

PARECER JURÍDICO

CHAMAMENTO PÚBLICO

OBJETO

Parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa para a gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção do sistema de iluminação pública do Município de Leme – SP

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	ESTUDOS DE DIAGNÓSTICO JURÍDICO	7
2.1.	Contextualização sobre os serviços de Iluminação Pública e aspectos do marco legal e regulatório	7
2.2.	Das alternativas para a prestação dos serviços de iluminação pública.....	7
2.2.1.	Regime da Lei Federal nº 8.666/1993	8
2.2.2.	Regime de Concessão Comum	10
2.2.3.	Regime de PPP.....	14
2.3.	Do modelo Jurídico Proposto- regime de Concessão Administrativa.....	19
3	DA ATUAL SISTEMÁTICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO	23
3.1.	Da sistemática de custeio da concessão administrativa e alterações necessárias.....	23
3.1.1.	Necessidade de alteração na sistemática de cobrança e na alíquota incidente sobre a CIP no Município	Erro! Indicador não definido.
3.1.2.	Do fluxo de pagamento e garantia de pagamento por meio da criação de conta vinculada e conta garantia	26
3.2.	Da titularidade do contrato de fornecimento de energia no Município.....	27
3.3.	Aspectos tributários	29
3.4.	Aspectos ambientais	30
4	PRINCIPAIS ASPECTOS DO MODELO DE CONCESSÃO PROPOSTO	32
4.1.	Do procedimento prévio à publicação do Edital.	32
4.2.	Dos limites de endividamento do Município para contratação de PPP.....	33
4.3.	Dos principais aspectos do Edital.....	36
4.3.1.	Objeto	36
4.3.2.	Modalidade	38
4.3.3.	Prazo de vigência	38
4.3.4.	Pedidos de esclarecimento	38
4.3.5.	Impugnações	39
4.3.6.	Alterações no Edital	40
4.3.7.	Participação.....	40
4.3.8.	Consórcios	42

4.3.9.	Visita Técnica	43
4.3.10.	Habilitação Jurídica.....	43
4.3.11.	Regularidade Fiscal e Trabalhista.....	45
4.3.12.	Qualificação técnica.....	45
4.3.13.	Qualificação Econômico-financeira.....	47
4.3.14.	Critérios de julgamento.....	48
4.3.15.	Ordem de julgamento.....	51
4.3.16.	Saneamento de falhas.....	51
4.3.17.	Etapa recursal.....	51
4.3.18.	Homologação, adjudicação e condições precedentes.....	52
4.4.	Quadro resumo do Edital.....	Erro! Indicador não definido.
4.5.	Dos principais aspectos do Contrato de Concessão	54
4.5.1.	Da interpretação do contrato.....	54
4.5.2.	Objeto do Contrato de Concessão	54
4.5.3.	Prazo e Vigência do Contrato de Concessão	55
4.5.4.	Concessionária	55
4.5.5.	Transferência da Concessão e do Controle Acionário da Concessionária	56
4.5.6.	Assunção do Controle da Concessionária pelos Financiadores.....	56
4.5.7.	Obrigações das partes.....	57
4.5.8.	Os direitos da Concessionária.....	58
4.5.9.	Prerrogativas do Poder Concedente	58
4.5.10.	Direitos dos Usuários	58
4.5.11.	Financiamento.....	58
4.5.12.	Valor Estimado do Contrato de Concessão.....	59
4.5.13.	Remuneração da Concessionária	59
4.5.14.	Receitas Complementares, Acessórias ou Projetos Associados.....	60
4.5.15.	Alocação de Riscos	60
4.5.16.	Revisão Extraordinária.....	61
4.5.17.	Revisão Ordinária	62
4.5.18.	Garantia de Execução.....	63
4.5.19.	Bens da Concessão.....	63

4.5.20.	Extinção da Concessão.....	65
4.5.21.	Sanções.....	66
4.5.22.	Mecanismos de Soluções de Controvérsias Arbitragem.....	66
4.5.23.	Foro.....	66

1 INTRODUÇÃO

O presente Parecer Jurídico (“Parecer”) é parte integrante dos estudos de viabilidade técnica, operacional, econômico-financeira e jurídica (“Estudos”) elaborados pela Light & Technology Serviços e Empreendimentos S.A, no âmbito do Termo de Autorização e Chamamento Público, publicado no Diário Oficial do Município de Leme em 19 de agosto de 2020 (“Chamamento Público”), cujo objeto é a entrega de Estudos visando à concessão, na modalidade Parceria Público-Privada, da prestação dos serviços de gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção do sistema de iluminação pública (“Projeto”) do Município de Leme/SP (“Município” ou “Poder Concedente”).

Conforme determinado no edital de Chamamento Público, é certo que, para a adequada prestação dos serviços de iluminação pública os Estudos, deverá possuir como premissa que a contratação contemplará a gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção da rede municipal de iluminação pública.

Ainda, para uma melhor delimitação do escopo do Projeto, também deverão ser observados os limites estabelecidos pela Resolução Normativa n° 414/2010 (“Resolução 414/2010”) da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”).

Com base nas premissas do edital de Chamamento Público e no disposto na Resolução 414/2010, os Estudos deverão abranger ruas, praças, avenidas, túneis, passagens subterrâneas, jardins, vias, estradas, passarelas, abrigos de usuários de transportes coletivos, logradouros de uso comum e livre acesso do Município, sendo ainda certo que inclui-se no conceito de iluminação pública, na forma do artigo 5º da Resolução 414/2010, aquela que tem por objetivo a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas e definidas por meio de legislação específica, exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem interesses econômicos.

Ainda, com base no disposto na Resolução 414/2010, para que os serviços sejam considerados serviços públicos de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, deverão ser cumpridos os seguintes requisitos: (i) estar sob a responsabilidade de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização e (ii) ter por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos (de uso comum e livre acesso), de forma periódica, contínua ou eventual.

Utilizando-se dessas premissas e entre outras, pretende-se, com o presente Parecer, abordar sobre as principais normas legais que devem ser observadas para a implantação

do Projeto, desde sua etapa atual, consistente na elaboração de estudos preliminares, até o início da execução das atividades destinadas à sua implementação.

O presente estudo de viabilidade jurídica foi realizado de forma a inicialmente identificar o marco-regulatório do setor de iluminação pública em âmbito nacional e municipal, buscando apresentar solução ao Município que possibilite adequar o sistema de iluminação pública local às disposições do marco regulamentar da atividade e, em específico, as disposições da Resolução 414/2010, e respectivas alterações, da ANEEL.

Sem prejuízo das informações dispostas na minuta de edital (“Edital”), minuta de Contrato de Concessão (“Contrato”) e respectivos anexos elaborados e entregues em conjunto ao presente Parecer, apresentamos a seguir os principais pontos, temas e características da modelagem jurídica proposta, visando esclarecer e nortear o Poder Concedente na futura contratação.

2.1. Contextualização sobre os serviços de Iluminação Pública e aspectos do marco legal e regulatório

Os serviços de iluminação pública consistem em serviços essenciais à boa qualidade de vida da população, beneficiando o coletivo em diversos aspectos como o desenvolvimento da atividade turística, a redução dos índices de acidentes de trânsito, a redução dos índices de criminalidade e o fomento a práticas de lazer e desporto noturnas.

Trata-se de atividade notadamente de interesse e utilidade pública local, sendo portando de competência dos Municípios sua organização e prestação nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal (“CF”).

Compete, portanto, aos Municípios, observada sua autonomia constitucional, deliberar acerca da organização e melhor forma de prestação dos serviços de iluminação pública, ou seja, diretamente ou de forma indireta.

