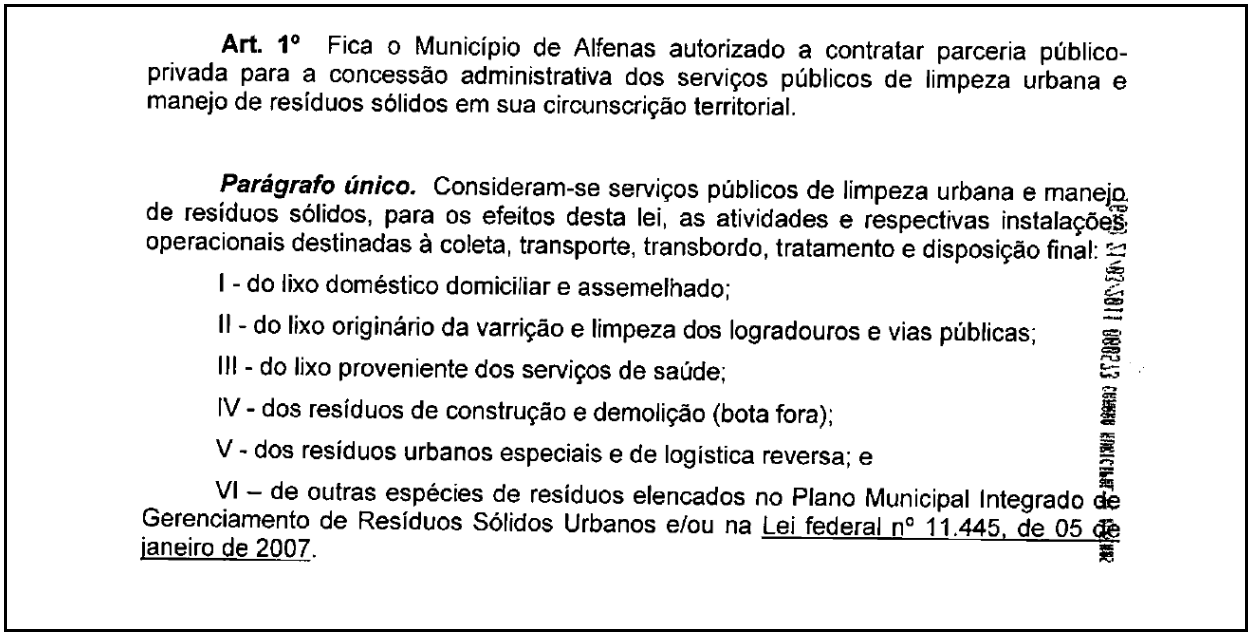
A incorporação de serviço de natureza consideravelmente diversa no projeto leva a uma perda dos ganhos de eficiência esperado de uma parceria público-privada. Ademais, pode implicar incremento no custo da contratação, mormente ao se considerar a precificação, pelo parceiro privado, dos riscos (especialmente de natureza ambientais) que podem advir se mantido o serviço de manutenção de poços no escopo do projeto.

Deste modo, a previsão de serviço de "manutenção de poços" no Edital de PMI possui não apenas desvantagens práticas, mas, principalmente, um impedimento legal a que seja incorporado no projeto de concessão administrativa pretendido, de sorte que não integra o planejamento detalhado pelos estudos ora apresentados.

### 2.1.3. O SERVIÇO DE VARRIÇÃO DE GUIAS E LOGRADOUROS

Afora a inviabilidade de se manter os serviços relacionados aos poços no conjunto de atividades objeto de uma futura concessão administrativa de zeladoria pública, deve-se destacar também a impossibilidade de vincular os serviços de varrição de guias e logradouros no escopo da futura PPP. Isso porque tais atividades estão submetidas a uma outra parceria pública privada existente no âmbito da Prefeitura do Município de Alfenas.

A lei municipal nº 4621/2011 que autoriza a contratação de parceria público-privada para a execução dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos inclui no âmbito dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos a coleta, transporte, transbordo, tratamento e disposição final de lixo originário da varrição e limpeza dos logradouros e vias públicas:



**Art. 1º** Fica o Município de Alfenas autorizado a contratar parceria público-privada para a concessão administrativa dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos em sua circunscrição territorial.

***Parágrafo único.*** Consideram-se serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, para os efeitos desta lei, as atividades e respectivas instalações operacionais destinadas à coleta, transporte, transbordo, tratamento e disposição final:

I - do lixo doméstico domiciliar e assemelhado;

II - do lixo originário da varrição e limpeza dos logradouros e vias públicas;

III - do lixo proveniente dos serviços de saúde;

IV - dos resíduos de construção e demolição (bota fora);

V - dos resíduos urbanos especiais e de logística reversa; e

VI – de outras espécies de resíduos elencados no Plano Municipal Integrado de Gerenciamento de Resíduos Sólidos Urbanos e/ou na Lei federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

Nesse sentido, também o contrato de concessão administrativa nº 01/2012, oriundo da concorrência pública nº 003/2011, processo administrativo nº 366/2011, que tem como escopo a prestação dos serviços de tratamento de resíduos sólidos, limpeza urbana e atividades correlatas, detém dentre outras atividades, a varrição manual de vias e logradouros públicos em seu escopo:

**CLÁUSULA 3 - DO OBJETO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA**

3.1. O objeto do presente Contrato é a **concessão administrativa** dos serviços de tratamento, manejo e destinação final de resíduos sólidos e limpeza urbana, nos termos especificados no Edital, neste Instrumento e em seus anexos, compreendendo:

3.1.1 - Manutenção, ampliação e operação do aterro sanitário;
3.1.2 - Implantação, manutenção, operação e monitoramento de sistema de queima controlada do biogás gerada pelo aterro sanitário;
3.1.3 - Implantação, manutenção e operação de unidade de tratamento de resíduos de serviços de saúde;
3.1.4 - Coleta manual e conteineirizada de resíduos sólidos domiciliares;
3.1.5 - Coleta seletiva mecanizada de resíduos recicláveis;
3.1.6 - Coleta de resíduos de serviços de saúde;
3.1.7 - Varrição manual de vias e logradouros públicos;
3.1.8 - Fornecimento de conteineres de PEAD – 240 litros;
3.1.9 - Fornecimento de equipes especiais para serviços diversos;
3.1.10 - Fornecimento de equipe para campanha de educação ambiental.

**3.2.** É indissociável da prestação dos serviços concedidos, a obrigação de atendimento às metas de universalização, qualidade e modernização previstas em lei e neste Contrato.

Portanto, inviável a manutenção dos serviços de varrição no escopo do presente projeto, razão pela qual eles não serão considerados para fins técnicos e financeiros.

### 2.1.4. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS

O chamamento público nº 12/2018 do Município de Alfenas, ao detalhar os objetivos da concessão de zeladoria pública indica o item 1.1.1. alínea "C" que compõe o escopo do projeto o fornecimento de "todas as ferramentas e equipamentos para funcionamento da máquina pública que são de uso contínuo e, portanto, com necessidade de contratos sólidos e de longo

prazo, evitando os riscos de certames em pequeno espaço de tempo. Incluem os sistemas de informática, impressoras, computadores, alarmes, câmeras de segurança, área azul, serviços de barracas, som telefonia, entre outros. Os projetos básicos destes serviços e equipamentos estão descritos no Anexo D".

Por sua vez, o Anexo D traz uma lista de itens com seus subsequentes objetivos que delineiam os serviços de zeladoria virtual. Como visto anteriormente, esses serviços compreendem em sua maioria, o desenvolvimento e a implementação de softwares responsáveis por operacionalizar o dia a dia da Administração Pública, ou seja, as vias e logradouros virtuais da Prefeitura de Alfenas.

Contudo, dentre os itens do Anexo D, encontram-se objetivos voltados ao fornecimento de equipamentos que não se relacionam à atividade fim da zeladoria pública virtual. São eles: (i) manutenção de impressoras, eletroeletrônicos, alarmes, telefonia, equipamentos médicos e odontológicos com fornecimento de peças e serviço por hora técnica e fornecimento de toners; (ii) locação de copiadoras, impressoras, computadores; (iii) locação de sonorização, iluminação, geradores, com fornecimento de material, combustível, mão-de-obra, transportes, montagem e desmontagem de equipamentos; (iv) locação de placas de fechamento e gradis, arquibancadas, piso elevado com cobertura, piso moldado, tendas, banheiros químicos comuns e PNE com fornecimento de mão-de-obra, montagem e desmontagem, material, transportes e equipamentos apropriados.

Esclarece-se que, ainda que alguns desses equipamentos sejam conectados à rede mundial de computadores, ou que envolvem alguma tecnologia, sua natureza é eletrônica e não virtual. Tampouco tais equipamentos estão relacionados a atividades-fim de tecnologia da informação.

Por assim ser, entende-se que a inclusão o item "fornecimento de equipamentos eletrônicos" não encontra identidade com o objeto do projeto de

zeladoria pública do Município de Alfenas, motivo que torna inviável a sua manutenção no projeto.

### 2.1.5. O CORTE DE ÁRVORES

Dentre os serviços elencados pelo edital, cuja prestação deveria orientar à elaboração do presente estudo, encontra-se o serviço de "*corte de árvores*".

Tal serviço é regulamentado pela Lei municipal nº 4.059, de 08 de setembro de 2008, que "*dispõe sobre o plantio, o replantio, a poda, a substituição, a supressão e o uso adequado e planejado da arborização urbana e dá outras providências*".

Nos termos da referida legislação[23], tem-se que os serviços como corte e poda (a Lei municipal nº 4.059/08 refere-se às duas atividades), devem ser solicitados à Prefeitura Municipal de Alfenas, pelo proprietário do imóvel, ou por seu representante legal, por meio do setor de protocolo, comprovando a propriedade através do título, no primeiro caso, e a representação mediante instrumento de procuração, na segunda hipótese.

Além disso, o § 3º do art. 8º[24] refere-se à necessidade de justificar o indeferimento dos pedidos de poda ou corte de árvores. Ademais, o

[23] Art. 9º A supressão e o transplante de árvores ou intervenção em raízes em logradouros públicos não poderão ser realizados diretamente pelo solicitante, ficando este passível de autuação a ser definida pelo agente fiscal do Órgão Municipal de Meio Ambiente. (...)
Parágrafo único. Quaisquer intervenções, trais como: corte, poda, supressão, transplante e laudos técnicos deverão ser solicitados junto ao setor de protocolo da Prefeitura pelo proprietário do imóvel que deverá comprovar o título de propriedade ou através de seu representante legal munido de procuração.
[24] Art. 8º A poda de árvores em logradouros públicos só será permitida nas seguintes condições: (...)
§ 3º Os pedidos de poda ou corte de árvores indeferidos e devidamente justificados não poderão ser realizados diretamente pelo solicitante, ficando este passível de autuação a ser definida pelo agente fiscal do Órgão Municipal de Meio Ambiente.

parágrafo único do art. 9º, e o caput do art. 10[25] fazem menção à necessidade de laudos técnicos para viabilizar os serviços de poda e corte de árvores.

Por derradeiro, tem-se que o art. 7º[26] estabelece que os serviços de podas e cortes serão executados em até 20 (vinte) dias, contados da data em que o pedido foi protocolado.

Verifica-se, portanto, que o serviço de corte e/ou poda de árvores será uma das atribuições da futura concessionária.

A prestação de tal serviço, contudo, estará restrita aos limites estabelecidos pela Lei municipal nº 4.059/08. Ou seja, o parceiro privado se limitará, tão somente, a executar as atividades de corte e/ou poda, no prazo estabelecido em Lei, que é de 20 dias a contar do protocolo da solicitação na Prefeitura.

Desse modo, as demais tarefas atinentes à realização desses serviços, quais sejam, a recepção dos protocolos dos munícipes, requerendo a realização de corte e/ou poda, bem como a elaboração de laudos técnicos, que devem embasar o indeferimento ou não do pedido de corte e/ou poda, continuarão sendo atribuição da Prefeitura do Município de Alfenas, e do "*Órgão Executivo Municipal de Meio Ambiente*" (art. 2º).

Após o recebimento do protocolo, e da elaboração do laudo técnico que resulte no deferimento da solicitação de corte e/ou poda, a Prefeitura deve encaminhar as informações necessárias para que a futura concessionária execute o serviço, dentro do prazo supracitado.

[25] Art. 10. O corte de árvores somente será autorizado mediante laudo técnico, emitido pelo Órgão Executivo Municipal de Meio Ambiente nas seguintes circunstâncias: (...)
[26] Art. 7º Os serviços de vistorias técnicas, podas, cortes de árvores e outros serão executados no prazo máximo de 20 (vinte) dias, contados a partir da data do protocolo do pedido.

### 2.1.6. O ESTACIONAMENTO ROTATIVO

Nos termos da Lei municipal nº 4.542/14, a instituição do sistema de estacionamento rotativo compete ao Município de Alfenas.

Sobre este serviço, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA afirma tratar-se de oferecimento de utilidade pública, que se dá a partir da exploração do bem público:

> Em segundo lugar, não está o Estado delimitando comportamentos, com o que estaria no exercício do poder de polícia. É que este se destina a conformar condutas particulares em benefício do pleno desenvolvimento da sociedade. No caso em análise, disso não se cuida. Como o Estado é o titular do domínio das vias públicas (no caso do Município), pode explorar seus próprios bens, em seu benefício. Daí fixa caso de ocupação de bem público ou de seu uso, em prol de particulares, que irão pagar o preço adequado e previamente fixado pelo ente público.
>
> Não se pode falar em poder de polícia, porque não está restringindo o direito de propriedade, nem a liberdade dos indivíduos. Simplesmente, explora seu próprio bem, possibilitando que os indivíduos, durante certo tempo, usem-no, em seu prol, mediante o pagamento de um preço. O exercício do poder de polícia estará na fiscalização de trânsito, que é da competência do Município (inciso V do art. 30 da CF), e não no liso do espaço físico de estacionamento.[27]

Juntamente com os serviços de zeladoria urbana, compõe o escopo do presente projeto a delegação dos serviços de estacionamento público, que conta hoje com 130 (cento e trinta) vagas e terá previsão de ampliação para 300 (trezentas) vagas.

[27]OLIVERIA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 357-358.

### 2.1.7. Os serviços de zeladoria virtual

O Sistema Integrador será uma plataforma voltada para integrar diversos sistemas e serviços de utilidade pública de forma unificada, facilitando e agilizando a troca e acesso à informação tanto para gestores destes serviço e sistemas quanto para seus usuários.

Para utilização pelo usuário final, serviços conectados ao sistema integrador devem ser disponibilizados em aplicativos para dispositivos móveis. Os mesmos serviços devem estar disponíveis via Web, em página desenvolvida para tal fim, sem necessidade de instalação nos dispositivos dos usuários.