Com o advento da Resolução 414/2010, os ativos dos serviços de iluminação pública que antes eram mantidos pelas empresas estatais ou concessionárias de distribuição de energia foram transferidos, em sua integralidade, aos Municípios, observadas as disposições da própria resolução.

Criou-se, portanto, cenário no qual os Municípios, além de possuírem a competência para assegurar e organizarem a prestação diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, também passaram a deter o controle e titularidade de todo o sistema de iluminação pública local.

Nesse sentido, a prestação indireta do serviço de iluminação pública poderá ocorrer mediante a instituição de empresa estatal ou por meio de contratação de empresas especializadas, por meio de licitação pública, valendo-se, do regime de empreitada nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993 ou regime de concessão previsto na Lei Federal nº 8.987/1995 e na Lei Federal nº 11.079/2004.

2.2. Das alternativas para a prestação dos serviços de iluminação pública

Conforme muito bem destacado e solicitado no Chamamento Público, a finalidade do Município é a contratação de empresa para explorar os serviços de iluminação pública sob o regime de Parceria Público-Privada (“PPP”), na modalidade concessão administrativa.

Não obstante a definição prévia do modelo jurídico de delegação do Projeto, deve-se analisar os modelos de delegação de serviços públicos atualmente vigentes no ordenamento brasileiro, bem como na sua respectiva aplicabilidade ao Projeto.

2.2.1. Regime da Lei Federal nº 8.666/1993

Uma das possibilidades para prestação dos serviços de iluminação é a contratação, por meio da celebração com terceiros de contratos específicos de prestação de serviços, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993. Tal modalidade de contratação inclui usualmente o fornecimento de materiais diversos pelo contratado, bem como o fornecimento de sistemas especializados de atendimento de reclamação e a emissão de relatórios estatísticos.

Portanto, a contratação dos serviços objeto do Projeto poderia ser realizada com o modelo de empreitada, nos termos e condições constantes na Lei Federal nº 8.666/1993, uma vez que os serviços a serem contratados são, em sua grande maioria, obras civis e edificações e intervenções de menor monta. Não obstante, o regime de empreitada previsto na Lei Federal nº 8.666/1993 apresentaria determinadas desvantagens ao Município, tais como:

- (i) **Prazo:** Duração contratual máxima de 60 (sessenta) meses, sem possibilidade de prorrogação adicional, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, resultando na necessidade de realização de procedimentos licitatórios adicionais e consecutivos, não obstante a boa execução dos serviços prestados pelo contratado. Assim, além de custos e eventuais interrupções na prestação adequada dos serviços decorrente da necessidade de realização de diversas licitações, sujeitas a medidas judiciais que possam retardar a contratação de um prestador de serviço para substituir o prestador cujo contrato se encerra, o próprio custo de realização da licitação, por si só, é bastante significativo, especialmente considerando que os quadros técnicos e de servidores da Administração Pública já são bastante exíguos em relação à quantidade de contratações a realizar;
- (ii) **Finalidade:** a contratação com base na Lei Federal nº 8.666/1993, por objetivar especialmente serviços mais pontuais e de valores, em regra, menos representativos, não oferece mecanismos de avaliação da qualidade dos serviços prestados como, por exemplo, os índices de desempenho típicos da contratação de parcerias público-privadas, os quais se revelam como importante incentivo de natureza econômica para que o contratado mantenha o serviço prestado de acordo com os critérios de qualidade mínimos estabelecidos no instrumento contratual;

- (iii) **Remuneração:** A Lei Federal nº 8.666/1993 prevê pagamentos à vista, equivalentes aos serviços efetivamente executados, não havendo possibilidade do ente público contratante se valer da capacidade de financiabilidade do ente privado para a realização de investimentos vultosos na melhoria e expansão do serviço prestado, de forma a desonerar o erário público, permitindo um pagamento parcelado pelos serviços ao longo de um período significativamente maior;

- (iv) **Eficiência:** Nos termos do artigo 15, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/1993, havendo a possibilidade, a licitação deve ser fracionada em tantas partes quanto econômica e tecnicamente viável, o que gera dificuldade em agregar, de forma adequada e no âmbito de um contrato específico, serviços relacionados, mas de natureza distinta, como serviços de iluminação pública (gestão, modernização, expansão do parque, instalação e gestão de sistemas etc.) e *call center*, ou mesmo serviços e obras civis;

- (v) **Garantias:** Dificuldade da Administração Pública em executar a garantia relacionada à qualidade dos bens fornecidos ao contrato, uma vez que, em razão da duração máxima de 5 (cinco) anos do contrato de prestação de serviços, os desgastes precoces e defeitos dos bens fornecidos na prestação do serviço serão suportados pela Administração Pública ao final da vigência do contrato, uma vez que normalmente, a garantia de execução contratual já foi devolvida e o contratado, se não tiver outros negócios com a Administração Pública, teria poucos incentivos jurídicos e econômicos para realizar a devida substituição dos mencionados equipamentos; e

- (vi) **Fiscalização:** É típico dos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 a fiscalização do contrato com rígido controle dos custos unitários incorridos pelo contratado, em detrimento da fiscalização/regulação por meio de parâmetros de desempenho a serem atingidos pelo contratado, aumentando os custos de fiscalização e reduzindo o foco na efetiva qualidade dos serviços prestados frente a necessidade de uma fiscalização muito mais relacionada aos quantitativos dos equipamentos efetivamente utilizados na prestação dos serviços contratados.

Dessa forma, verifica-se, de forma inequívoca, que o modelo de contratação do serviço de iluminação pública pela modalidade prevista na Lei Federal nº 8.666/1993, ainda que passível de melhorias pontuais, contém ineficiências intrínsecas que o tornam incapaz de suprir as necessidades do Município almejadas no edital do Chamamento Público.

2.2.2. Regime de Concessão Comum

A concessão comum consiste em espécie de contrato administrativo disciplinado pela Lei Federal nº 8.987/1995, cujo objetivo é transferir temporariamente a gestão de serviços públicos, precedidas ou não da execução de obras públicas, à iniciativa privada. A titularidade do serviço, no entanto, permanece do Poder Concedente, ou seja, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público delegado.

Quanto à sua estruturação econômico-financeira, os projetos modelados sob o regime contratual de concessão comum são remunerados, fundamentalmente, a partir de receita tarifária cobrada dos usuários dos serviços concedidos, admitindo-se, ainda, receitas extraordinárias para composição da remuneração da Concessionária. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto^[1] explica que:

“(...) a terceira característica do objeto da concessão comum situa-se no seguinte: o serviço público delegado permita fruição individual e mensuração do quanto fruído para fins de definição do preço (no caso de tarifa). (...) com a edição da Lei nº 11.079/2004, o empregado da concessão, regime integralmente pela Lei nº 8.987/1995 (nominada de “comum”), passou a se voltar para a concessão remunerada especificamente por tarifa paga diretamente pelos usuários, sem assunção de remuneração por subsídio ou tarifas pagas pelo Administração Pública. De todo modo, a concessão comum pressupõe o pagamento de tarifa diretamente pelo usuário. Isso faz com que o objeto dessa modalidade concessória admita a fruição individual (excluindo os serviços públicos uti univesi) e que, além disso, a individualização da fruição (a mensuração do quanto usufruído) seja técnica e economicamente viável.”

A concessão comum, portanto, consiste em um regime para concessão de serviços que são predominantemente pagos pelas tarifas dos usuários, cobradas diretamente dos próprios usuários.

O regime poderia, em tese, ser explorado diretamente pela Administração Pública sem a necessidade de outorga. Entretanto a delegação dos serviços propicia a utilização de capitais privados pela Administração Pública, viabilizando à instalação, recuperação, manutenção e/ou expansão de serviços públicos e reduzindo os impactos orçamentários dos entes públicos.

[1] Concessões. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 179-180

Outra característica da concessão comum é o fato de que a adoção deste regime contratual pressupõe certa autonomia de gestão da Concessionária sob a forma de execução do serviço a ela concedido, sem prejuízo, entretanto, do exercício dos poderes regulatórios e fiscalizatórios pelo Poder Concedente visando controlar a atuação da Concessionária. Isto porque a gestão do serviço público pela Concessionária compreende, fundamentalmente, 02 (dois) aspectos principais: **(i) gestão operacional e a (ii) gestão executiva**, sendo que a gestão estratégica permanece sob responsabilidade do Poder Concedente.

A gestão operacional compreende a organização do funcionamento do serviço público, em seus aspectos de organização operacional para cumprir objetivos postos, racionalização de meios, e adoção de soluções metodológicas mais eficientes. Já a gestão executiva consiste no próprio desenvolvimento das atividades necessárias à prestação dos serviços concedidos. A gestão estratégica, por sua vez, consistiria no exercício das funções de programação, direção e controle do serviço, sendo própria, pois, de quem detém a titularidade do serviço, ou seja, o Poder Concedente, conforme visto acima.

Há, assim, uma responsabilidade adicional assumida pela Concessionária em contratos regidos pela Lei Federal nº 8.987/1995 quando comparada a outros contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993, qual seja, a gestão operacional, e não somente a mera gestão executiva do serviço.

Da assunção da responsabilidade pela gestão operacional pela Concessionária decorre, por consequência, a assunção também de riscos que em contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 são alocados à Administração Pública. Acerca do assunto, importante os ensinamentos de Fernando Vernalha Guimarães^[2]:

“(...) a ampliação da autonomia de gestão do concessionário importa a ampliação dos riscos inerentes à execução do contrato. O reconhecimento dessa autonomia à concessão, portanto, lhe evidencia um perfil econômico-financeiro bastante peculiar e que a distingue dos outros contratos administrativos.”

Assim, nas concessões comuns os riscos inerentes à prestação dos serviços são, em regra, transferidos à Concessionária. Tal circunstância inevitavelmente refletirá no preço das tarifas cobradas dos usuários, já que a remuneração da Concessionária é proporcional aos riscos por ela assumidos em razão da concessão. Por outro lado, o sucesso da concessão, refletida na qualidade da prestação dos serviços concedidos, passa a ser uma preocupação também da própria Concessionária, uma vez que a amortização de todos os investimentos por ela realizados depende da continuidade da sua gestão sobre o serviço público envolvido.

^[2] Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

Com isso, é possível dizer que a concessão possibilita, ao contrário de outros contratos administrativos celebrados pela Administração Pública sob o regime da Lei Federal nº 8.666/1993, a conjugação de interesses do Estado, da sociedade e da própria Concessionária.

Portanto, em síntese, a concessão comum pressupõe a assunção, pela Concessionária, da obrigação de gerir um serviço público mediante a prerrogativa de explorá-lo economicamente, por meio da possibilidade de cobrança de tarifa de seus dos usuários. Acerca do assunto, importante explicitar o entendimento de Fernando Vernalha Guimarães^[3] no mesmo sentido:

“Fundamentalmente, o que é de relevo na caracterização da concessão está na assunção da obrigação de execução (ao modo de gestão) do serviço público pelo concessionário, extraindo sua remuneração diretamente da exploração do negócio (e de receitas alternativas vinculadas ao negócio da concessão).”

Todavia, destaca-se que não é possível a adoção do regime da concessão comum para os serviços de iluminação pública. Isto porque, é juridicamente e tecnicamente impossível a cobrança de tarifa dos munícipes para a prestação do referido serviço, pois a cobrança de tarifas pressupõe a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis. Nesse sentido, para Cleber Demétrio Oliveira da Silva^[4]:

“Como já observado por ocasião do exame da Lei Consorcial, verifica-se que tal conceito – examinadas as definições de consagrados juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior, Juarez Freitas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medauar – compõe-se de uma idéia nuclear, comum a todas as definições estudadas, caracterizada pelo entendimento de que serviço público é prestação estatal que visa à satisfação de necessidades coletivas. Portanto, o serviço de iluminação pública amolda-se perfeitamente ao conceito de serviço público, sendo, portanto, possível de ser implementado através de consórcios públicos. Apenas como reforço argumentativo, faz-se a seguinte ilação: imagine-se, nos conturbados dias de hoje, em que a segurança pública passa por grave colapso em todo o país, uma cidade, de qualquer porte, completamente às escuras após o pôr-do-sol. O tão só fato de inexistir iluminação pública sujeitaria todos a um tenso clima de insegurança, pois o simples andar

[3] Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67

[4] Os consórcios públicos na prestação de serviço de iluminação pública nos municípios brasileiros. Texto disponível na rede mundial de computadores no endereço: <http://jus.com.br/artigos/7343/os-consorcios-publicos-na-prestacao-de-servico-de-iluminacao-publica-nos-municipios-brasileiros>, consulta realizada em 14/06/2019, às 23h54.

pelas calçadas escuras se constituiria em evidente exposição do pedestre a agressões de todas as espécies, potencialmente violadoras de seu patrimônio e, até mesmo, de sua própria integridade física. Certamente, pequeno exercício de memória é suficiente para lembrar notícias, veiculadas pela mídia, dando conta da ocorrência de saques, furtos, roubos e tantos outros crimes, por ocasião de interrupções involuntárias de energia elétrica (blecautes e apagões) em cidades espalhadas por todo o mundo. Portanto, é evidente que a iluminação pública está diretamente ligada à segurança pública. E segurança pública é necessidade coletiva. A sociedade necessita dela para subsistir e se desenvolver como tal. Sem segurança pública, a coletividade está fadada à sua inviabilização e conseqüente desagregação. Esta linha pragmática de raciocínio também permite concluir, via de conseqüência, que o serviço de iluminação pública, pela sua vinculação direta às questões de segurança pública, também se reveste da essencialidade e necessidade próprias do serviço público strictu sensu, caracterizando-se como um serviço próprio do Estado, "que são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Administração Pública (segurança, polícia, higiene e saúde pública etc.)".

Uma vez que o serviço de iluminação pública não pode ser fruído individualmente pelos munícipes e que tal serviço beneficia, de forma indistinta, toda a coletividade em seu conjunto (serviço “*uti universi*” ou geral), sem que possa ser apropriado pelos beneficiários de sua prestação de forma individual, seu custeio deve ser, impreterivelmente, realizado por toda a comunidade, de forma indistinta, por exemplo por meio de impostos. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles^[5]:

“uti universi” ou gerais, ou seja, “aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado a sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Esses serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização.”

Inclusive, a impossibilidade de cobrança de tarifa dos serviços de iluminação pública trata-se de matéria já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (“**STF**”), inclusive com a edição da Súmula Vinculante nº 41: “*Enunciado: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa*”.

[5] Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, s/a, p.323

Portanto, ante o exposto, verifica-se que a consecução do Projeto em questão não poderá se dar por meio de uma concessão comum, uma vez que, em razão da natureza do serviço de iluminação pública, a remuneração da Concessionária não pode ocorrer por meio de tarifas, haja vista não se tratar, evidentemente, de serviço específico e divisível.