O Sistema Integrador envolve a gestão de perfis de usuários, bem como de o gerenciamento eletrônico de documentos. Além disso, o Sistema Integrador trará para uma mesma plataforma (i) software de Gestão Municipal Integrada; (ii) câmeras e OCR; (iii) processamento de multas; (iv) software Valor Adicional Fiscal; e (v) estacionamento rotativo.

### 2.1.8. A zeladoria urbana para reformas gerais e elaboração de projetos civis

Por fim, as últimas duas atividades que compõem o projeto de zeladoria pública do Município de Alfenas são as reformas gerais relacionadas aos serviços de zeladoria em imóveis públicos municipais e a disponibilização de projetos civis para revitalização, manutenção e recuperação em próprios públicos, com exceção de bens tombados.

Tais serviços relacionam-se entre si, sendo os projetos, na maioria das vezes, pressupostos para consecução das manutenções e reformas de zeladoria urbana.

Para fins de projeções econômico-financeiras, a contraprestação pública será composta pela disponibilidade de uma equipe de reforma e manutenção mensal, e, para as atividades de desenvolvimento de projetos, prevê-se a remuneração sob demanda do Poder Concedente, limitada a 20 (vinte) horas mensais.

# PARTE II – O ARRANJO JURÍDICO INSTITUCIONAL PARA O PROJETO DE ZELADORIA PÚBLICA

## 3. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS MODALIDADES DE CONCESSÃO

Antes de adentrar na definição da modelagem jurídica do projeto, cabe apresentar brevemente as modalidades de concessão previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei federal nº 8.987/95 institui o regime de concessão e permissão de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição da República. Em síntese, a concessão comum, precedida ou não da execução de obras, consiste na delegação da prestação dos serviços públicos, mediante licitação na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Tal como ocorre com a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei federal nº 8.666/93), a Lei de Concessões (Lei federal nº 8.987/95) trouxe cláusulas exorbitantes a favor da Administração Pública, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e exigiu que a concessão seja precedida de licitação. Nada obstante, a legislação não atribuiu prazo legal ao contrato (mínimo ou máximo); também não há a indicação de valores contratuais mínimos, ou restrição de objeto (basta haver delegação de serviço público).

Ponto central no modelo jurídico da concessão comum consiste na remuneração da concessionária por meio de tarifas, desonerando o Poder Concedente de pagar contraprestações pelos serviços prestados. Ou seja, "a estruturação do sistema tarifário – como um elemento-chave da concessão – exige a individualização da prestação, viabilizando o pagamento de tarifas pelos usuários do serviço"[28].

Nessa sistemática, a concessão comum - utilizada no passado exclusivamente para a prestação de serviços públicos fruíveis individualmente

[28] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

pelos administrados, cuja individualização permite a cobrança de tarifas diretamente dos usuários - passa a ser admitida para a prestação dos serviços de prestação genérica e difusa. Essa possibilidade se concretiza desde que "se possa razoavelmente identificar (ainda que por meio de presunções legítimas) um critério de vinculação entre esses serviços e um usuário" [29]. É o que ocorre, por exemplo, nas concessões dos serviços de esgotamento sanitário, quando o volume de esgoto coletado é estimado com base no consumo de água médio, ou de limpeza urbana, nas quais a tarifa é definida a partir de critérios de presunção de fruição.

Os projetos de concessão comum devem ser autossustentáveis pela tarifa cobrada dos usuários do serviço, prescindida qualquer contraprestação pública. Justamente por isso, apenas são suscetíveis a este regime de concessão os serviços públicos tarifáveis, ou seja, sobre os quais pode ser instituído um preço.

Em vista dessa restrição do modelo de concessão comum, a Lei federal nº 11.079/04 trouxe outros dois modelos de contratos de concessão, genericamente chamados de "contratos de parceria público-privada" (PPP). Ao criar estas duas modelagens, a Lei federal nº 11.079/04 apresentou novas alternativas para a Administração Pública, para os casos em que se faz necessário prever no contrato de concessão a contraprestação pública adicional ou alternativamente à tarifa. Nos contratos de PPP, diferentemente dos contratos de concessão comum – nos quais o projeto é autossustentável pela tarifa arrecadada pela concessionária e, em certas situações, receitas complementares – a Administração Pública realiza o pagamento de uma contraprestação pública, que garante a viabilidade do negócio, caracterizando-se assim a parceria público-privada.

[29] PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas. In GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

Como dito, a Lei criou duas modalidades de contratos de PPP: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A concessão patrocinada assemelha-se mais à concessão comum, diferenciando-se desta pela existência de uma contraprestação pecuniária do Estado adicionalmente à cobrança da tarifa, que subsidia a prestação dos serviços.

O surgimento da concessão patrocinada teve por finalidade permitir que projetos deficitários de concessão, cuja receita tarifária não se revela suficiente para assegurar a viabilidade econômica da delegação, se tornassem factíveis e rentáveis a partir da integração de contraprestação pública. Por isso, na configuração de um determinado projeto de concessão, caso seja necessária a integração de subsídios públicos, o ajuste será preferencialmente modelado como concessão patrocinada, com obediência à legislação de PPP, que contém uma série de regras destinadas precisamente a controlar esses desembolsos financeiros da Administração Pública.

Já a concessão administrativa surge para modelos em que a Administração Pública figure como a usuária direta ou indireta, e, por isso, não há a cobrança de tarifa do usuário. As notas caraterísticas da concessão administrativa estão concentradas em dois elementos: (i) o objeto dessa espécie contratual e (ii) a forma de remuneração da concessionária.

Quanto ao objeto, a concessão administrativa, abrange dois tipos de concessão: (i) a concessão administrativa de serviços públicos, na qual há a delegação de um serviço público à concessionária e a prestação direta ao cidadão, sendo a Administração usuária indireta e responsável pela remuneração do parceiro privado, e (ii) a concessão administrativa de serviços ao Estado. Nesta segunda hipótese não ocorre delegação de serviço público, mas a prestação de serviços em que a Administração é usuária direta e recebe ela mesma os serviços de que necessita.

Quanto à remuneração, as concessões administrativas se diferem das concessões comuns e mesmo das concessões patrocinadas por não envolverem receita tarifária. Em tal modalidade, toda a remuneração da concessionária advém de contraprestações públicas (e, eventualmente, de receitas assessórias).

Há, portanto, claras distinções entre os modelos de delegação vigentes no ordenamento jurídico, cabendo a definição da modelagem a ser adotada a partir dos elementos do projeto.

No que tange à comparação entre a contratação dos serviços atinentes à zeladoria pública sob a forma de parcerias público-privadas e a contratação desses serviços de forma parcelada com base na Lei federal nº 8.666/93, a primeira opção possui diversas vantagens.

Uma delas reside no prazo máximo de vigência dos referidos ajustes. Segundo o art. 57, II, da Lei federal nº 8.666/93, os contratos de serviços por ela regidos, terão prazo de vigência adstrito aos respectivos créditos orçamentários, ou seja, de no máximo 12 (doze) meses, sendo o prazo máximo de vigência 5 (cinco) anos. Em contrapartida, os contratos de parcerias público-privadas preveem prazo mínimo de 5 (cinco) anos e prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos, o que se coaduna com a necessidade de o concessionário sempre implementar seus maiores esforços para implementar avanços tecnológicos à prestação dos serviços.

Vale destacar que o prazo ordinário da prestação de serviços previsto na Lei federal nº 8.666/93 não envolve à inovação tecnológica no curso da execução contratual ou, então, o ganho de eficiência, pois não é comum nesse tipo de contratação a definição de parâmetros de desempenhos voltados à concretização de vias mais econômicas e eficientes. Por sua vez, o modelo contratual das parcerias público privadas permite prazos alongados justamente em razão da relação entre investimentos privados, performance na

prestação dos serviços e atualização tecnológica, o que é inviabilizado em contrato ordinários.

Além disso, o objeto a ser concedido, por meio de procedimento licitatório, enquadra-se perfeitamente na modelagem dos contratos de concessão estabelecida pela Lei federal n° 11.079/2004, conforme se verá adiante, vez que não trata apenas da execução de obra pública, como seriam os contratos ordinários regidos pela Lei federal n° 8.666/93, mas de um projeto para soluções integradas de serviços urbanos e virtuais.

Nos contratos de concessão, como o que será celebrado após a licitação, a execução de obras e o fornecimento de bens servem como prestações-meio para que a concessionária possa gerenciar os serviços de zeladoria pública de maneira célere, eficaz e atualizada.

Outra grande desvantagem dos contratos firmados sob a Lei federal nº 8.666/93 se refere à impossibilidade de que o contrato contemple um objeto complexo, que unifique duas ou mais soluções de naturezas distintas – a exemplo de contratos nos quais a iniciativa privada se responsabilize tanto pela execução de uma obra, quanto pela operação desta estrutura.

O panorama é diametralmente oposto nos contratos de PPP. É da natureza desse tipo de ajuste que seu objeto compatibilize a prestação de um serviço (elemento obrigatório nessa situação) com a construção de obras e o fornecimento de bens.

Note-se que essa elasticidade do objeto do contrato de PPP vai ao encontro do projeto proposto pelo **Consórcio Mais Alfenas**, o qual contempla **a realização de obras e serviços de zeladoria pública**.

Cumpre registrar que ao contrário do que ocorre nos contratos tradicionais da Lei federal nº 8.666/93 – os quais exigem pagamento integral e a vista ao término de cada uma das etapas do escopo –, o pagamento de contrapartidas públicas em contratos de PPP é diferido no tempo.

Em contratos de PPP, o particular fica responsável por realizar os investimentos necessários para implantar o projeto, os quais serão amortizados durante o prazo de vigência do contrato, mediante o pagamento das contraprestações públicas. Isso é, os recursos financeiros necessários aos investimentos (CAPEX) não saem imediatamente dos cofres públicos, mas do patrimônio da concessionária. Ao final, a parcela de bens adquiridos e da infraestrutura afeta a prestação dos serviços ser revertida ao Poder Público.

Por conta dessa característica, um contrato de PPP acaba servindo como forma de "financiamento de ativos a longo prazo" para o parceiro público, que se desonera de realizar o aporte necessário para implantação do projeto.

Além disso, ao fazer uso de uma PPP, o poder público atrai para o projeto toda a expertise da iniciativa privada. Quem o explica é o SAMY DANA

> "Com a PPP, por outro lado, o poder público tem a possibilidade de compartilhar os riscos de um grande projeto com o parceiro do setor privado. Além disso, há a vantagem do projeto e a implantação serem desenvolvidos por gestores especializados, com uso de tecnologia mais avançada e, consequentemente, prestação de serviço mais eficiente. O investimento feito ao longo do tempo é amortizado com infraestrutura – o que representa menor desembolso por parte dos governos no curto prazo. De um modo geral, o custo é menor, os resultados tendem a ser melhores e a surgirem com mais rapidez do que se estivessem somente sob a responsabilidade dos municípios"[30].

Outro benefício das PPPs consiste no sistema de remuneração por desempenho previsto pela Lei federal nº 11.079/2004 (art. 6º, § 1º. Tal sistema tende a incentivar as empresas proponentes a empregarem a técnica mais

[30] DANA, Samy. Projetos de Modernização de Iluminação Pública por PPPs: redução de custos para os municípios, eficiência para a sociedade e motor para a economia. *FGV Energia*. Caderno Opinião. Dezembro/2016. Disponível em http://www.fgv.br/fgvenergia/coluna_opiniao_dezembro_samy_dana/files/assets/common/downloads/Coluna%20Opiniao%20Dezembro%20Samy%20Dana.pdf Acesso em 16.12.2018.

adequada possível no desenvolvimento do projeto, o que reforça a eficiência das soluções estruturadas a partir de projetos da PPP.

Por fim, cumpre lembrar que ao contrário do que ocorre com os contratos regidos pela Lei federal nº 8.666/93, nas PPPs a repartição dos riscos é feita, prioritariamente, pelo ajuste entre as partes, como determina o art. 5°, inc. III, da Lei federal n° 11.079/2004. Esse aspecto, que tem relação umbilical com a equação econômico-financeira contratual tem como finalidade reduzir custos do projeto, bem como alocar para a parte que tem maior capacidade de gerência do risco, responsabilizar-se caso ele se concretize.

É dizer, além da expertise, eficiência, atualização tecnológica e gestão do serviço, um ponto que merece amplo destaque é o fato de que a distribuição adequada de riscos em um contrato de concessão traz economia aos cofres públicos.

Precisamente em vista das vantagens que oferece, comparativamente às contratações tradicionais regidas pela Lei federal nº 8.666/93, esse tipo de modelagem (PPPs) vem ganhando espaço no contexto geopolítico nacional e internacional.

Os bancos de desenvolvimento, como o BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL (BNDES), o BANCO MUNDIAL e o BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID) têm incentivado projetos de PPP, atuando diretamente nas etapas de estruturação, financiamento e desenvolvimento. O BNDES, por exemplo, tem financiado e elaborado estudos econômicos, técnicos e jurídicos para a viabilidade de PPPs. Destaca-se, a exemplo, o estudo *Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*, realizado conjuntamente com o IFC – INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION[31].

[31]BNDES. *Estruturação de Concessões e PPPs*. 2016. Disponível em <http://www.abde.org.br/uploads/1705201612045671Henrique%20Amarante%20-%20BNDES.pdf>

Dada a importância da evolução destas parcerias para o aprimoramento da infraestrutura, o BANCO MUNDIAL compila guias e dados anuais sobre o panorama das parcerias público-privadas em âmbito mundial.

Ainda no cenário internacional, o BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID) também vem se preocupando com a formação técnica para estruturação destes projetos. Além de fornecer inúmeras publicações e estudos, inclusive com a formulação de curso voltado ao planejamento, projeto e implementação de PPP[32], o BID tornou-se relevante financiador de PPPs na América Latina (entre 2006 e 2015, aprovou 145 operações de PPP no valor de US$ 5,8 bilhões de dólares).

Nessa toada, a política nacional também vem dando destaque às parcerias entre Poder Público e iniciativa privada. A exemplo cita-se a recente edição da Lei federal nº 13.529/2017, pela qual foi criado um "*fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas*" para o desenvolvimento de projetos em âmbito nacional, estadual e municipal. Por meio da normativa, autoriza-se a União a participar de fundo que tenha por finalidade exclusiva financiar serviços técnicos profissionais especializados, com vistas a apoiar a estruturação e o desenvolvimento de projetos de concessão e PPPs da União, dos estados, do Distrito Federal e municípios.

Essa mesma Lei federal nº 13.529/2017 trouxe outra importante inovação: alterou o valor piso para realização desse tipo de concessão de R$ 20 milhões para R$ 10 milhões, aspecto de grande relevância para o âmbito municipal. Ademais, permitiu a inclusão de projetos resultantes de parcerias público-privadas no rol de beneficiários do *fundo garantidor para cobertura de riscos* criado pela Lei federal nº 12.712/2012.

[32] Disponível em: https://www.iadb.org/pt/noticias/anuncios/2017-06-13/bid-lanca-primeira-edicao-do-curso-sobre-ppps%2C11820.html. Acessado em 15.02.2019.

O tema também possui grande relevância junto aos órgãos de controle. Verifica-se, nesse sentido, que o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO elaborou e disponibilizou em sua página eletrônica um "Manual Básico de Contratos de Parcerias Público-Privadas"[33].

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ já denotou interesse pelo tema, ao noticiar que estruturaria um núcleo especializado na análise de contrato de PPP, com o objetivo de fiscalizar, de maneira mais rigorosa, esse tipo de ajuste.[34]

No que tange ao Estado de Minas Gerais, o TRIBUNAL DE CONTAS editou a **Instrução Normativa nº 06, de29/06/2011**, modificada pela **Instrução Normativa nº01/2014** que têm por objeto o delineamento de procedimentos relativos à contratação de empreendimentos de parcerias público-privadas a serem fiscalizados pela Corte de Contas Mineira sobre as Administrações Públicas estadual e municipais.

Note-se, portanto, que o modelo ora proposto é uma tendência, e está sob constante estudo e desenvolvimento por parte de órgãos de controle e agentes financiadores, o que denota a sua eficácia. Daí porque deve ser considerado para fins de viabilizar as desestatizações pretendidas pelo município.

Em vista do quanto acima exposto, destaca-se desde já que o projeto ora proposto vai ao encontro das necessidades do Município de Alfenas, uma vez que propicia soluções eficientes, econômicas e integradas tanto do ponto de vista técnico quanto financeiro, bem como visa ao bem-estar da população a partir dos serviços de zeladoria.

[33] Fonte: https://goo.gl/LtKkpH

[34] Fonte: < http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-tera-nucleo-especializado-na-fiscalizacao-de-ppps-no-parana/4100/N> acesso em 30.12.2018.

### 3.1. OPÇÃO PELA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Como visto, a concessão administrativa tem a Administração Pública como usuária direta dos serviços prestado no âmbito do contrato e não envolve a cobrança de tarifa do usuário. A eleição da modalidade mais adequada ao presente projeto se fundamenta tanto pelo fato de a Administração Pública ser a usuária direta dos serviços de zeladoria pública como no aspecto da remuneração do serviço.

Isso porque, os serviços de zeladoria pública são de natureza indivisível (*uti universi*), de modo que não é possível a instituição de tarifa a ser paga pelo usuário – o que afasta, por conseguinte, a possibilidade de estruturação do projeto por meio de concessão patrocinada.

Sob o ponto de vista fático, é relativamente simples perceber que não há como medir quanto cada um dos munícipes de Alfenas utiliza os serviços de zeladoria pública. Eles são prestados em caráter geral e contínuo, ou seja, configuram serviços que devem ser remunerados pela disponibilização e não pelo uso individual.

Embora os serviços delineados no chamamento públicos nº 12/2018 possam ser prestados por diversos contratos ordinários regidos pela Lei federal nº 8666/93, sua sinergia permite que, uma vez incluídos em um mesmo objeto através de um instrumento de longo prazo, a integração entre tais atividades seja otimizada a partir de ganhos de eficiência permitindo, também, que o escopo não se desatualize, posto que cabe ao concessionário implementar objetivamente as inovações tecnológicas com base nos indicadores de desempenho do contrato.

Sem contar a redução de custos pela desnecessidade de se licitar tais serviços a cada 5 (cinco) anos, como também a redução dos riscos de administrações futuras relegarem os serviços de zeladoria a segundo plano por falta de recursos públicos.

Resta, portanto, justificada não apenas a realização de uma PPP para a delegação dos serviços de zeladoria pública do Município de Alfenas, como também o enquadramento do caso concreto à hipótese de formalização de uma *concessão administrativa*.

## 3.2. O BLOCO DE LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO PROGRAMA DE PPP

### 3.2.1. LEGISLAÇÃO FEDERAL

O contrato de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa para a execução dos serviços objeto do contrato, está submetido às normas gerais estabelecidas na Lei n° 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), e, subsidiariamente, à Lei n° 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), à Lei n° 9.074/1995 e à Lei n° 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos).

Além destas, merecem destaque as Leis federais n° 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), n° 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), n° 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e a Lei Complementar n° 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

### 3.2.2. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

No âmbito municipal, destaca-se a aplicação da Lei Orgânica do Município de Alfenas, da Lei Complementar n° 26/2017, que cria o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas e a Lei Orçamentária do município para o exercício de 2019.

## 4. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A zeladoria pública constitui serviço de interesse precipuamente local, do que decorre a sua titularidade municipal, nos termos do artigo 30, inciso V da Constituição da República. Precisamente por ser o titular do serviço incumbe ao município prestá-lo, direta ou indiretamente, neste caso, sob regime de concessão ou permissão, consoante estabelece o artigo 175 da Constituição.

Todavia, há outras razões de fato e de direito que fundamentam os estudos e projetos que ora se propõe ao Município de Alfenas. Estruturar um bom projeto de zeladoria pública implica garantir maior eficiência à execução encadeada de uma série de serviços, proporcionando aos munícipes uma efetiva ocupação da cidade, além de proporcionar-lhes condições de usufruir os espaços públicos de forma adequada.

De outro lado, não se pode perder de vista que o art. 182 da Constituição da República classifica como "dever do Poder Público Municipal" a promoção e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes.

Portanto, cabe aos municípios elaborar e executar políticas públicas que promovam o desenvolvimento harmônico da cidade. E, nesse contexto, os projetos de zeladoria pública constituem-se como instrumento essencial e que, nos termos concebidos pelo presente projeto, permitem a participação dos usuários, em concretização à ideia de administração dialógica.

Ademais, ao se avaliar a legislação federal, pode-se afirmar que os projetos e estudos ora apresentados encontram amparo no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 8.987/95. Isso porque permitem que os serviços de zeladoria pública do Município de Alfenas sejam prestados de maneira adequada, satisfazendo "*as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia*" impostas pela ordem jurídica.

Portanto, também a legislação federal converge para confirmar a legitimidade do presente projeto.

Passando à esfera municipal, a Lei Orgânica do Município de Alfenas estabeleceu que o município detém competência para oferecer "*equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais*" (art. 182, inc. V).

Note-se que o objeto dos estudos ora apresentados se enquadra perfeitamente na hipótese acima, uma vez que estruturam projeto de delegação da prestação do serviço de zeladoria, atinente à área de desenvolvimento viário integrado à tecnologia da informação voltado à gestão democrática municipal.

Por todo o exposto, resta comprovado que o projeto estruturado e ora apresentado ao Município de Alfenas possui amparo no ordenamento jurídico, fundando-se em dispositivos de natureza constitucional, bem como em outros presentes na legislação federal e municipal.

Sendo assim, cumpre avaliar, sob o prisma jurídico, aspectos mais específicos do referido projeto.

### 4.1. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

A Lei federal n° 9.074/95, ao disciplinar a outorga das concessões e permissões de serviços públicos, estabelece expressamente a autorização legislativa como requisito necessário para que a Administração Pública preste indiretamente os serviços públicos. Assim, consta no art. 2° da norma:

> Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, **sem lei que lhes autorize e fixe os termos**, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos

> na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n° 8.987, de 1995.

Esta determinação tem amparo no art. 175 da Constituição da República, o qual estabelece que:

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

O entendimento corrente a respeito do art. 175 é o de que ele determina a obrigatoriedade de prévia autorização legislativa para a delegação da prestação dos serviços públicos.

Apesar de ser majoritário, esse entendimento encontra posicionamento contrário, por exemplo, na doutrina de FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES. Na percepção do autor, a locução "*na forma da lei*" significaria uma exigência de conformidade da prestação do serviço público aos termos da lei, sendo prestado direta ou indiretamente.

Para o autor, o dispositivo teria o sentido, quando muito, de impor a necessidade de regulamentação legal da prestação dos serviços públicos, o que teria ocorrido com a edição da Lei federal n° 8.987/95. Assim, seria excessiva a exigência de autorização legislativa para que sejam delegados os serviços públicos. Por consequência, o autor entende inconstitucional o disposto na Lei federal n° 9.074/95.[35]

No presente caso, a Lei Orgânica Municipal traz a mesma redação da Carta Magna. Veja-se:

> Art. 129. Incumbe ao Poder Público Municipal, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

[35] VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Concessão de Serviço Público*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267-269.

> § 1º. Serão nulas de pleno direito as concessões e as permissões para exploração de serviços públicos feitas em desacordo com o estabelecido neste artigo.
>
> § 2º. Os serviços concedidos ou permitidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e à fiscalização da Administração Municipal, cabendo ao Prefeito aprovar as tarifas respectivas.

Dessa forma, considerando a identidade entre as redações, a doutrina majoritária e a ausência de regulamentação municipal específica acerca dos serviços de zeladoria pública, recomenda-se a edição de autorização legislativa específica para se levar a cabo o projeto ora apresentado.

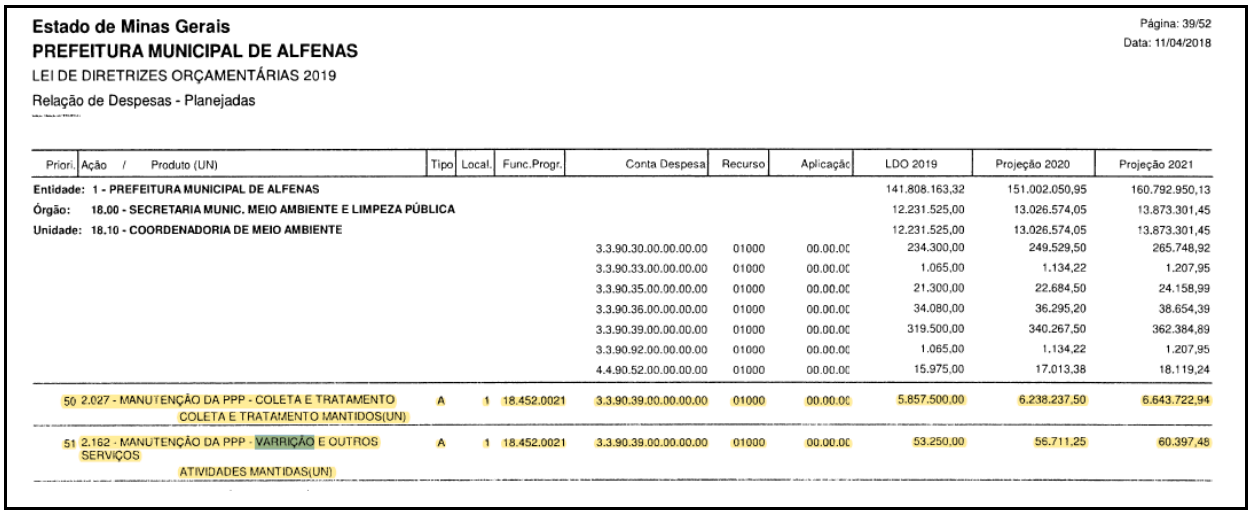
### 4.2. O LIMITE DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL)

Uma das preocupações presentes na estruturação dos projetos de PPP é com o eventual comprometimento de percentual superior a 5% da receita corrente líquida municipal. A preocupação decorre da previsão do artigo 28 da Lei federal nº 11.079/2004, segundo a qual:

> Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

No entanto, como fica demonstrado na planilha dos estudos financeiros, o que se verifica é que o presente projeto teria um impacto de 4,55% em seu primeiro ano, ano de maior comprometimento. Nos anos subsequentes, o percentual de comprometimento cairá paulatinamente atingindo 3,73% no décimo ano da concessão e 3,06% no vigésimo ano. O valor mínimo é atingido no final da concessão, 2,51% da RCL.

Destaque-se que o Município de Alfenas conta com uma concessão administrativa em execução, a saber, a concessão dos serviços de resíduos sólidos. Conforme se depreende da Lei orçamentária anual de Alfenas (Lei municipal nº 4796/2018), o valor de comprometimento da receita corrente líquida com essa concessão é de 2,2%:



**Estado de Minas Gerais**
**PREFEITURA MUNICIPAL DE ALFENAS**
LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS 2019
Relação de Despesas - Planejadas

Página: 39/52
Data: 11/04/2018

| Priori. | Ação / Produto (UN) | Tipo | Local. | Func.Progr. | Conta Despesa | Recurso | Aplicação | LDO 2019 | Projeção 2020 | Projeção 2021 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Entidade:** | **1 - PREFEITURA MUNICIPAL DE ALFENAS** | | | | | | | 141.808.163,32 | 151.002.050,95 | 160.792.950,13 |
| **Órgão:** | **18.00 - SECRETARIA MUNIC. MEIO AMBIENTE E LIMPEZA PÚBLICA** | | | | | | | 12.231.525,00 | 13.026.574,05 | 13.873.301,45 |
| **Unidade:** | **18.10 - COORDENADORIA DE MEIO AMBIENTE** | | | | | | | 12.231.525,00 | 13.026.574,05 | 13.873.301,45 |
| | | | | | 3.3.90.30.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 234.300,00 | 249.529,50 | 265.748,92 |
| | | | | | 3.3.90.33.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 1.065,00 | 1.134,22 | 1.207,95 |
| | | | | | 3.3.90.35.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 21.300,00 | 22.684,50 | 24.158,99 |
| | | | | | 3.3.90.36.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 34.080,00 | 36.295,20 | 38.654,39 |
| | | | | | 3.3.90.39.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 319.500,00 | 340.267,50 | 362.384,89 |
| | | | | | 3.3.90.92.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 1.065,00 | 1.134,22 | 1.207,95 |
| | | | | | 4.4.90.52.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 15.975,00 | 17.013,38 | 18.119,24 |
| 50 | 2.027 - MANUTENÇÃO DA PPP - COLETA E TRATAMENTO<br>COLETA E TRATAMENTO MANTIDOS(UN) | A | 1 | 18.452.0021 | 3.3.90.39.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 5.857.500,00 | 6.238.237,50 | 6.643.722,94 |
| 51 | 2.162 - MANUTENÇÃO DA PPP - VARRIÇÃO E OUTROS SERVIÇOS<br>ATIVIDADES MANTIDAS(UN) | A | 1 | 18.452.0021 | 3.3.90.39.00.00.00.00 | 01000 | 00.00.00 | 53.250,00 | 56.711,25 | 60.397,48 |

Entretanto, tem-se notícia de que no ano de 2016 houve a criação de taxa do lixo, pela Lei complementar municipal nº 25/2016, que teria como finalidade garantir o cumprimento das obrigações e responsabilidades do Município face aos serviços da concessão de resíduos sólidos:

**LEI COMPLENTAR Nº 25, de 19 de dezembro de 2016.**

**Dispõe sobre a vinculação da receita oriunda da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos como garantia das obrigações pecuniárias contraídas pelo Município de Alfenas para a prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.**

O povo do Município de Alfenas, por seus representantes na Câmara Municipal aprovou e eu, Prefeito, sanciono a seguinte lei complementar:

Art. 1° A receita oriunda da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TCRS ficará vinculada ao cumprimento das obrigações e responsabilidades do Município de Alfenas relativas à execução dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Art. 2° A vinculação da receita a que se refere o artigo 1° será operacionalizada por meio de obrigatoriedade de depósito dos valores recebidos a título de receita proveniente da arrecadação da TCRS em uma conta bancária aberta especificamente para esse fim.