2.2.3. Regime de PPP

As PPP, em sentido amplo, são qualquer forma de associação entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas físicas ou jurídicas privadas para realização de obra, produto ou serviço, abrangendo desde as disposições da Lei Federal nº 8.987/1995 até as contratações de obras, produtos e serviços previstos na Lei Federal nº 8.666/1993.

Ocorre que, no Brasil, em decorrência da edição da Lei Federal nº 11.079/2004, a expressão “*Parceria Público-Privada*” adquiriu um sentido específico, mais restritivo. Na acepção legal, PPP é espécie de concessão que **poderá ocorrer na modalidade patrocinada ou administrativa.**

Na modalidade patrocinada, a remuneração será paga parcialmente pelo usuário final do serviço concedido por meio de tarifas e complementada pela Administração Pública.

Por sua vez, na modalidade administrativa, a Administração Pública será usuária direta ou indireta do serviço concedido, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de bens, sendo exclusivamente responsável pela remuneração da Concessionária.

Considerando que a proposta dos Estudos ora apresentados é demonstrar a viabilidade da concessão administrativa para o Projeto, iremos inicialmente destacar as características do regime da concessão patrocinada para, em sequência, em capítulo específico adentrar o modelo jurídico proposto, indicando suas principais características e medidas que deverão ser observadas pelo Município.

2.2.3.1. Regime de Concessão Patrocinada

A Lei Federal nº 11.079/2004 define concessão patrocinada como a concessão de obras ou de serviços públicos em que haja a contraprestação da Administração Pública, adicionalmente à cobrança de tarifa dos usuários.

A ampla maioria da doutrina, nesse sentido, firmou entendimento de que a concessão patrocinada nada mais é do que uma concessão comum com a possibilidade de pagamento

pelo Poder Concedente à Concessionária de uma contraprestação pública. Nesse sentido, vide explanação de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹:

“Portanto, a concessão patrocinada é apenas uma concessão comum de serviço público que permite o pagamento pela Administração de uma contraprestação pública.”

Trata-se de modelo jurídico a ser utilizado pela Administração Pública quando: (i) o objeto de delegação envolver a prestação de um serviço público, e (ii) a viabilidade da equação econômico-financeira do empreendimento depender, além da cobrança de tarifa módica do usuário, do pagamento de contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente.

Dessa forma, observa-se que a modicidade tarifária é o principal motivo social, econômico e jurídico a justificar a adoção do modelo de concessão patrocinada. Acerca do tema, vide as elucidações de Fernando Vernalha Guimarães²:

“Talvez o propósito fundamental que justifica a concepção da concessão patrocinada esteja na sua vocação a permitir a participação do capital privado em projetos financeiramente deficitários. O modelo pressupõe assim ajustes em que a receita tarifária conjuntamente com outras fontes de financiamento não se mostram suficientes a produzir um projeto autossustentável (concretamente delineado), havendo daí a necessidade de se complementar as receitas do concessionário a partir da participação (pela adição de recursos públicos) do Administração Pública no seu financiamento. Há hipóteses em que um projeto de concessão, considerando-se todas as fontes de financiamento viáveis (receita tarifária em patamar módico, receitas alternativas e acessórias) do concessionário, afigura-se inviável. Há insuficiência das fontes de financiamento do serviço público. A hipótese de adicionar contraprestações do Administração Pública consiste assim num modo de viabilizar a execução de projetos nessa condição.”

Tem-se, assim, que a concessão patrocinada consiste em um regime contratual criado pela legislação visando a instrumentalizar financeiramente a delegação de serviços públicos deficitários.

Nesse sentido, a adoção do regime de concessão patrocinada propicia ao Poder Concedente se apropriar do capital privado visando ao financiamento de projetos e empreendimento necessários à prestação de serviços públicos, repartindo o dever de

¹ Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

² Parceria Público-Privada. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 100

remunerar a Concessionária entre o Poder Concedente e os usuários do serviço, envolvendo, eventualmente, uma composição com receitas extraordinárias.

Cumpra ressaltar, entretanto, que a concessão patrocinada não elimina a característica inerente à concessão comum consistente no fato de que a remuneração integral da Concessionária é estritamente vinculada à prestação dos serviços públicos a ela concedidos. Isto porque, embora parcela da remuneração ocorra por meio de pagamento de contraprestação pelo Poder Concedente, seu início, assim como também ocorre na concessão administrativa, é condicionado à disponibilização dos serviços públicos pela Concessionária. Nesse sentido é a literalidade do artigo 7º da Lei Federal nº 11.079/2004, *in verbis*:

“Art. 7º. A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

Assim, a concessão patrocinada consubstancia-se em um novo modelo de estruturação econômico-financeira de contratações administrativas, na qual o Poder Concedente possui a prerrogativa de promover antecipadamente investimentos com capital privado, com pagamento diferido ao longo do prazo de execução dos serviços.

Observa-se, todavia, que embora a questão relacionada à viabilização econômico-financeira por meio do pagamento de contraprestação paga pelo Poder Concedente seja um elemento fundamental à caracterização do regime contratual de concessão patrocinada, entende-se que outro mecanismo de viabilização de empreendimentos deficitários previsto na Lei Federal nº 11.079/2004 também é crucial para justificar a adoção da concessão patrocinada. Trata-se da possibilidade prevista no artigo 4º, inciso VI, e artigo 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/2004, *in verbis*:

“Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;”

“Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no artigo 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;”

Trata-se de aspecto que não pode ser desprezado, uma vez que o compartilhamento dos riscos inerentes à concessão entre o Poder Concedente e a Concessionária permite a redução do custo atribuído aos riscos que, na repartição objetiva e contratualmente

prevista, foram alocados ao Poder Concedente. Tal sistemática torna, pois, o projeto atrativo à iniciativa privada, e, conseqüentemente, propicia a viabilização econômico-financeira da concessão.

A concessão patrocinada, nesse contexto, representa alteração da concepção própria do modelo de concessão comum, não só por proporcionar a possibilidade de a remuneração da Concessionária ser composta por contraprestação paga pelo Poder Concedente, mas também na concepção do risco envolvido neste modelo concessório. Conforme leciona Fernando Vernalha Guimarães³:

“A feição convencional da concessão pressupunha (pelo menos em tese) a transferência de parcela de riscos ao prestador, que se encarregava de suportar os riscos de sua exploração econômico-financeira. Isso era uma decorrência do mecanismo de tarifação baseada no risco de utilização. (...) Sem afirmar o desaparecimento do risco na concessão, é perceptível que as novas configurações dessa técnica [concessória, ou seja, da Concessão Patrocinada], ainda que não o tenham eliminado, favorecem a sua mitigação (como álea ordinária).”

Dentre outros riscos que podem ser alocados ao Poder Concedente – que, por alguma característica peculiar de cada projeto, representaria um aumento significativo da remuneração devida à Concessionária – é certo que o próprio fato de parcela da remuneração recebida pela Concessionária provir de contraprestação paga pelo Poder Concedente reduz o risco ordinário da exploração do negócio pela Concessionária, o que por si só pode significar uma diminuição dos custos envolvidos no projeto que deverão ser alocados pela Concessionária na sua execução.

Note-se que, embora tal condição, aparentemente, aproxime o modelo de concessão patrocinada aos regimes contratuais regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993, uma análise mais aprofundada do assunto permite identificar traços claramente distintivos entre esses modelos.