§1° É vedada a utilização da conta bancária específica para outros fins que não sejam o recebimento das receitas provenientes da arrecadação da TCRS e do pagamento das despesas e obrigações relacionadas aos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Embora sua função seja de garantia, o artigo 4º indica que a finalidade dessa conta será a de remunerar a concessão e, em caso de saldo remanescente, repassar os valores aos cofres do Tesouro Municipal:

Art. 4° A instituição financeira em que tiver sido aberta a conta bancária de que trata o artigo 2° desta lei complementar ficará encarregada de receber os valores arrecadados com o pagamento da TCRS e aplicá-los da seguinte forma:

I – pagamento direto à concessionária das obrigações contratuais estabelecidas no âmbito do Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2012, em especial as contraprestações públicas mensais; e

II – liberação do saldo remanescente aos cofres do Tesouro Municipal.

§1° Os pagamentos diretos à concessionária serão efetuados mensalmente, de acordo com os valores que lhe forem devidos no mês em curso.

§2° Os valores arrecadados com a TCRS que excederem ao montante devido à concessionária no respectivo ano serão transferidos à conta única do Tesouro Municipal, com a característica de receita geral e sem qualquer vinculação.

Portanto, em que pese a lei orçamentária anual deixar contraditória a informação sobre as receitas vinculadas ao contrato de PPP de resíduos sólidos, verifica-se que, na verdade, do total de R$ 5.910.750,00, estima-se, para o ano de 2019, que R$ 5.538.000,00 sejam saldados pela taxa de limpeza pública.

Ademais, há informações de que a Prefeitura do Município de Alfenas não desembolsa a diferença, uma vez que desde o ano de 2017, o Poder Concedente autorizou a concessionária de resíduos sólidos a receber os resíduos dos municípios de Coqueiral, Ijaci, Luminárias e Ribeirão Vermelho em seu aterro mediante pagamento.

Assim, entende-se que o comprometimento da RCL municipal não extrapola o limite indicado na norma geral de PPPs, consideradas as premissas acima apresentadas, que deverão ser validadas pela Municipalidade.

No entanto, para que não haja comprometimento acerca do recebimento de garantias ou transferências voluntárias a favor do Município, o Poder Público municipal terá que demonstrar, nos autos do processo administrativo da futura licitação destinada à celebração do contrato de PPP, que a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias não excedeu a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício no ano anterior.

## 5. MODELO JURÍDICO – DEFINIÇÕES GERAIS E CENTRAIS DO ARRANJO

O projeto de Parceria Público-Privada ora proposto foi elaborado com base em três premissas.

A primeira é de que a concessionária irá executar apenas serviços de natureza indivisível (*uti universi*), o que justifica a opção pelo modelo de concessão administrativa ante a inviabilidade de se compor a receita da concessionária com tarifas.

A segunda é que a concessionária irá modernizar, manter os diversos serviços urbanos integrando-os com os serviços da tecnologia da informação do Município de Alfenas mediante a execução de obras e prestação de serviços diversos. Isto afasta a possibilidade de enquadramento na tipologia contratual da Lei federal n° 8.666/93, justificando a contratação pela Lei federal n° 11.079/2004.

A terceira é que o adequado planejamento urbano e prestação de serviços eficientes exigem um horizonte de longo prazo que, no presente projeto, deve ser de 30 (trinta) anos.

Este prazo, que se amolda à legislação sobre PPP, é necessário para que haja a amortização dos investimentos feitos pelo privado e o alcance de alguma taxa de retorno, conforme estudos econômico-financeiros.

A longevidade de um contrato traz muitos benefícios para a Administração, merecendo destaque a supressão do custo e dos risco de se licitar o objeto repetidas vezes e a possibilidade de planejar a execução das atividades, e permite que o particular tenha estímulo para investir em inovações e na excelência da prestação dos serviços, já que será constante mente avaliado, em um prazo bastante alongado.

## 5.1. DELIMITAÇÃO DO PRAZO DA CONCESSÃO

O prazo de vigência do contrato da PPP foi definido em 30 (trinta) anos, o que insere o arranjo nos limites do prazo máximo de PPPs, de 35 (trinta e cinco) anos, respeitado, também, o prazo mínimo de 5 (cinco) anos (art. 5º, inciso I, da Lei federal nº 11.079/2004, e art. 18, inciso I, da Lei municipal nº 4.717/2017).

O prazo foi definido a partir de indicações objetivas do estudo econômico-financeiro, à luz de sua compatibilidade com os investimentos demandados (art. 5º, inc. I da Lei federal nº 11.079/2004). Para isso, considerou-se, também, um cronograma de atividades que viabilizasse a disponibilização escalonada de níveis de serviço. Isso permitiu otimizar a formatação financeira do projeto, reduzindo o custo do projeto ora apresentado.

A amortização dos investimentos efetuados pelo parceiro privado se dará ao longo da vigência contratual.

Conforme já referido, os dispêndios do parceiro privado com as obras necessárias à prestação dos serviços não serão reembolsados pelo Poder Concedente durante a fase de implantação da infraestrutura.

A contratada será remunerada de maneira proporcional, com "rampa" de crescimento das suas contraprestações, na forma da modelagem econômico-financeira que compõe esse estudo.

A medida é adequada para o caso concreto, uma vez que se mostra amplamente benéfica para o Poder Público.

A uma, porque confere ao Município de Alfenas maior espaço para se planejar do ponto de vista fiscal. A duas, porque garante que a Administração desembolse valores menores no início do contrato, mesmo se beneficiando da prestação de serviços pelo parceiro privado.

## 5.2. SISTEMA DE REMUNERAÇÃO

Um dos grandes óbices enfrentados pela Administração Pública – em especial a municipal – para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura e prestação de serviços complexos - é a escassez de recursos financeiros.

Nesse sentido, e conforme destacado anteriormente, a modelagem de uma PPP se mostra vantajosa para o Poder Público, na medida em que nesse tipo de projeto, as despesas com investimentos (CAPEX) são enfrentadas pelo Parceiro Privado.

Mas há situações em que nem mesmo esse desenho é suficiente para viabilizar o projeto. Muitas vezes, a Administração Pública carece de recursos que façam frente à contraprestação mensal do Parceiro Privado, tamanhas as dificuldades financeiras pela qual ela passa.

Para os projetos de Parceria Público-Privada na modalidade de concessão administrativa, como é o presente caso, a remuneração do parceiro privado será integralmente auferida mediante contraprestação pública, podendo ser complementada por receitas acessórias, previstas no art. 11 da Lei federal n° 8.987/95.

Não haverá, assim, qualquer pagamento de tarifa por usuários (cidadãos) como forma de remuneração à concessionária. E não seria sequer possível tal remuneração na medida em que a concessionária prestará serviços que são postos à disposição dos munícipes e, por essa razão, devem ser remunerados.

Ainda, para o presente projeto de PPP o que se projeta é que a contraprestação pública será na forma de prestação pecuniária, a ser paga mensalmente, na forma descrita na minuta do contrato. Muito embora fosse possível que a contraprestação pública adotasse outras formas, previstas no art. 6° da Lei federal n° 11.079/2004, esta não foi a opção adotada no presente projeto ora apresentado.

### 5.2.1. REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO

Conforme demonstrado ao longo desse estudo, nas concessões administrativas toda a remuneração da concessionária advém de contraprestações públicas, e, eventualmente, de receitas assessórias. Por essa razão, o modelo jurídico institucional permite que a receita tarifária decorrente da prestação dos serviços de estacionamento rotativo seja destinada à concessionária por meio de cessão de crédito pela Prefeitura.

Conforme ressalvado por FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, o tipo da concessão administrativa "não exige que a via remuneratória do contrato (como meio de pagamento ao parceiro privado) seja necessariamente integrada por contraprestações pecuniárias providas pelo parceiro público."[36]. Há, em verdade, uma variedade de meios jurídicos que poderão compor as contraprestações, listadas no artigo 6º da Lei federal nº 11.079/2004, nas quais se incluem as obrigações pecuniárias.

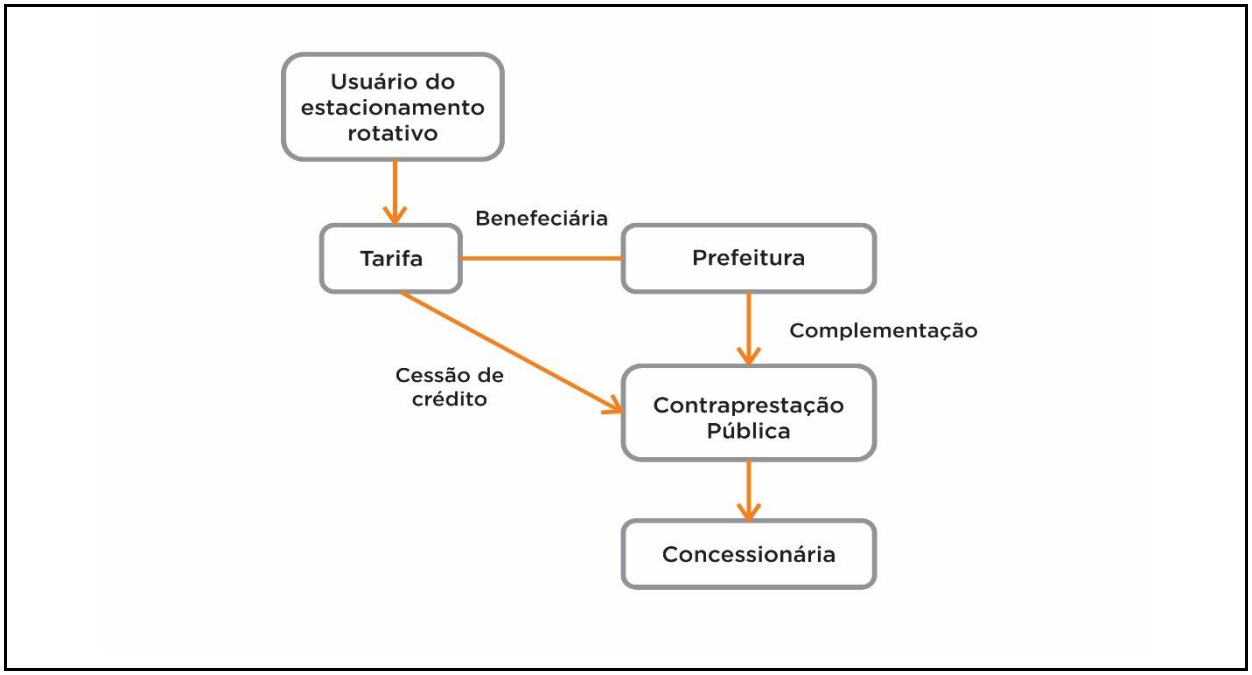
Note-se que uma das modalidades a compor a contraprestação consiste na cessão de créditos não tributários do ente municipal. Explica FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES que "a cessão de créditos não tributários

[36] In Parceria público-privada – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207/208.

consiste numa cessão de direitos. Por essa via, a Administração cede ao parceiro privado direitos que detém em face de terceiros; é um negócio jurídico bilateral pelo qual a Administração transfere a terceiros sua posição numa relação obrigacional"[37].

A hipótese permite que as receitas de tarifas pagas pelos usuários no âmbito do serviço de estacionamento rotativo seja revertido à concessionária a título de cessão de crédito. Trata-se de receita advinda de tarifa - e, portanto, não tributária -, que não possui destinação específica determinada por lei, sendo possível sua cessão à futura concessionária, com fundamento nos permissivos legal federal.

O valor obtido a partir da exploração do estacionamento rotativo poderá ser destinado a uma conta vinculada, gerida por um agente financeiro, para que, a partir de verificação mensal, seja transferido à concessionária. As receitas daí advindas serão acrescidas de recursos públicos outros, que conformação a contraprestação. Ter-se-á, ao final, a seguinte estrutura:




[37] Ob. cit., p. 152.

### 5.2.2. Remuneração dos serviços de reformas em geral e projetos civis

Com relação aos serviços de zeladoria pública de menor monta – reformas em gerais relacionadas à serviços de zeladoria urbana e elaboração de projetos civis de revitalização, manutenção e recuperação em próprios públicos, exceto os tombados – o modelo de remuneração guardará certas peculiaridades.

Para cumprir o objetivo do projeto e atender a demanda da Municipalidade, uma equipe ficará à disposição do Município para executar rotineiramente as tarefas designadas. Dessa forma, o custo pela disponibilidade da equipe comporá a remuneração da concessionária que será suportada pela contraprestação pública. De modo que caberá ao Poder Público o fornecimento dos materiais necessários à prestação dos serviços de reforma e manutenção predial afetos ao projeto.

Por sua vez, no que tange aos projetos civis, a remuneração se dará por demanda do Poder Público. Assim, quando houver prévia solicitação do Poder Concedente, a concessionária elaborará os projetos civis de revitalização, manutenção e recuperação em próprios públicos e o verificador independente medirá as horas trabalhadas para tais projetos, remunerando a concessionária com base no valor da hora de projetista multiplicado pela quantidade total de horas trabalhada no mês, além da contraprestação pública mensal, que fará frente aos demais itens do projeto.

### 5.2.3. Conta Vinculada e Conta Reserva

Conforme dito, os serviços de zeladoria pública não permitem a fixação de uma política tarifária que autorize a cobrança de preços públicos a

serem pagos diretamente pelos usuários dos serviços à concessionária. Por conta disso, a tipologia contratual amplamente adotada em PPPs nas quais a usuária é a Administração Pública é a concessão administrativa, onde a contraprestação devida ao parceiro privado é paga integralmente pelo Poder Concedente.

A estruturação do sistema remuneratório apenas com base em contraprestações públicas costuma gerar grande receio no parceiro privado, em vista do risco de eventual inadimplemento por parte do Poder Público – o que gera forte impacto negativo no fluxo de caixa da concessão.

Em face disso, e no intuito de reduzir ainda mais os riscos de inadimplemento das contraprestações devidas aos parceiros privados (e com isso, reduzir os valores das propostas a serem apresentadas), sugere-se no presente estudo que o Município de Alfenas destine todos os recursos oriundos desse tipo de atividade de zeladoria a uma conta vinculada, que não seja acessível por qualquer uma das partes contratantes, mas colocada aos cuidados de um Agente Financeiro Garantidor.

Recomenda-se ainda a criação de uma conta reserva, que contenha um colchão mínimo de investimentos equivalente a 3 (três) contraprestações mensais, e também gerida por um Agente Financeiro Garantidor.

O objetivo é que ao final de cada mês, o Agente Financeiro Garantidor transfira da conta vinculada para a conta do parceiro privado o valor equivalente ao de sua contraprestação mensal efetiva, devidamente calculada com base nos indicadores de desempenho fixados no contrato.

No caso de os recursos depositados na conta vinculada não serem suficientes para fazer frente à contraprestação mensal efetivamente devida ao parceiro privado, seu saldo será complementado com recursos da conta reserva.

Com isso, os riscos de inadimplemento por parte do parceiro público caem consideravelmente, já que a conta da qual virão os valores das contraprestações devidas ao parceiro privado poderá ter seu saldo complementado com recursos oriundos de uma conta reserva, com um colchão mínimo de liquidez a ser garantido pelo Poder Público, sob pena de incorrer em inadimplemento passível de penalização contratual.

Note-se, todavia, que a eficiência desse sistema depende de alguns pressupostos.

Primeiramente, o Poder Público deve garantir a manutenção de um saldo mínimo na conta reserva, durante todo o período da concessão. Para tanto, o ideal é que seja aprovada uma lei municipal.

Além disso, é imprescindível que o Poder Público não tenha acesso nem à conta vinculada, nem à conta reserva, ou se reserve ao direito de sacar delas quaisquer valores.

Por fim, é conveniente que o contrato preveja algum tipo de consequência jurídica para o caso de o Poder Público não observar o dever de manter o saldo mínimo da conta reserva, sob pena de essa obrigação se esvaziar.

Sem isso, os riscos de inadimplemento das contraprestações permanecem altos, de nada adiantando a criação de uma conta vinculada e/ou reserva.

### 5.2.4. Sistema de pagamentos e indicadores de desempenho

O sistema de remuneração projetado para a parceria proposta, adota, conforme possibilidade prevista no art. 6°, § 1º, da Lei federal n° 11.079/2004, uma conexão entre o valor mensal devido ao parceiro privado e

indicadores de desempenho, arrolados no Coeficiente de Desempenho (COD), anexo à Minuta do Edital.

A vinculação de parcela da remuneração da concessionária a indicadores de desempenho tem sido apontada como uma forma eficaz de garantir que a contratada possua incentivos econômicos para executar adequadamente o contrato. Deixa-se de impor a aplicação de multas como forma única de garantir o cumprimento do contrato, e passa-se a prever a redução na remuneração da concessionária, segundo indicadores pré-fixados.

Permite-se assim, mediante o risco de qualidade, que a Administração contratante remunere a concessionária na medida da fruição do serviço.

A parcela da contraprestação pública que estará vinculada ao atingimento das metas de qualidade é de 20%, que será impactada por todos os serviços prestados, cada qual com seu fator ponderador já pré-fixado.

A lista de indicadores, bem como a relação das notas e descontos aplicáveis à remuneração podem ser consultadas em tópico específico do capítulo de modelagem econômico-financeira, e também no anexo Quadro de Indicadores de Desempenho (QID) da Concessionária – que compõem esse estudo.

Desta forma, é possível garantir um mecanismo de incentivo econômico à adequada execução contratual.

### 5.2.5. Sistema de pagamentos e Verificador Independente

Conforme pontuado anteriormente, sugere-se que o modelo a ser adotado pelo Município de Alfenas preveja que a contraprestação mensal efetivamente devida à concessionária seja calculada com base nos índices contratuais de desempenho.

Portanto, a definição da remuneração mensal efetivamente devida ao parceiro privado deverá passar pela aplicação adequada dos índices contratuais de desempenho. Sem isso, o sistema de remuneração do contrato perde em segurança jurídica e eficiência.

Nesse contexto, o Verificador Independente acaba por ter papel fundamental no sistema de remuneração. Uma vez que a remuneração deve ser proporcional à performance da concessionária, o verificador tem a responsabilidade de aferir o atendimento aos índices de desempenho pelo parceiro privado e remeter relatório com tais informações à Instituição Financeira Depositária responsável pela gestão da conta vinculada, a fim de que esta transfira à concessionária os valores de contraprestação mensal devidos.

Em que pese promover a redução de ingerência do Poder Concedente sobre a questão, o funcionamento desse mecanismo, com divisão de responsabilidades entre Verificador Independente e Instituição Financeira, confere segurança ao parceiro privado. Por consequência, favorece-se a competitividade da licitação e a obtenção de propostas mais vantajosas ao Poder Público.

Mas, para garantir a eficiência dessa medida, alguns cuidados devem ser tomados.

Em primeiro lugar, dada a relevante função atribuída ao Verificador Independente no pagamento da concessionária, é de todo recomendável que o Município de Alfenas deixe claro que a sua contratação será obrigatória, indicando a qual das partes caberá tal contratação (se ao parceiro privado ou se ao Poder Público).

Cumpre registrar que a legislação vigente não prevê expressamente quem deverá contratar e remunerar o Verificador Independente, de modo que essa tarefa pode ser absorvida tanto pelo Poder Concedente, quanto pelo futuro concessionário.

O importante é que a questão esteja disciplina na minuta do contrato de PPP. Exatamente nesse sentido, cita-se o MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE REGRAS CHAVE DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DO GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS:

> 3.10. Verificador Independente – VI
>
> Descrição
>
> O monitoramento permanente do processo de aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA deve ser feito com base no SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO e do MECANISMO DE PAGAMENTO, que figuram ambos como anexos ao EDITAL. Usualmente, o PODER CONCEDENTE contrata serviços técnicos externos para auxiliá-lo na verificação dos indicadores presentes nestes sistemas, provenientes de empresa independente e de renome no mercado por sua idoneidade, imparcialidade, ética e competência técnica.
>
> Na prática, o VI é responsável por preparar e aplicar os fluxos de processos necessários para aferição de desempenho do concessionário, bem como dispor infraestrutura lógica de Tecnologia de Informação para verificação dos indicadores e consequente cálculo do pagamento a ser feito pelo PODER CONCEDENTE.
>
> Via de regra, o pagamento do serviço do VI é pago pelo PODER CONCEDENTE, o que não prejudica sua autonomia. Tal fato é comprovado pela responsabilidade atribuída ao VI de ser o mediador confiável com o poder de influenciar de forma decisiva o resultado de qualquer divergência na fiscalização da operação do objeto do contrato. Em situações como esta, o contrato deve prever que a atestação do VI deverá prevalecer sobre todas as outras.[38]

Neste estudo, sugere-se que a contratação do Verificador Independente se dê pelo **Poder Concedente**. A medida evita o risco de o Verificador Independente ser "capturado" pela concessionária, o que confere

[38] Manual de Parceiras do Estado de São Paulo. p. 92. Disponível em http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/em_elaboracao/manual_ppp/MANUAL%20DE%20PADRONIZACaO%20DE%20REGRAS%20CHAVES%20DE%20PPP-%20Versao%20Pos%20Consulta%20Publica.pdf. Acesso em 15.02.2019.

maior transparência ao processo de mensuração de desempenho do parceiro privado.

De qualquer forma, é pertinente detalhar a forma de remuneração da concessionária nas seguintes hipóteses:

a. não contratação do Verificador Independente pelo Poder Público;

b. não envio do relatório de verificação, pela concessionária, para o Verificador Independente; e

c. Omissão do Verificador Independente em avaliar tempestivamente o relatório de verificação.

É comum que os termos do contrato aloquem sob a concessionária a responsabilidade de remeter as informações a respeito de seu desempenho ao Verificador Independente para cálculo da contraprestação mensal efetiva. Estas informações serão avaliadas pelo Verificador Independente, que emitirá relatório e encaminhará à Instituição Financeira para que o pagamento seja feito.

Todavia, não se pode ignorar a possibilidade de a concessionária não cumprir essa obrigação, e deixar de enviar tempestivamente as informações ao Verificador Independente.

De outro lado, é possível que o Verificador Independente descumpra o contrato firmado com o Poder Público, e não avalie tempestivamente o relatório enviado pela concessionária. É possível ainda que o Poder Concedente descumpra sua obrigação de contratar tempestivamente o Verificador Independente. E tudo isso gerará consequências na definição da contraprestação mensal efetiva devida ao particular.

Ocorre que a interrupção dos pagamentos por problemas com o Verificador Independente pode gerar impactos severos sobre os serviços concedidos, ocasionando prejuízos ao próprio Poder Público.

É de todo recomendável que esse tipo de previsão conste do contrato da PPP pretendida pelo Município de Alfenas, sem prejuízo de eventuais penalidades aplicáveis à concessionária em razão da omissão.

## 6. MATRIZ DE RISCOS

Contratos de PPP possuem natureza complexa e são de longa duração, de modo que, certamente, estarão sujeitos a vicissitudes durante o seu transcurso. Precisamente por isso, um fator crucial ao sucesso do projeto consiste na formulação de uma matriz de riscos eficiente, com a "delimitação da responsabilidade de cada parte em relação às principais contingências (ordinárias e extraordinárias) que podem acometer a relação jurídico-contratual"[39].

A matriz de riscos consiste no documento que discrimina de forma clara e objetiva os riscos sobre as incertezas, positivas ou negativas, assumidos por cada uma das partes na celebração do contrato. Em conjunto com os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos, constitui o que se convenciona chamar de equação econômico-financeira do contrato[40]. Mais do que mera exigência legal, uma matriz de riscos eficiente se caracteriza como elemento fundamental do conteúdo econômico-financeiro do contrato de PPP, e contribui para uma melhor estrutura de custos do projeto.

A matriz de riscos, enquanto elemento integrante da equação econômico-financeira, tem por finalidade equilibrar as responsabilidades contratuais e conferir segurança jurídica para ambas as partes.

Ao contrário do que acontece nos contratos regidos pela Lei federal n° 8.666/93, nos quais os riscos são repartidos por meio da norma legal, nas PPPs a repartição dos riscos é feita, prioritariamente, pelo ajuste entre as partes, como determina o art. 5°, inc. III, da Lei federal n° 11.079/2004.

Para que a repartição dos riscos atenda à finalidade de equilibrar as responsabilidades contratuais e confira segurança jurídica às partes, é fundamental que as diretrizes que guiem a alocação de riscos sejam a

[39] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*, 2ª edição. Saraiva, 2014, p. 322.
[40] RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. p. 78.

*objetividade* e a *eficiência*. A *objetividade* se traduz na exatidão e clareza em relação à identificação e à alocação do risco à responsabilidade de cada parte (ou seu compartilhamento) e a *eficiência* é retratada pela repartição formatada para que cada parte seja responsável pelos riscos que realmente pode e deve suportar.

Quanto a isso, destaca-se que os órgãos de controle têm exigido assertividade na alocação dos riscos. O Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido de que "um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais" (Acórdão nº 1928/2011).

Para garantir a máxima eficiência e economicidade, a formulação da matriz de riscos deve, observadas as determinações legais, ser orientada por certas premissas econômicas. Isso é, na ausência de prévia alocação por lei, a repartição dos riscos não deve ocorrer de modo aleatório, mas deve seguir uma sistemática orientada pela eficiência.

A premissa econômica primordial a ser observada consiste na alocação, a cada parte, dos riscos que ela tenha melhor condições de gerenciar a um menor custo comparativamente à outra parte, objetivando a redução do somatório dos custos do projeto. Isso porque, as partes incorrem em diferentes estruturas de custo para gerenciar cada risco, a depender de sua maior ou menor aptidão para evitar sua ocorrência ou, sucessivamente, para minimizar os prejuízos advindos de sua materialização (no que se torna relevante avaliar a existência de cobertura securitária, a um custo acessível).

A exemplo, a concessionária, com vistas a se proteger de riscos não gerenciáveis, tenderá a precificar sua insegurança a partir de cenários que possam evitar prejuízos expressivos na hipótese de materialização do risco. O fenômeno propicia a elevação no custo das propostas (custo para gerenciamento do risco), com reflexos não desprezíveis no preço final da concessão.

É dizer, a alocação possui impacto direto na composição de custos do contrato, de modo que a alocação a uma ou outra parte ou o compartilhamento do risco deve avaliado frente ao objetivo de redução do somatório de custos do projeto.

No caso do projeto em questão, a matriz de risco proposta está contemplada na Minuta de Contrato, que acompanha o presente estudo. Nada obstante, alguns riscos se afiguram relevantes, a ponto de demandarem, no presente estudo jurídico, apontamentos quanto à sua alocação.

### 6.1. CUSTOS E DESPESAS ADICIONAIS EM RAZÃO DE ATRASO OU NÃO REALIZAÇÃO DE OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, PREVISTAS PARA SEREM REALIZADAS EM 2019.

Nos termos da Lei Orçamentária Anual aprovada para 2019, são previstos investimentos na ordem de R$ 532.500,00 (quinhentos e trinta e dois mil e quinhentos reais) para obras de pavimentação asfáltica de vias municipais. Trata-se de obras a serem executadas pelo Poder Concedente, previamente à celebração da concessão administrativa ora proposta.

Referidos investimentos relacionam-se com a prestação de serviços em manutenção de rotina e preventiva para reestruturação do piso das principais vias da cidade compreendendo as avenidas Lincoln Westin da Silveira, Rua João Paulino Damasceno, José Paulino da Costa, Artur Bernardes e Rua João de Souza Sobrinho.

Haja vista a previsão orçamentária, referidos investimentos foram considerados como realizados, para fins de formulação do Plano de Negócios do presente projeto.

Nesses termos, eventuais custos e despesas adicionais decorrentes de atrasos na conclusão ou a não realização de tais obras previamente à

celebração do contrato de concessão administrativa deverão ensejar a devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, em favor da concessionária.

### 6.2. CUSTOS E DESPESAS ADICIONAIS PELA NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DE VIAS PAVIMENTADAS PELO PODER PÚBLICO, QUE NÃO APRESENTEM VIDA ÚTIL MÍNIMA DE 20 ANOS.