O primeiro consiste no modo de financiamento da concessão patrocinada, que permite o diferimento do custo financeiro do Poder Concedente ao longo do prazo da concessão, uma vez que não se exige que o pagamento da contraprestação devida à Concessionária ocorra *pari passu* à realização dos investimentos. Trata-se, pois, de sistemática completamente distinta àquela prevista na Lei Federal nº 8.666/1993, que, em razão do disposto em seu artigo 57, pressupõe que o pagamento do contratado ocorra concomitantemente ao cumprimento de sua obrigação contratual.

³ Parceria Público Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

O segundo revela-se no fato de que a prestação dos serviços e a execução das obras objeto da concessão patrocinada pressupõem sua realização sob o modo de gestão, tanto operacional quanto executiva, sendo que somente a gestão estratégica permanece sob a responsabilidade do Poder Concedente.

Por fim, a concessão patrocinada deve envolver, necessariamente, a assunção do risco de qualidade do serviço público pela Concessionária, em virtude do mandamento legal constante do inciso VII do artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/2004.

Portanto, ainda que certo projeto possa ser caracterizado como economicamente autossustentável, a concessão patrocinada consiste ainda como instrumento (regulatório) de compartilhamento de riscos específicos do projeto, que, caso sejam alocados à Concessionária, poderão inviabilizar a observância da modicidade tarifária e/ou impedir melhores condições de financiamento do serviço público pelo capital privado.

Feitos os esclarecimentos acima, também é importante salientar que além da questão relacionada à viabilização econômico-financeira do projeto, a concessão patrocinada propicia outra vantagem comparativa em relação ao modelo de concessão comum, qual seja, a possibilidade da instituição de mecanismos mais eficientes de controle da qualidade dos serviços prestados.

Isto porque a adoção do modelo de concessão patrocinada permite ao Poder Concedente exigir – e controlar de forma mais eficaz – níveis de disponibilidade e qualidade dos serviços prestados pela Concessionária.

Com efeito, a Lei Federal nº 11.079/2004, a fim de aperfeiçoar o regime jurídico instituído por intermédio da Lei Federal nº 8.987/1995, previu, em seu artigo 6º, a possibilidade do Poder Concedente vincular o pagamento integral da remuneração por ele paga à Concessionária ao atingimento de parâmetros de desempenho contratualmente previstos.

Tal mecanismo, inexistente no regime de concessão comum, enseja maiores incentivos à Concessionária em executar o objeto da concessão da melhor forma possível, sob pena desta sofrer significativos impactos na amortização dos investimentos por ela realizados.

Nesse sentido, vislumbra-se que a instituição de parâmetros de desempenho consistiria em um instrumento de incentivo ao cumprimento do Contrato pela Concessionária. Sua utilização, ainda, aumentaria e tornaria significativamente mais eficiente os mecanismos de controle e fiscalização tradicionalmente adotados pela Administração Pública, haja vista que o desconto na remuneração da Concessionária decorrente da aplicação de parâmetros de desempenho envolve um procedimento mais célere do que aquele

necessário à aplicação de multas por descumprimento de obrigações contratuais por parte da Concessionária.

Todavia, no caso em tela, não há, face ao ordenamento jurídico existente, qualquer possibilidade jurídica de pagamento de tarifa pela população à futura Concessionária, mas apenas o pagamento direto pelo Município consubstanciado na contraprestação pecuniária, equivalente aos serviços efetivamente prestados pela Concessionária.

Assim, a utilização de PPP na modalidade patrocinada como modelo jurídico para o Projeto seria também inviável.

2.3. Do modelo Jurídico Proposto- regime de Concessão Administrativa

De forma similar à concessão patrocinada, o regime da concessão administrativa é regida pela Lei Federal n.º 11.079/2004 e caracteriza-se como uma das uma modalidade de PPP conforme artigo 2º, §2º: *“contrato de prestação de serviços, no qual a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”*.

A concessão administrativa tem como objeto principal a prestação de um serviço, comum ou público, embora possa abranger também a execução de uma obra, fornecimento e instalação de bens.

Assim, o serviço objeto do Contrato de Concessão administrativa não necessita ser um serviço público, mas **qualquer serviço do qual a Administração pública seja, direta ou indiretamente, usuária, tal como os serviços de iluminação pública.**

Além da sujeição às normas da Lei Federal n.º 11.079/2004, os serviços prestados à Administração Pública como concessão administrativa devem atender também aos artigos 21, 23, 25, 27, 28 e 29 da Lei Federal n.º 8.987/1995. Tais normas abordam situações de responsabilidade da Concessionária perante o Poder Concedente, os usuários e terceiros, subcontratação, transferência do contrato de concessão, encargos do Poder Concedente, encargos da Concessionária, intervenção e formas de extinção da concessão, os quais não encontram paralelo equivalente na Lei Federal n.º 8.666/1993.

Caracteriza-se, assim, verdadeira integração entre os institutos contratuais clássicos (objeto da Lei Federal n.º 8.666/1993) e o instituto da concessão de obras, bens e serviços públicos (objeto da Lei Federal n.º 8.987/1995).

Como resultado, temos, em regra, a prestação de serviço caracterizado ou não como serviço público, precedente ou não da realização de obra ou fornecimento de equipamento

pelo contratado, que ainda poderá ou não assumir bens da Administração Pública empregados na execução do serviço concedido, com requisitos típicos dos serviços públicos e com avaliação do desempenho do parceiro privado com reflexos na remuneração paga pelo parceiro público.

Para Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind⁴:

“(...) é necessário assinalar a relevância da figura da concessão administrativa. Ainda que a Lei das PPP discipline também a concessão patrocinada, a figura da concessão administrativa merece uma atenção diferenciada. Assim se passa porque a concessão patrocinada não configura uma inovação tão relevante no tocante ao modelo tradicional da concessão de serviço público. (...) A concessão administrativa permitiu inovações muito notáveis, eis que não se vincula a um serviço público – ainda que possa envolver um serviço prestado ao público. O modelo da concessão administrativa propicia soluções de longo prazo, tornando superada a questão dos limites temporais dos contratos administrativos da Lei 8.666. Depois, afasta o drama das limitações orçamentárias, que gera sempre o risco de obras inacabadas. Enfim, permite a obtenção de obras e serviços a ela relacionados concebidos segundo um padrão de eficiência tipicamente privado.”

Outra característica relevante das concessões administrativas e que, para o Projeto, torna-se crucial, é a remuneração do concessionário nesta modalidade, realizada exclusivamente pela Administração Pública, por meio do pagamento de valor à título de “contraprestações públicas” ou simplesmente “contraprestações” em detrimento ao pagamento de “tarifas” ou outras espécies de preços públicos, como ocorre nas concessões comuns e concessões patrocinadas. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto⁵ afirma que:

“Se, na concessão patrocinada, faz parte da definição haver tarifa paga pelo usuário e alguma contraprestação em pecúnia, na concessão administrativa não teremos remuneração tarifária (...)”

Ou seja, não existirá o pagamento de tarifas dos serviços pela população, sendo certo, portanto, que a concessão administrativa não apresentaria os mesmos limites que as concessões comuns e/ou patrocinadas nesse ponto, uma vez que seriam custeados pelo pagamento de contribuições, ou mais especificamente, pagamento Contribuição de Iluminação Pública (“CIP”), que será melhor tratada adiante.