O presente projeto possui como ênfase, nos termos do Edital, os serviços de pavimentação e conservação de vias públicas. Nesse sentido, destaca-se que dentre o escopo do projeto, estão contemplados os serviços de manutenção de vias públicas e de recuperação asfáltica do município, bem como o de recapeamento asfáltico e tapa buracos.

Tais serviços possuem direta relação com a qualidade das obras de pavimentação e com os respectivos serviços de conservação e manutenção das vias municipais pavimentadas.

Sabe-se que as obras de pavimento devem observar os critérios e requisitos técnicos mínimos indicados nas normas técnicas de pavimentação, como orientação a requisitos mínimos das obras.

Nesses termos, os estudos econômico-financeiros consideraram que as vias pavimentadas pelo Poder Concedente, que serão objeto dos serviços de recapeamento e recuperação asfáltico, manutenção e serviços de tapa buraco pela concessionária, devem ter, no mínimo, vida útil de 20 (vinte) anos, contados da realização da última intervenção pelo Poder Público.

Eventuais custos e despesas com intervenções, pela concessionária, decorrentes de não atendimento das vias pavimentadas ao critérios e requisitos mínimos exigidos pelas normas técnicas aplicáveis, incluindo eventual vício oculto de construção, deverão ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, em favor da concessionária.

## 7. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal estabelece que, nos contratos advindos de processos licitatórios, deverão ser mantidas as condições efetivas da proposta. É este o fundamento basilar da noção de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Nos contratos gerais de prestação de serviços, o dever da Administração Pública em assegurar o equilíbrio da equação econômico-financeira está previsto no art. 65, inciso II, alínea "d" da Lei federal nº 8.666/93. Veja-se:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) **para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração** para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, **configurando álea econômica extraordinária e extracontratual**. (Grifou-se).

O raciocínio aplicável aos contratos administrativos gerais não é integralmente compatível com os contratos de concessão (comum, patrocinada e administrativa). Isso porque, na primeira espécie contratual, não é permitido às partes compartilharem os riscos advindos de eventos extraordinários que impactam diretamente na equação contratual *encargos = remuneração.*

Nos contratos de concessão, os prazos de vigência são mais longos e os riscos são maiores que nos contratos disciplinados pela Lei federal nº 8.666/93. Nas concessões, transfere-se ao parceiro privado a gestão de um serviço público, o que confere contornos empresarias ao exercício da atividade e, portanto, acarreta a assunção de riscos ordinários inerentes à atividade

empresária. Por isso, a concessionária detém maior autonomia gestacional para executar os serviços e, assim, alcançar as finalidades buscadas. Este maior controle sobre os meios com que se efetiva o cumprimento das obrigações contratuais é proporcional aos riscos assumidos.

A partir destas diferenças entre as espécies contratuais, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES sustenta que se contrapõe *uma concepção dinâmica da equação econômico-financeira que caracteriza as concessões a uma concepção estática inerente ao outro modelo*[41]. Essa dinamicidade dos contratos de concessão reflete diretamente nos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de modo que os parceiros, público e privado, compartilham os riscos oriundos de eventual desequilíbrio.

A minuta de contrato traz um catálogo mais específico sobre as formas e os fatores de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Bem entendido que a estabilização da *matriz de riscos* é o que configura a equação econômico-financeira do contrato, é conveniente que este antecipe as formas possíveis para que se opere o reequilíbrio, assim como defina as metodologias para tanto.

No projeto proposto, definiu-se como forma de recomposição da equação financeira: (i) revisão do valor da contraprestação pública; (ii) pagamento único à concessionária do valor total dos investimentos, custos ou despesas efetivamente incorridos; (iii) acréscimo ou supressão de obras ou serviços; (iv) prorrogação do prazo de vigência; (v) ou a combinação das modalidades.

### 7.1. NOVOS INVESTIMENTOS: FLUXO DE CAIXA MARGINAL

Eventuais novos investimentos que se verifiquem necessários, para além daqueles fixados no instrumento contratual original a ser firmado, poderão ser incluídos no escopo da concessão, mediante termo aditivo que

[41] VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

incorpore, também, além das obrigações a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Enquanto os investimentos previstos originariamente no escopo do contrato devam ser reequilibrados em vista do Plano de Negócios a ser apresentado pela concessionária, recomenda-se, em conformidade com as melhores práticas de mercado, que as recomposições devidas em função de novos investimentos que sejam incorporados ao Contrato sejam feitas por meio de fluxo de caixa marginal (FCM).

Destaca-se que o uso da metodologia de FCM para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro referente a novos investimentos é autorizada pelos órgãos de controle. Mais do que isso, já foi recomendada pelo TCU, para fins de viabilizar a captação de vicissitudes das variáveis econômicas que tenham se alterado entre a data de contratação e o momento da recomposição referente ao novo investimento[42].

Recomenda-se, adicionalmente, que o FCM seja descontado por meio de Notas do Tesouro Nacional série B (NTN-B)[43].

As NTN-B são títulos com rentabilidade vinculada à variação do IPCA[44], acrescida de juros definidos no momento da compra e, por isso, sua utilização na fórmula de cálculo do valor devido a título de reequilíbrio torna a mensuração mais objetiva, gerando segurança tanto para o Poder Concedente como para a concessionária.

### 7.2. VARIAÇÃO NO PREÇO DOS INSUMOS BETUMINOSOS

Nos últimos anos, a Petrobras vem modificando sua estrutura de precificação dos insumos betuminosos, em especial para alinha-la à

[42] Nesse sentido, Acórdão nº 2.927/2011-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, TC nº 026.335/2007-4.
[43] Propõe-se a utilização de NTN-B ao invés de WACC - *Weighted Average Cost of capital*, pois se trata de índice menos sujeito a distorções pelas partes.
[44] Índice de Preços ao Consumidor, criado para medir a variação de preços do mercado para o consumidor final, que representa o índice oficial da inflação no Brasil.

volatilidade da taxa de câmbio e cotações internacionais de petróleo e derivados.

Implementada em janeiro de 2018, a nova política de preços da Petrobras provocou aumentos mensais, na ordem de 8%, no preço dos insumos betuminosos entre janeiro e julho de 2018, passando a reajustes trimestrais, a partir de agosto de 2018. Tratam-se de reajustes muito acima da inflação para o mesmo período.

Como única fornecedora dos insumos betuminosos, a nova política de preços da Petrobras tem tido impacto direto e relevante nos principais insumos utilizados em obras de pavimentação – o cimento asfáltico de petróleo (CAP) e o asfalto diluído de petróleo (ADP). Precisamente em razão dos impactos gerados aos contratos de obras rodoviárias, entidades representativas do setor já ingressaram com ações judiciais e outras medidas, buscando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro junto aos contratantes, sob risco de paralização das obras[45].

Considerando que o atual projeto possui como ênfase serviços de pavimentação e conservação de vias públicas pavimentadas, sujeitos a direto impacto das variações no preço dos insumos betuminosos, e, considerando que, por força de lei o reajuste contratual somente pode ser anual (Lei federal nº 9.069/1995, art. 28), é necessário prever mecanismos de redução da exposição da futura concessionária à variação significativa do preço dos insumos betuminosos, que, como visto, ocorrer em periodicidade inferior (trimestralmente).

Assim, propõe-se, conforme previsto na Minuta de Contrato que acompanha o presente estudo, a previsão contratual de mecanismo de revisão ordinária trimestral, especificamente para fins de aferição da diferença entre

[45] Nesse sentido, cita-se a Ação Civil Pública nº 1020832-27.2018.4.01.3400, em andamento junto à 9ª Vara Federal Cível, da Justiça Federal da 1ª Região; o Mandado de Segurança nº 1005071-26.2018.4.01.3700, em andamento junto à 5ª Vara Federal Cível, da Justiça Federal da 1ª Região e o Mandado de Segurança nº 1007871-63.2018.4.01.3300, em trâmite perante a 14ª Vara Federal Cível da SJBA.

eventual aumento do preço dos insumos betuminosos e a inflação para o período, com a devida e tempestiva recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, se o caso.

## 8. PREMISSAS FISCAIS E MODELO TRIBUTÁRIO

Compreende a análise dos tributos incidentes nas planilhas de custos e formação de preços dos serviços que compõem o edital de chamamento. A Sociedade de Propósito Específico a ser constituída para a execução do contrato terá como opção de regime tributário o lucro presumido ou o lucro real. A opção fica a critério da sociedade, sendo relevante dizer que o impacto do custo dos tributos é distinto em uma ou outra modalidade de tributação. Ambas serão consideradas para o estabelecimento das premissas fiscais do contrato.

Didaticamente, os tributos incidentes sobre as atividades podem ser segregados em: i) tributos incidentes sobre a folha de pagamento, ii) tributos incidentes sobre o faturamento e iii) tributos incidentes sobre o lucro.

Por fim, considerando que o contrato tem previsão de duração por um longo prazo e a legislação tributária costuma sofrer frequentes alterações, válido registrar a disciplina normativa atual das incidências tributárias, com suas legislações de regência.

### 8.1. ENCARGOS SOCIAIS - TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO

A prestação dos serviços poderá ser feita por meio de empregados contratados pela Concessionária ou mão de obra terceirizada. Os encargos incidentes sobre a folha de pagamento são os seguintes:

- **Contribuição previdenciária - INSS Patronal**

*Disciplina legal*: Lei Federal n.º 8.212/91
*Alíquota aplicável*: 20% sobre o valor das remunerações pagas aos empregados
11% nas hipóteses de cessão de mão de obra

•**Contribuição ao INCRA**
*Disciplina legal*: Lei nº 2.613 /1955 e EC 33/2001
*Alíquota aplicável*: 0,2% sobre a folha de salários

•**Contribuições a Terceiros**
*Alíquota aplicável*: 0,6% sobre a folha de salários

•**Seguro de Acidente de Trabalho -SAT/GILRAT**
*Disciplina legal*: Decreto Lei 3.048/99
*Alíquota aplicável*: Percentual variável sobre o RAT (Para as atividades de zeladoria urbana: 3% sobre o total das remunerações pagas)

•**FGTS** – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
*Disciplina legal* Lei 8.036/90

## 8.2. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE AS RECEITAS DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

### 8.2.1. Tributos incidentes sobre o faturamento

Os tributos incidentes sobre o faturamento devem ser discriminados nas notas fiscais NFS-e emitidas contra Município. Por se tratar de contrato de prestação de serviços, existe obrigação de retenção da ISSQN na fonte pelo tomador.

A propósito das contribuições sociais federais (PIS e COFINS), há significativa diferença na apuração de acordo com o regime tributário escolhido. Aplica-se a disciplina do regime cumulativo ao lucro presumido e do regime não-cumulativo ao lucro real. Essencialmente, a diferença se dá quanto à possibilidade de, no regime não-cumulativo, o contribuinte apurar créditos com as despesas operacionais incorridas na consecução das atividades.

- **Contribuição Social PIS/PASEP**

*Disciplina legal:* Lei Federal nº 10.637/2002
*Alíquota aplicável:* 0,65% do valor da receita bruta (Lucro presumido)
*Alíquota aplicável*: 1,65% do valor da receita bruta (Lucro real - regime não cumulativo)

- **Contribuição Social - COFINS**

*Disciplina legal*: Lei nº 10.833/2003
*Alíquota aplicável:* 3,0% do valor da receita bruta (Lucro presumido)
*Alíquota aplicável:* 7,6% do valor da receita bruta (Lucro real – regime não cumulativo)

- **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN**

*Disciplina legal*: Lei Complementar Federal 116/2003, Lei Complementar Municipal 04/2003
*Alíquota aplicável*: 2% a 5% sobre o valor do serviço

### 8.2.2. Tratamento fiscal dos serviços no Município de Alfenas:

Os serviços objeto do Edital podem ser capitulados nos seguintes itens da lista anexa de serviços da LC 116/2003:

**1.07** – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

**7.03** – Elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia.

**7.05** – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

**7.10** – Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres.

A legislação municipal (LC 04/2003 e LC 28/2017) prevê a obrigatoriedade de retenção/substituição pelo tomador dos serviços indicados nos itens 7.5 e 7.10. Além da obrigação de retenção, a legislação municipal não prevê possibilidade de dedução das subempreitadas da base de cálculo do tributo. Ou seja, na hipótese de contratação de empresas terceirizadas para a realização de partes do serviço, não é possível deduzir o valor destas da base de cálculo do ISSQN próprio.

### 8.3. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O LUCRO

• **Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ**

*Disciplina legal*: Decreto Lei n.º 3000/99 – Regulamento do Imposto de Renda

*Alíquota aplicável*: 15% (Lucro real)

*Alíquota aplicável*: 15% sobre base presumida de 32% + adicional de 10% s/ parcela que ultrapassar R$240.000,00 (Lucro presumido)

• **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

*Disciplina legal*: Lei Federal n.º 7.689/88

*Alíquota aplicável*: 9% do resultado contábil ajustado (Lucro real)

*Alíquota aplicável*: 9% sobre base presumida de 32% (Lucro presumido)

## 8.4. QUADRO RESUMO DOS TRIBUTOS INCIDENTES NAS ATIVIDADES DA SPE:

| ENCARGOS - TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO | | |
|---|---|---|
| **TRIBUTO** | **DISCIPLINA LEGAL** | **ALÍQUOTA APLICÁVEL/BASE DE CÁLCULO** |
| **INSS Patronal** | Lei Federal n. 8.212/91 | 20% sobre o valor das remunerações pagas aos empregados. |
| **Contribuição ao Incra** | Lei nº 2.613 /1955 e EC 33/2001 | 0,2% sobre a folha de salários |
| **Contribuições a terceiros** | Diversas | aprox. 0,6% sobre a folha de salários |
| **Seguro de Acidente de Trabalho -SAT/GILRAT** | Decreto Lei 3.048/99 | Percentual variável sobre o RAT (atividades de zeladoria urbana: 3% do total das remunerações pagas) |
| **FGTS** | Lei 8.036/90 | 8% sobre as remunerações pagas aos empregados |

| TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O FATURAMENTO | | |
|---|---|---|
| **TRIBUTO** | **DISCIPLINA LEGAL** | **ALÍQUOTA APLICÁVEL/ BASE DE CÁLCULO** |
| **Contribuição Social - PIS/PASEP** | Lei Federal nº 10.637/2002 | 0,65% do valor da receita bruta (Lucro presumido)<br>1,65% do valor da receita bruta (Lucro real - regime não cumulativo) |
| **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN** | LC Federal 116/2003, LC Municipal 04/2003 | 2% sobre o valor do serviço item 1.07 |
| | | 5% sobre o valor do serviço itens 7.03, 7.05 e 7.10 |
| **Contribuição Social - COFINS** | Lei nº 10.833/2003 | 3,0% do valor da receita bruta (Lucro presumido) |
| | | 7,6% do valor da receita bruta (Lucro real – regime não cumulativo) |

| TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O LUCRO | | |
|---|---|---|
| **TRIBUTO** | **DISCIPLINA LEGAL** | **ALÍQUOTA APLICÁVEL/BASE DE CÁLCULO** |
| **Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ** | Decreto Lei n.º 3000/99 – Regulamento do Imposto de Renda | 15% (Lucro real) |
| | | 15% sobre base presumida de 32% + adicional 10% s/ parcela que ultrapassar R$ 240.000,00 (Lucro presumido) |
| **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL** | Lei Federal n.º 7.689/88 | 9% do resultado contábil ajustado (Lucro real) |
| | | 9% sobre base presumida de 32% (Lucro presumido) |

# PARTE III – REQUISITOS GERAIS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

# 9. PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA A LICITAÇÃO

## 9.1. ADEQUAÇÕES LEGISLATIVAS

Para que o presente projeto possa ser licitado, antes de tratar dos requisitos licitatórios propriamente ditos, convém destacar a necessidade de alterações legislativas voltadas a conferir a perfeita segurança jurídica ao projeto.