⁴ Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP in Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004/Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores. 1. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 36

⁵ Concessões. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 179-263

Desta forma, conclui-se que, no caso sob análise e considerando o escopo do Projeto e as características de todas as formas de outorga de serviços públicos possíveis, verifica-se que **a única modalidade de contratação que se adequa à atual disciplina jurídica da matéria é a Parceria Público-Privada, na modalidade de Concessão Administrativa.**

2.3.1. Da Lei Municipal nº 3.872/2020

No Município de Leme, o Programa de Parceria Público-Privada foi criado por meio da Lei Municipal nº 3.872/2020. Segundo o artigo 5º da referida legislação, poderão ser objeto de contratação por meio de Parceria Público-Privada:

- I – a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infraestrutura pública;*
- II – a prestação de serviços público;*
- III - .a exploração de bem público;*
- IV – a execução de obra para alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública Municipal; ou*
- V – a construção, ampliação, manutenção, reforma e gestão de bens de uso público em geral, incluídos os recebidos por delegação do Estado ou da União;*
- e*
- VI – quaisquer outras hipóteses em que seja demonstrado o interesse público na adoção de Parceria Público-Privadas, desde que não se enquadre nas vedações da parágrafo único deste artigo.*

Parágrafo Único. É proibida a celebração de Parcerias Público-Privadas nos seguintes casos:

- I – execução de obra sem atribuição ao contratado do encargo de mantê-la e explorá-la por, no mínimo, 5 (cinco) anos;*
- II – que tenha como único objeto a mera terceirização de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, bem como as prestações singelas ou isoladas, sendo consideradas aquelas que não envolvam conjunto de atividades;*
- III – que tenha valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); ou*
- IV – que tenha prazo de vigência inferior a 5 (cinco) e/ou superior a 35 (trinta e cinco) anos.”*

Dessa forma, verifica-se que os serviços de gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção do sistema de iluminação pública se enquadra no rol de serviços já autorizados pelo Poder Legislativo, de forma genérica, tendo em vista que podem ser considerados serviços públicos prestados diretamente à Administração Pública, bem

como como serviços de ampliação, melhoramento, manutenção e gestão de infraestrutura pública.

Destaca-se, outrossim, que não há obrigatoriedade de promulgação de lei autorizativa específica para a contratação de Parceria Público-Privada na modalidade de Concessão Administrativa, bastando mera autorização geral para delegação dos serviços.

Tal posicionamento é corroborado pela jurisprudência pátria, tanto no âmbito do Poder Judiciário, quanto no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que já decidiram pela desnecessidade de lei autorizativa específica para delegação de serviços mediante Parceria Público-Privada na modalidade Concessão Administrativa⁶ e reforçado pela Lei Municipal nº 3.872/2020, que, em seu artigo 6º é expressa em informar que apenas as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração seja paga pela administração pública depende de lei autorizativa específica:

“Art. 6º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública Municipal dependerão de autorização legislativa específica.”

Dessa forma, entende-se que não há impedimento legal ou óbice para a contratação da Parceria Público-Privada na modalidade Concessão Administrativa nos termos ora propostos ao Município de Leme.

⁶ TJ/SP. Apelação Com Revisão 0161581-83.2007.8.26.0000. Relator Desembargador Franklin Nogueira; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes – 1ª vara; Data do Julgamento: 26/02/2008; Data de Registro: 05/03/2008
TCE/SP. Acórdão. Exame Prévio de Edital TC-016498.989.16-9; TC-016775.989.16-3; TC-016865.989.16-4. Relator Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho. Data da publicação: 24/02/2017, no mesmo sentido: TCE/SP. Acórdão. Exame prévio de Edital TC-42428/026/09, TC-44789/026/09, TC45031/026/09 e TC-45147/026/09. Relator Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Data da publicação: 04/05/2010

3 DA ATUAL SISTEMÁTICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO

Superados os possíveis modelos jurídicos que poderiam ser adotados pelo Município para implantação do Projeto, passamos abordar características-chave específicas do Município, em específico a sistemática de custeio da eventual concessão e a interface entre o Município e a concessionária de distribuição energia elétrica local, no caso, a Elektro Redes S.A. (“ELEKTRO”).

A finalidade da presente análise é para, além de fornecer um panorama geral, poder contextualizar ao Poder Concedente eventuais alterações e adaptações que deverão ser observadas para implantação do Projeto.

3.1. Da sistemática de custeio da concessão administrativa e alterações necessárias

O Município deverá, preferencialmente, adotar as receitas provenientes da CIP como forma de remuneração do parceiro privado em eventual contrato de concessão administrativa.

A CIP consiste em mecanismo tributário criado para solucionar a impossibilidade da cobrança de taxa ou outras espécies de tributos para os serviços de iluminação pública (conforme já tratado ao discorrer sobre as concessões comuns e patrocinadas), visando assegurar aos Municípios uma receita corrente e específica para custeio das atividades de iluminação pública, prevista no artigo 149-A, *caput*, da Constituição Federal:

“Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no artigo 150, I e III”

Trata-se de forma de tributação amplamente utilizada por Municípios (sendo certo que sua grande maioria possui legislação prevendo a cobrança dos tributos diretamente nas contas de energia elétrica). **Especificamente com relação ao Município, nota-se que a CIP foi instituída por meio da Lei Complementar nº 650/2009, com alterações das Leis Complementares nº 586/2010 e 678/2013.**

Não obstante a finalidade da contribuição e a adoção generalizada por diversos Municípios e o entendimento favorável de adoção da CIP para financiamento de PPP de

iluminação pública, destaca-se que a CIP foi tema de questionamentos judiciais por órgãos de controle externo⁷.

Quanto a isto, questionava-se questões conceituais e puramente jurídicas relacionados aos seguintes pontos:

- (i) **Violação ao princípio da isonomia**, decorrente do fato de que a lei que institua a CIP adota como contribuintes os titulares de faturas de energia elétrica e proprietários de imóveis não edificadas, sendo que não são só estes os beneficiários da contraprestação estatal em questão;
- (ii) **Ofensa aos princípios da legalidade** (artigo 150, alíquotas “I” e “III”, da CF), tendo em conta o fato de que a tarifa de iluminação pública é fixada pela ANEEL através de resolução específica, o que impactaria no aspecto quantitativo do tributo;
- (iii) **Afronta ao princípio da capacidade contributiva** (artigo 145, § 1.º, da CF), pois assim como no caso das taxas, também a contribuição para o custeio da iluminação pública deve ser calculada a partir da mensuração da despesa pública necessária à prestação de tal serviço e rateada entre os contribuintes proporcionalmente ao uso do serviço; e
- (iv) **Afronta ao princípio da anterioridade** (artigo 150, III, “b”, da CF/88), tendo em vista que a base de cálculo estabelecida pela lei pode variar ao longo do ano, uma vez que atrelada à tarifa de energia do grupo iluminação pública, que sofre reajuste no transcorrer do exercício.

Quanto aos três primeiros pontos, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 573.675, manifestou-se pela legalidade e constitucionalidade da CIP, ausência de dano aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Mais especificamente, de acordo com a corte a contribuição é tributo de caráter *sui generis* e a ela aplicam-se os princípios aplicáveis às taxas e contribuições apenas no que couber, sendo que, como seria impossível destacar os cidadãos que usufruem ou não da iluminação, e em que medida, a forma de cobrança da contribuição prevista na Constituição Federal, nas contas de energia elétrica, é razoável e não fere a isonomia, senão confira-se⁸:

⁷ Cita-se como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.04.405153-0/000 movida pela Ministério Público de Minas Gerais.

⁸ RE 573.675, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 25.3.2009, DJe de 22.5.2009

*“Constitucional. Tributário. RE interposto contra decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade estadual. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública - CIP. Art. 149-A da Constituição Federal. Lei complementar 7/2002, do Município de São José, Santa Catarina. Cobrança realizada na fatura de energia elétrica. Universo de contribuintes que não coincide com o de beneficiários do serviço. Base de cálculo que leva em consideração o custo da iluminação pública e o consumo de energia. Progressividade da alíquota que expressa o rateio das despesas incorridas pelo município. Ofensa aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Inocorrência. Exação que respeita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso extraordinário improvido. **I - Lei que restringe os contribuintes da CIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter 'sui generis', que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**” (Grifo nosso)*

Apesar de o Acórdão prolatado no âmbito do RE 573.675, acima citado, não ter expressamente afastado qualquer discussão acerca de afronta ao princípio da anterioridade pela instituição da CIP, certo é que em diversas oportunidades o STF se manifestou, pela constitucionalidade da cobrança, não havendo qualquer dúvida quanto a sua constitucionalidade⁹.

Ainda quanto ao tema, como parâmetro a ser utilizado, a decisão específica no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.04.405153-0/000 o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apresentou entendimento de que a cobrança da CIP se dê com base anual fixa, considerando o consumo e tarifa de energia do grupo iluminação pública da conta de energia do contribuinte relativa a dezembro do ano anterior ao da cobrança.

Portanto, o desfecho desta questão não afetará a validade da CIP, mas tão somente o critério temporal para definição de sua base de cálculo, sendo certo, portanto, que a constitucionalidade e aplicação da contribuição como mecanismo-base para o Projeto não será um problema para o erário do Município.

⁹ Exemplo ver AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.143.253/ SC, Relator Min. Roberto Barroso.

3.1.1. Do fluxo de pagamento e garantia de pagamento por meio da criação de conta vinculada e conta garantia

Considerando que já existe um fluxo de recebíveis proveniente da arrecadação da CIP, destinada exclusivamente para custeio dos serviços de iluminação pública no Município, a minuta de Contrato entregue no presente estudo apresenta um mecanismo de pagamento que se utiliza deste fluxo já existente, por meio da criação de uma conta vinculada e conta garantia ao Projeto.

Nesse contexto, sugere-se que os recursos advindos da CIP transitarão na conta vinculada, de movimentação restrita e com o propósito específico de servir ao Contrato, contratada junto à instituição financeira depositária de escolha da Concessionária (“Instituição Depositária”).

A Instituição Depositária será a única responsável pela gestão da conta vinculada e deverá ser contratada diretamente pela Concessionária, observadas as condições e prazos do Contrato de Concessão e anexos.

Ainda, com a finalidade de assegurar padrões adequados de governança e imparcialidade à estruturação e movimentação da conta vinculada, é importante que o Contrato expressamente preveja a Instituição Depositária contratada não possa ser controlada, direta ou indiretamente, pelo Poder Concedente ou, ainda, por qualquer entidade da Administração Pública.

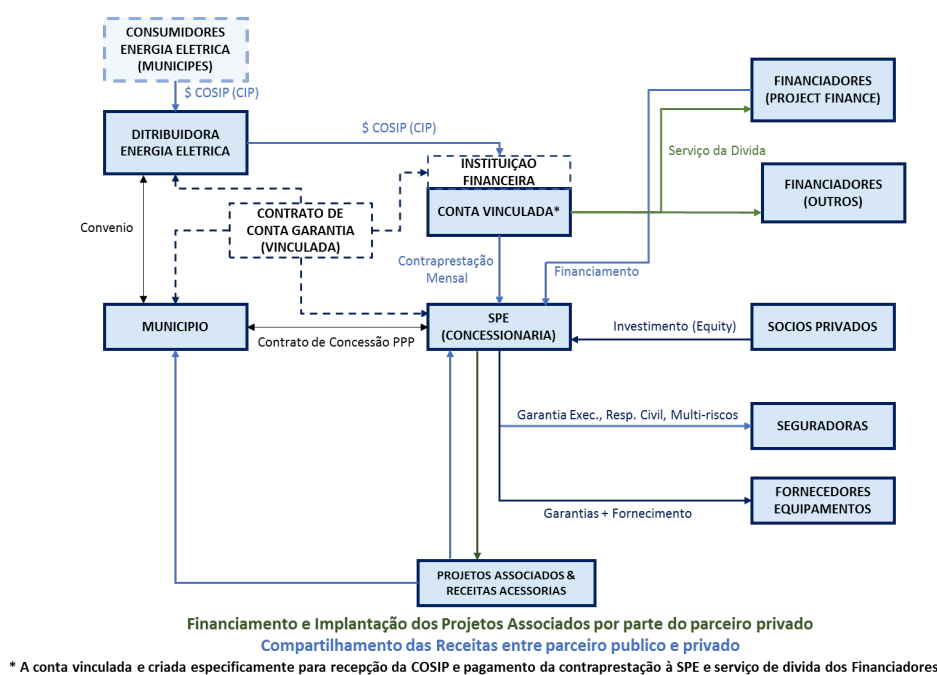
O Poder Concedente deverá assegurar que a ELEKTRO direcione para a conta vinculada a integralidade dos valores arrecadados com a CIP, durante todo o prazo de vigência do Contrato, além de assegurar a existência de recursos orçamentários suficientes para os pagamentos devidos à Concessionária nas hipóteses em que as projeções de arrecadação da CIP ou a arrecadação efetiva verificada se mostrarem insuficientes para esse fim, designando dotação orçamentária complementar ou alternativa, cujos recursos financeiros também poderão transitar pela conta vinculada.

Ao longo de toda a vigência do Contrato, o Poder Concedente deverá assegurar à Concessionária a preferência no recebimento dos valores da CIP, de modo que todos os demais valores e encargos do Poder Concedente para Iluminação Pública, em especial o custeio da energia elétrica, somente poderão ser remunerados com recursos da CIP após o pagamento da Concessionária.

Na hipótese de inadimplemento ou atraso no cumprimento da obrigação de pagamento da remuneração da Concessão, o Contrato deverá estabelecer os mecanismos de correção de débito, nos termos da legislação aplicável.

O atraso do pagamento da remuneração à Concessionária superior a 90 (noventa) dias conferirá à Concessionária a faculdade de suspensão dos investimentos em curso, bem como a suspensão da atividade que não seja estritamente necessária à continuidade de serviços públicos essenciais ou à utilização pública de infraestrutura existente, sem prejuízo do direito à rescisão do Contrato de Concessão e da incidência da correção monetária, multa e juros.

Considerando a instituição de conta vinculada, demonstramos abaixo quadro esquemático que resume o fluxo financeiro da contratação, cujo detalhamento consta da minuta de Contrato e do Anexo correspondente à conta vinculada:



Adicionalmente à conta vinculada, sugere-se que o Contrato preveja a criação de uma conta garantia administrada pela Instituição Depositária com a finalidade específica de garantir o pagamento da remuneração da Concessionária em caso de inadimplemento do Poder Concedente. A conta garantia deverá ter saldo mínimo, durante o prazo do Contrato, no valor correspondente a 3 (três) contraprestações mensais de referência.

3.2. Da titularidade do contrato de fornecimento de energia no Município

Outro aspecto relevante para a contratação é a alocação da titularidade das contas de energia elétrica, principal insumo do Projeto, uma vez que caberá à Concessionária atingir metas de redução do consumo de energia.

Por se tratar de uma Concessão Administrativa, em que o privado prestará serviços e será remunerado pelo Município, a modelagem da concessão deverá refletir a opção do Poder Concedente para (i) transferir a titularidade das contas de energia elétrica para a futura Concessionária ou (ii) manter a titularidade da prestação dos serviços.