Nesse sentido, o quadro abaixo traz as alterações necessárias ao sucesso do projeto:

| Lei | Tipo de Alteração | Artigo | Objetivo |
|---|---|---|---|
| N/A | Promulgação de lei que autoriza a concessão dos serviços de zeladoria pública | N/A | Tal como ocorre com todos os serviços delegados no Município de Alfenas, para maior segurança jurídica, sugere-se a criação de uma lei que delegue os serviços de zeladoria pública.<br>Nessa lei deve conter:<br>Disposições gerais sobre os serviços que compõem a zeladoria pública;<br>As diretrizes da parceria público privada;<br>A vinculação da parceria público privada às Leis federais nºs 11.079/04, 8.687/95 e 9.074/95.<br>Disposições gerais sobre o contrato com informações sobre modalidade licitatória prévia, prazo de contratação, valor dos investimentos maior que R$ 10.000.000,00, necessidade de constituição de sociedade de propósito específico;<br>Indicação das alternativas viáveis à remuneração do concessionário, sendo que sua remuneração apenas ocorrerá a partir da disponibilização do serviço;<br>Indicação de mecanismos amigáveis de soluções das divergências contratuais, bem como arbitragem e verificador independente;<br>Indicação de garantias públicas como vinculação de receitas, utilização de |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | | fundo garantidor e outros mecanismos previstos em lei.<br>Estabelecimento do prazo da concessão ou de parâmetro mínimo e máximo. |
| Lei municipal nº 4.796/18 | Previsão da parceria público privada de zeladoria pública | N/A | Previsão na lei orçamentária anual de contratação de parceria público privada de zeladoria pública, nos termos do art. 10, inciso III da Lei federal nº 11.079/04. |
| Lei municipal nº 4.796/18 | Alteração da dotação indicada na página 53 no que se refere aos recursos provenientes da ppp de resíduos sólidos. | N/A | Indicar que os recursos são provenientes do aluguel do aterro sanitário, bem como da taxa de lixo. |
| Lei municipal nº 4.773/17 | Incluir a concessão de zeladoria pública no PPA. | N/A | Previsão no plano plurianual do município a contratação de parceria público privada de zeladoria pública, nos termos do art. 10, inciso V da Lei federal nº 11.079/04. |
| Lei municipal nº 4.542/2014 | Alterar a exigência de que os serviços de implantação, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo serão prestados diretamente pelo Poder Executivo. | Art. 2º | Permitir a delegação do serviço a terceiro. |
| Lei municipal nº 4.542/2014 | Desvinculação da receita do estacionamento rotativo | Art. 5º | Permitir que a receita arrecada seja aplicada na parceria pública privada de zeladoria pública para gerar economia aos cofres públicos. |

## 9.2. DEFINIÇÕES PRELIMINARES À LICITAÇÃO E A INVERSÃO DE FASES

De acordo com o art. 10, da Lei federal nº 11.079/04 impõe a observância do rito da "concorrência" para modalidade licitatória.

A definição pela modalidade de concorrência, prescrita pela Lei federal nº 11.079/04, impõe como regra a adoção do procedimento típico para essa modalidade de licitação, que pressupõe a seguinte cronologia para o desenvolvimento das etapas que integram a fase externa do certame: (i) fase de divulgação; (ii) fase de proposição; (iii) fase de habilitação; (iv) fase de

classificação/julgamento de propostas; e (v) fase de homologação/adjudicação[46].

Entretanto, a própria Lei federal nº 11.079/04, nos termos do art. 13[47], admite a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Dessa forma, restringe-se a análise dos documentos de habilitação à licitante classificada como vencedora na fase de classificação/julgamento de propostas, simplificando o processo licitatório, tornando o certame mais célere e reduzindo os custos materiais de processamento da licitação.

Nesse sentido é a orientação doutrinária de FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES:

> Fundamentalmente, a estrutura da licitação da PPP é assemelhada à modalidade de concorrência (afinal, o próprio *caput* do art. 10 define a obrigatoriedade de adoção da concorrência), ainda que permeada por peculiaridades que a aproximam do pregão, como a possibilidade de inversão de fases (habilitação e classificação das propostas) e a realização de uma fase de lances orais. Esta estrutura da licitação da PPP destina-se dotar o certame de maior eficiência, aproveitando-se de técnicas que se revelaram-se historicamente bastante satisfatórias com a experiência do pregão (e que mais recentemente foram, também, incorporadas pelo RDC – Regime Diferenciado de Contratações). **Com a estrutura proposta, a licitação da PPP tende a ser mais eficiente do que o modelo convencional da concorrência, tanto em relação à celeridade e aos custos materiais de processamento do certame (abreviando, por exemplo, custos com a análise de documentos de habilitação de todos os ofertantes), como em relação à escolha da proposta mais vantajosa**[48] (grifos nossos).

[46] Conforme o art. 43 da Lei federal nº 8.666/93.

[47] Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2o (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

[48] VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. Parceria Público-Privada. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 412.

Destaca-se que a legitimidade de se adotar a inversão de fases nos processos licitatórios é tema pacificado, nas Cortes de Contas. O Tribunal de Contas da União (TCU) entende que a avaliação da documentação jurídica e econômico-financeira apenas da licitante classificada racionaliza o processo licitatório, conferindo-o celeridade.

> Quanto à ordem das fases licitatórias, nota-se que o Edital Anac 1/2011 revela o exercício da faculdade contida no art.18-A, qual seja, **a inversão da etapa de habilitação e de julgamento das propostas**. Registramos que **a referida inversão tem se demonstrado salutar ao andamento dos certames concessórios recentes, uma vez que, avaliando-se apenas a documentação jurídica e econômico-financeira da licitante vencedora, o processo é racionalizado e adquire celeridade**. (Acórdão 1595/2011 – Plenário, julgado em 06/07/2011). (grifos nossos)
>
> Cabe observar que a ordem do exame dos documentos solicitados no terceiro e no quarto estágio pode se alterar, tendo em vista o disposto no **art. 13 da Lei n° 11.079/2004**, que **faculta a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**. Tal **inversão tem por objetivo tornar mais célere o certame, na medida em que somente a proposta econômica vencedora tenha que passar pela fase de habilitação**. (Acórdão 1330/2007 – Plenário, julgado em 04/07/2007).

O Tribunal de Contas mineiro por sua vez, nas instruções normativas que dispõem sobre os procedimentos de fiscalização de parcerias público-privadas pelo Tribunal[49], nas Administrações Públicas estadual e municipais, prevê expressamente a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, nos termos do art. 13 da Lei federal n° 11.079/2004. A normativa corte de contas frisa a necessidade de que conste no processo licitatório a autuação dos documentos de habilitação dos licitantes na devida ordem cronológica de análise da documentação de habilitação, bem como a

[49] Instrução Normativa n° 06/2011 e n° 01/2014 (que modifica dispositivos daquela).
IN n° 06/2011, art. 5°, §1°: A abertura de licitação para PPP deverá atender aos critérios e procedimentos dispostos na legislação, devendo constar do processo os seguintes registros: §1º. A documentação relativa à fase de habilitação deverá ser autuada, observando-se a ordem cronológica, bem como a hipótese prevista no art. 13 da Lei Federal nº 11.079/04.

escolha ou não pela inversão de fases, conforme a hipótese prevista no art. 13 da Lei federal n° 11.079/2004.

Em razão disso, com vistas a modelar a estrutura do certame proposto para o presente programa, indica-se que deve ser invertida a ordem das fases de habilitação e julgamento, seguindo a seguinte cronologia para o desenvolvimento das etapas de análise e julgamento: (i) abertura e análise das propostas técnicas e atestados de visita técnica; (ii) abertura e análise das propostas econômicas e planos de negócios, das licitantes tecnicamente classificadas; (iii) classificação final das propostas; e (iv) abertura e análise da garantia da proposta e dos documentos de habilitação da licitante melhor classificada.

### 9.3. CRITÉRIO DE SELEÇÃO A SER ADOTADO

O critério de seleção proposto para selecionar a melhor proposta para celebração da Parceria Público-Privada é aquele previsto no art. 12, inciso II, alínea *a*, da Lei federal n° 11.079/2004, que consiste na apresentação de "*menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública*".

A opção pelo fator econômico como critério de seleção da melhor proposta não importa em descuido quanto aos fatores técnicos, cujo atendimento está disposto na fase de habilitação, bem como na etapa de qualificação de propostas técnicas proposta para esse estudo.

No entanto, é preciso esclarecer a opção pelo critério de menor contraprestação pública, em detrimento de outros, como a combinação de técnica e preço. Isto porque, ao contrário da Lei n° 8.666/93, a Lei n° 11.079/2004 não restringiu o cabimento dos critérios de técnica a prestações mais específicas, deixando de indicar a excepcionalidade da aplicação deste critério de seleção de licitantes. A questão ficou, assim, remetida à discricionariedade técnica do administrador.

Não significa que a escolha pelos critérios de seleção não comporte censura. É evidente que deve haver racionalidade na estipulação dos critérios e parâmetros de seleção de propostas, pois é este um dos pontos de calibragem mais relevantes da licitação. O critério deverá ser definido a partir da identificação da vantagem que espera a Administração a partir do desenvolvimento da licitação.

É bem verdade que, no presente caso, espera-se garantir que o Município de Alfenas obtenha vantagens no que se refere ao desempenho dos serviços de zeladoria pública, o que demanda algum cuidado com o aspecto técnico das soluções a serem apresentadas pelos licitantes.

Essa vantagem técnica, todavia, será obtida a partir da etapa de qualificação de propostas técnicas proposta no presente estudo. Trata-se, conforme se verá, de instrumento apto a permitir uma avaliação do aspecto técnico das soluções apresentadas por licitantes, mas sem abdicar da contratação de sujeito que oferte o menor valor possível.

Com isso, não apenas a vantagem técnica é tutelada, mas também – e principalmente – a vantagem econômica, a qual, conforme se viu, está na raiz da utilização do modelo de PPPs no caso concreto.

Diante disto considera-se que deve ser adotado o critério de "*menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública*" ora proposto.

### 9.4. PROCEDIMENTOS PARA APROVAÇÃO DO PROJETO

Após a apresentação dos estudos técnicos nesta etapa prévia de procedimento de manifestação de interesse, o a Comissão de Licitação do Município de Alfenas deverá avaliá-los, ao passo que, após avaliar todos os

estudos e deliberar sobre seus conteúdos, o deverá ser publicado na =impressa oficial o procedimento aprovado.

Feito isso, e acaso o Município de Alfenas decida por utilizar os estudos como subsídio para licitar o projeto, deverá providenciar consulta pública, como prevê o art. 10, inc. IV, da Lei federal nº 11.079/04.

De acordo com o referido dispositivo, a publicação da consulta pública deverá ser feita "*mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico*", devendo constar informações como "*a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado*", pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, período cujo termo final deve ser pelo menos 7 (sete) sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

Não se pode perder de vista ainda que o art. 39, *caput*, da Lei federal nº 8.666/1993, exige aos processos licitatórios cujo objeto supere R$ 330 milhões de reais a ocorrência de uma "*audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização*".

Ainda que o valor esteja abaixo daquele estimado para o presente projeto, recomenda-se que a audiência pública imposta pela Lei nº 8.666/93 seja feita, de modo a se conferir maior transparência do processo.

Demais disso, recomenda-se que a referida audiência seja realizada durante o período de consulta pública previsto no art. 10, inc. IV, da Lei nº 11.079/2004, para que ambas sejam finalizadas na mesma data.

Em face a todo o exposto, conclui-se que o procedimento que deverá ser adotado desde a entrega dos estudos até a publicação do edital de licitação da PPP será:

1 - Análise pelo Comissão de Licitação dos estudos entregues;

2 - Consulta e audiência pública; e

6 - Publicação do edital.

### 9.5. PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

A participação de consórcios em licitações destinadas a selecionar parceiros para contratos de PPP é medida autorizada pela Lei nº 8.666/93 (a qual incide subsidiariamente a esse tipo de procedimento), e corriqueira na prática da Administração Pública.

Sua finalidade é a de permitir que empresas unam esforços para conseguirem competir em licitações das quais não poderiam participar sozinhas, por déficits em suas qualificações técnica ou econômico-financeira ou, ainda, porque dada a complexidade do objeto exige-se múltipla expertise.

Apesar de admitir a participação de consórcios em licitações, a lei é omissa no que se refere a detalhes na formação dessas parcerias.

Ela não versa, por exemplo, sobre a possibilidade de a Administração Pública impor uma quantidade máxima de empresas autorizadas a compor um consórcio, por ocasião da participação em determinada licitação.

A orientação adotada pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO a esse respeito é a de que a Administração Pública, ao exercer o juízo discricionário de permitir a participação de consórcios em licitações, não pode impor aos interessados condições para formação das referidas parcerias não previstas em lei. Veja-se:

> A Lei deixa à discricionariedade administrativa a decisão de permitir a participação no certame de empresas em consórcio,

> porém ao permiti-la a administração deverá observar as disposições contidas no art. 33, da Lei nº 8.666/1993, não podendo estabelecer condições não previstas expressamente na Lei, mormente quando restritivas ao caráter competitivo da licitação.[50]

Nesses termos, e considerando que a possibilidade de impor uma limitação ao número máximo de empresas integrantes de consórcio não está abarcada pela lei, pode-se afirmar que, em regra, essa medida é vedada.

Entretanto, a jurisprudência do TCU admite que em situações excepcionais, a formação de consórcios com muitas empresas pode gerar contratempos durante a gestão do contrato.

Nessas situações, e mediante a aposição de justificativa técnica adequada, é possível estabelecer um limite máximo de empresas que podem integrar de consórcios destinados a participar de licitações. Veja-se o seguinte precedente:

> [Enunciado]
>
> A limitação a número máximo de empresas integrantes de consórcio deve ter motivação prévia e consistente, sob pena de afrontar os arts. 3°, § 1°, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2° e 50 da Lei 9.784/99.
>
> [Voto]
>
> 15.No que diz respeito à limitação do número de empresas a integrarem consórcios, de fato, este Tribunal tem entendimento no sentido de que, uma vez admitida a participação de consórcios em processo licitatório, a limitação a um número máximo de empresas integrantes deve ser justificada (Acórdãos 718/2011-TCU-Plenário).[51]

No caso concreto, parece não haver justificativa para a limitação do número máximo de empresas consorciadas.

[50] TCU, Acórdão nº 1.240/2008 – Plenário, Rel Min. André de Carvalho, j. em 25/06/2008.
[51] TCU, Acórdão nº 745/2017 – Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 12/04/2017.

Está-se diante de um contrato de PPP, cujo prazo de vigência poderá alcançar 35 anos, conforme visto anteriormente, e que envolve diversos serviços interligados, porém de origens distintas (serviços físicos e serviços virtuais).

Sendo assim, sugere-se que a inserção de cláusula no edital de licitação permitindo a participação de empresas em consórcio se, contudo, limitar a quantidade de empresas que venham a compô-lo.

### 9.6. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA

Em engenharia, é comum que empresas contratadas para realizar uma obra enviem um representante ao local da realização das obras, antes da formalização da contratação.

O procedimento tem a finalidade de conferir ao sujeito que será contratado a possibilidade de conhecer detalhes do escopo das atividades que deverá executar que não podem ser simplesmente transcritos numa proposta ou num edital.

É com base nisso que se sugere a inserção, no edital de licitação, de cláusula impondo aos licitantes a realização de visita técnica às principais vias públicas do Município de Alfenas.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, é bem verdade, costuma coibir previsões editalícias que impõem a visita técnica como um requisito obrigatório para a participação na licitação, expedindo determinações no sentido de que os atos convocatórios publicados pela Administração Pública prevejam a possibilidade de a visita técnica ser substituída por uma declaração de responsabilidade técnica.[52]

[52] Nesse sentido, citam-se os Acórdãos nº 2361/2018 – Plenário, e 1.172/2012 – Plenário.

Todavia, há situações excepcionais em que a mera descrição do objeto no ato convocatório não é suficiente para que os licitantes conheçam toda a extensão do encargo que terão de executar, de modo que a realização de visita técnica se torna essencial para garantir que as propostas apresentadas por ocasião da licitação sejam firmes.

Cumpre registrar que o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS já teve a oportunidade de avaliar denúncias que questionavam a obrigatoriedade de realização de visita técnica.

Em tais oportunidades, a Corte entendeu que a exigência de visita técnica – desde que pertinente com o objeto licitado e desde que não comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação – está atrelada a um juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

> "O entendimento predominante nesta Corte é o de que a visita técnica está atrelada ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração, desde que a exigência seja pertinente com o objeto da licitação e não comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação. [...]
>
> 'Assim, em face dos atributos do objeto entende este Órgão Técnico que **não basta ao licitante declarar que conhece o local da execução dos serviços e se responsabiliza pelos prejuízos decorrentes de eventual culpa na execução do objeto, uma vez que essa via, isoladamente, tende a colocar em risco a segurança e a qualidade da contratação**, temeridade elidida, senão atenuada, quando se impõe a visita técnica.'
>
> Com base na fundamentação apresentada pela Unidade Técnica, supratranscrita, **concluo pela regularidade** dos subitens 5.1 a 5.3 do anexo I edital do Pregão Presencial n. º 014/2013, **que exigem a realização de visita técnica, visto ser pertinente com o objeto da presente licitação e por não ter configurado condição que comprometeu, restringiu ou frustrou o caráter competitivo da licitação**."[53] (Grifo nosso).
>
> "DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAR SERVIÇOS DESTINADOS A MODERNIZAÇÃO DA**

[53] TCE/MG, Processo nº 911600, Rel. Cons. Mauri Torres, j. em 22/05/2018.

> **ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL** NA ÁREA DA SAÚDE PUBLICA. ALEGAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. A **EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA ESTÁ ATRELADA AO JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO, DESDE QUE A EXIGÊNCIA SEJA PERTINENTE COM O OBJETO DA LICITAÇÃO E NÃO COMPROMETA, RESTRINJA OU FRUSTRE O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO**[...]."[54] (Grifo nosso).

Sendo assim, considerando que a não obrigatoriedade de visita técnica pode colocar em risco a segurança e a qualidade da contratação, bem como que é possível afirmar que o objeto destes estudos é tão complexo quanto o daqueles avaliados pelo TCE/MG, faz-se necessária a imposição aos licitantes de realização de visita técnica às principais vias públicas do Município de Alfenas.

### 9.7. EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO E A PECULIARIDADES DO OBJETO

Como exigências de habilitação, propõe-se que os requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira sejam aptos a refletir a dimensão técnica e econômico-financeira da concessão.

Na medida em que a Lei n° 11.079/04 não disciplinou os requisitos de habilitação que poderão ser exigidos nos procedimentos licitatórios para celebração de PPPs, aplica-se a Lei n° 8.666/93, que estabelece as normais gerais atinentes à licitação e contratos firmados pela Administração.

Isto significa que as exigências de habilitação dispostas nos art. 27 a 31 da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n° 8.666/93) devem ser

[54] TCE/MG, Processo nº 898354, Rel. Cons. Wanderley Ávila, j. em 22/06/2017.

aplicadas, mas atentando-se para as peculiaridades dos contratos de concessão administrativa.

Nada obstante, em contratos de PPP, o dimensionamento dos requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira tende a ser diverso dos contratos administrativos tradicionais regidos pela Lei n° 8.666/93. Tal discrepância decorre da aludida distinção no escopo do contrato, que consiste na criação, ampliação ou recuperação da infraestrutura para posterior prestação dos serviços.

As exigências de qualificação técnica e econômico-financeira para a contratação de projetos da envergadura do ora proposto devem guardar, portanto, proporcionalidade à dimensão e complexidade técnica e ao porte financeiro do objeto.

Estão justificadas, assim, exigências que, para contratos ordinários, poderiam ser entendidas como restritivas, mas que para a dimensão de contratos de concessão são perfeitamente legítimas.

Neste particular, deve-se pontuar a necessidade de requisitos de qualificação técnica que, dentre outras exigências, cuidem de salvaguardar o interesse administrativo em relação aos riscos técnicos associados à execução do objeto.

Uma das demonstrações relevantes, neste âmbito, é a experiência técnica comprovada por atestados, em dimensão qualitativa e quantitativa ajustada à natureza e à dimensão do objeto.

As demonstrações atinentes à qualificação econômico-financeira devem seguir as mesmas premissas referidas.

Ainda sobre as condições de participação, o edital deve dispor sobre a admissibilidade da participação de consórcios na licitação, conforme estabelecido pelo art. 33 da Lei n° 8.666/93.

Caso seja admitida sua participação, deve constar do edital, como condição de participação, que o consórcio:

> (i) apresente compromisso público ou particular de constituição de consórcio com a específica finalidade de participar da licitação e, em se sagrando vencedor, constituir a sociedade de propósito específico para a exploração de seu objeto;
>
> (ii) atenda às condições de liderança, cabendo a liderança à empresa brasileira, com a outorga de amplos poderes à empresa líder para representar as demais empresas consorciadas, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, em todos os atos da Licitação;
>
> (iii) apresente os percentuais de participação de cada empresa consorciada;
>
> (iv) apresente declaração de responsabilidade solidária entre as empresas consorciadas referente aos atos praticados na Licitação;
>
> (v) atenda à proibição da participação de empresas isoladas, quando estas participarem em consórcio; e
>
> (vi) comprove, individualmente, as condições de qualificação jurídica e fiscal.

### 9.8. A FASE DE QUALIFICAÇÃO DE PROPOSTAS TÉCNICAS

Mostra-se pertinente, no caso concreto, a implementação de uma fase de qualificação de propostas técnicas a serem apresentadas pelos licitantes.

Trata-se de prerrogativa prevista no art. 12, inc. I, da Lei nº 11.079/2004, segundo o qual "*o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes*".

Como bem aponta FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, a medida se mostra pertinente nos casos em que a Administração Pública pretende realizar

*"aferição da adequação e qualidade mínima das metodologias propostas pelos licitantes para a segura realização do objeto,* [...]"[55].

Para fazer isso, a Administração Pública insere no edital da licitação exigência no sentido de que os concorrentes apresentem propostas técnicas, que contenham os detalhes dos aspectos técnicos da solução que estão ofertando.

Pode-se exigir também que determinados elementos da solução proposta sejam submetidos a provas de teste, em tempo real e ambiente monitorado.

A análise dessas propostas técnicas e provas de teste deve ser realizada a partir de critérios objetivos, previamente definidos no edital do certame.

Vale lembrar também que essa fase de qualificação de propostas técnicas não caracteriza, no caso, a adoção do tipo "técnica e preço".

Ao contrário do que ocorre nas licitações tipo "técnica e preço", onde as propostas técnicas dos licitantes são classificadas a partir da pontuação obtida em virtude delas, a etapa de qualificação prevista no art. 12, inc. I, da Lei nº 11.079/2004 tem como único objetivo eliminar do certame os licitantes cujas propostas técnicas não alcancem uma pontuação mínima, sem criar qualquer tipo de "*ranking*" entre eles.

No presente caso, sugere-se que a fase de qualificação de propostas técnicas ocorra logo após a fase de análise das condições de habilitação dos licitantes, e antes do julgamento das propostas de preços.

A medida, como bem lembra FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, é corriqueira:

[55] VERNALHA. *Op. cit.* p. 432.

> De um ponto de vista da estrutura cronológica do processo de licitação, a Lei não definiu o momento em que a fase de qualificação de proposta técnica haverá de ocorrer, estabelecendo apenas que deverá preceder ao julgamento de propostas. Como regra, esta fase haverá de ocorrer necessariamente após a fase de habilitação e antes da fase de julgamento das propostas.[56]

Com isso, entende-se que a Administração Pública poderá avaliar com maior precisão a adequação das peculiaridades técnicas das soluções que serão oferecidas pelos licitantes, o que trará maior segurança ao procedimento licitatório.

### 9.9. ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A previsão da arbitragem para a solução de conflitos derivados da execução da concessão administrativa proposta se afigura como uma cláusula essencial para a redução dos custos transacionais e otimização da eficiência da concessão.

A hipótese está não apenas harmonizada com a legislação vigente, como é acolhida como uma solução importante para favorecer a segurança e gerar agilidades nos procedimentos de resolução de conflitos que eventualmente surjam no âmbito da execução da concessão administrativa.

Conforme prevê o art. 11, inciso II, da Lei federal n° 11.079/04, o instrumento convocatório poderá prever "*o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem*". O dispositivo faz expressa referência à aplicabilidade Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).[57]

[56] VERNALHA. *op. cit*. p. 432.

[57] É até desnecessário lembrar que não há mais dúvida que a arbitragem não fere o princípio da indeclinabilidade do Judiciário previsto no Art. 5, XXXV da CF/88 (Entre outros julgados do STF, SE-AgR 5206/EP – Espanha, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, publicado no DJ 30-04-2004).

A Lei nº 13.129/15, ao alterar a Lei nº 9.307/96, colocou fim à controvérsia acerca da possibilidade de submissão da resolução dos litígios que envolvem a Administração Pública à arbitragem. O art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem passou a prever que *a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

Mas mesmo antes desta alteração legislativa, a jurisprudência já havia se consolidado no sentido de admitir a arbitragem para resolver litígios que envolvam controvérsias decorrentes de um contrato de concessão.

Nesse sentido, há decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o qual, mencionando precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que confirmou a legalidade de arbitragem que envolvia a própria União (caso Lage), dirimiu a controvérsia pela arbitrabilidade de tais litígios.[58]

Não se pode dizer, é claro, que a cláusula compromissória seja uma previsão de exclusivo interesse da concessionária. É, em idêntica medida, do interesse do Poder Concedente. A arbitragem oferece mais segurança jurídica (árbitros com formação na matéria resolvem o conflito) e efetividade (o tempo de resolução é inequivocamente menor). Tais fatores, porque diminuem os custos de transação, redundam invariavelmente na redução do preço cobrado pelo particular. É precisamente por este motivo que a Lei das PPPs prevê expressamente a possibilidade de arbitragem, à luz da melhor doutrina.[59]

É verdade que o STJ ressalvou que *não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.*[60] A restrição não deve desestimular

[58] MS 11.308/DF – 2005/0212763-0. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Seção. 09/04/2008. DJe de 19/05/2008.
[59] Conferir RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 167.
[60] A propósito, no Tribunal de Contas da União, o Acórdão nº 391/2008 reputou válida a possibilidade da utilização de juízo arbitral, mas apenas se excluir questões que envolvam a indisponibilidade do interesse público.

a previsão de cláusula compromissória. A natureza híbrida do contrato de concessão autorizará a sindicabilidade, no âmbito da arbitragem, das cláusulas tipicamente contratuais. E deixará para o Poder Judiciário eventual controvérsia que não possa ser resolvida por meio de procedimento arbitral.

A respeito, a Lei federal n° 13.448/2017 (a Lei de Relicitação), ao tratar da possibilidade de juízo arbitral, elenca as controvérsias que seriam entendidas como atinentes a direitos patrimoniais disponíveis. Ainda que a norma especifique a aplicabilidade para "*controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei*", cabe a reprodução a título exemplificativo.

> Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.
>
> § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:
>
> I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
>
> II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
>
> III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

No mesmo sentido, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no Acórdão nº 6.588/2009[61], estabeleceu justamente que as cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral devem ser justificadas técnica e economicamente, além de estarem, necessariamente, de acordo com as práticas do mercado.

[61] TCU. Acórdão 006.588/2009-8 – Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler.

Parece certo, portanto, que o mais adequado é que o edital contenha a previsão de arbitragem, com a concepção de uma cláusula compromissória completada no corpo do contrato, discriminando as matérias cuja apreciação possa ser submetida a juízo arbitral.

Na conformação da cláusula compromissória, é importante, especialmente, que o regulamento do órgão arbitral autorize o convite livre a árbitros por cada uma das Partes e um terceiro independente escolhido de comum acordo, que será o Presidente do Tribunal.