A Resolução 414/2010 não veda a delegação da contratação do fornecimento de energia elétrica para iluminação pública. Ao contrário, prevê a possibilidade de delegação de todo o serviço de iluminação pública, sem distinção de atividades que seriam exclusivas aos municípios e, portanto, indelegáveis:

*“Art. 5.º (...) § 6.º **A classe iluminação pública, de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada** mediante concessão ou autorização, caracteriza-se pelo fornecimento para iluminação de ruas, praças, avenidas, túneis, passagens subterrâneas, jardins, vias, estradas, passarelas, abrigos de usuários de transportes coletivos, logradouros de uso comum e livre acesso, inclusive a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas e definidas por meio de legislação específica, exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem a interesses econômicos”.*(grifamos e negritamos)”

E;

“Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.”

Portanto, não existe nenhum óbice jurídico em delegar também a contratação do fornecimento de energia para a futura Concessionária ou, manter o contrato sob titularidade do Município.

Todavia, não obstante a possibilidade de delegação, considerando a viabilidade econômico-financeira do Projeto, sugere-se na presente Concessão que o Município mantenha a titularidade do contrato de fornecimento de energia elétrica com a ELEKTRO.

Para tanto, foram incluídos na minuta do Contrato mecanismos que garantam à Concessionária a atuação direta com a concessionária distribuidora de energia elétrica com relação às medidas necessárias à eficiência energética, bem como a captura de eventuais ganhos dela decorrentes, visando criar os incentivos necessários para que a Concessionária efetue todas as medidas para tal eficiência e possa assumir o risco e responsabilidade correspondentes, sem necessidade de assunção e absorção, pelo Município, de riscos desnecessários dentro da alocação contratual de riscos.

Para tanto, recomenda-se que acordos operacionais firmados entre o Poder Concedente e a ELEKTRO prevejam mecanismos claros que permitam não só a delegação e cessão à Concessionária, como a tomada das medidas necessárias para redução do consumo que, caso observadas pelo Município ou pela Concessionária, deverão ser aceitas pela ELEKTRO.

3.3. Aspectos tributários

Incidirão sobre a concessão os valores referentes ao imposto de renda das pessoas jurídicas, à contribuição social sobre lucro das pessoas jurídicas, à contribuição ao programa de integração social e à contribuição para o financiamento da seguridade social.

Tributação do Projeto		
Lucro Real		
Tributo	Alíquota	Fundamento legal
IRPJ	15% sobre o lucro real	Art. 3º, <i>caput</i> , da Lei Federal n.º 9.249/1995
Adicional de IRPJ	10% sobre a parcela do lucro real que exceder R\$ 20.000,00 mensais	Art. 3º, § 1º, da Lei Federal n.º 9.249/1995
CSL	9% sobre o lucro real	Art. 2º e art. 3º, inciso III, da Lei Federal n.º 7.689/1988
Contribuição ao PIS – Regime Não-Cumulativo	1,65% sobre o total das receitas (possibilidade de apropriação de crédito)	Art. 1º e art. 2º, <i>caput</i> , da Lei Federal n.º 10.637/2002

COFINS – Regime Não-Cumulativo	7,6% sobre o total das receitas (possibilidade de apropriação de crédito)	Art. 1º e art. 2º, <i>caput</i> , da Lei Federal n.º 10.833/2003
ISSQN	3% sobre o total das receitas	Art. 102, §1º da Lei Complementar Municipal 763/2018
Lucro Presumido		
IRPJ	15% sobre a base presumida (32% sobre a receita bruta auferida)	Art. 3º, <i>caput</i> , e art. 15, § 1º, inciso III, alínea “e”, da Lei Federal n.º 9.249/1995
Adicional de IRPJ	10% sobre o que exceder R\$ 60.000,00 no trimestre a título de base presumida	Art. 3º, § 1º, da Lei Federal n.º 9.249/1995
CSL	9% sobre a base presumida (32% sobre a receita bruta auferida)	Art. 3º, inciso III, da Lei Federal n.º 7.689/1988 e art. 20 da Lei Federal n.º 9.249/1995
Contribuição ao PIS – Regime Cumulativo	0,65% sobre a receita bruta (sem a possibilidade de apropriação de crédito)	Art. 8º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.715/1998
COFINS – Regime Cumulativo	3% sobre a receita bruta (sem a possibilidade de apropriação de crédito)	Art. 2º, <i>caput</i> , da Lei Complementar n.º 70/91 e art. 8º da Lei Federal n.º 9.718/1998
ISSQN	3% sobre o total das receitas	Art. 102, §1º da Lei Complementar Municipal 763/2018

3.4. Aspectos ambientais

A Concessionária deverá gerir a concessão em observância à legislação ambiental, obtendo todas autorizações e licenças pela autoridade competente para atuação e operação.

É possível definir o licenciamento, em síntese, como o procedimento administrativo obrigatório pelo qual o órgão ambiental competente, licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Dentre as licenças expedidas pelo órgão competente destacam-se as seguintes: (i) licença ambiental prévia (“LP”); (ii) licença ambiental de instalação (“LI”); e (iii) licença ambiental de operação (“LO”).

A LP é expedida na parte preliminar do planejamento de uma “fonte de poluição” e conterá os requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, tendo prazo determinado.

A LI autorizará o início da implantação de acordo com as especificações constantes do projeto aprovado e também será outorgada por prazo determinado, sendo que a LO autorizará o início da atividade licenciada e, quando couber, o funcionamento dos equipamentos de controle ambiental exigidos, de acordo com o previsto na licença ambiental prévia e na licença ambiental de instalação, e como as anteriores, é outorgada por prazo determinado.

Assim, eventuais ampliações, aquisições de equipamentos ou a agregação de novas atividades econômicas, se não previstas nas especificações da licença ambiental prévia, caso já existente, dependerão da aprovação do ciclo completo de licenças ambientais necessárias para a expansão, reforma e remodelação das edificações utilizadas para a recepção, transformação e circulação da energia elétrica internamente no sistema de iluminação pública, com reflexos na fase operacional, especialmente no aumento dos custos de investimentos na expansão ou remodelação das edificações que necessitem de licenças ambientais para sua realização, e no risco de demora na obtenção destas licenças e autorizações ambientais necessárias, por fatos alheios às ações da Concessionária.

Por fim, sugere-se, para maior transparência e segurança jurídica dos licitantes, que sejam acrescidas obrigações e riscos específico ao Contrato para as obrigações relacionadas ao licenciamento ambiental, discriminando as licenças que a cuja obtenção a Concessionária deverá coordenar, bem como eximindo a Concessionária do risco de atrasos na obtenção das licenças ambientais que não decorram de sua ação, mas sim da deficiência na documentação ou informações disponibilizadas pelo Poder Concedente, demora do órgão competente para sua emissão ou qualquer outro fato alheio à vontade da Concessionária.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO MODELO DE CONCESSÃO PROPOSTO

Considerando as premissas e conceitos apresentados até então, apresentamos anexo ao presente Parecer as minutas de documentos jurídicos que deverão ser utilizados para eventual concessão do Projeto, Edital e Contrato de Concessão.

O Edital consiste no documento pelo qual o Município divulgará as regras a serem aplicadas na Licitação, definido por Hely Lopes Meirelles¹⁰ como “*a lei interna das licitações*”, vinculando todos os licitantes e a Administração Pública ao decorrer da escolha da proposta mais vantajosa, observados sempre critérios predeterminados e objetivos.

O Contrato de Concessão, por sua vez, é espécie de contrato administrativo, formulado pela Administração Pública para delegação de serviço público a outrem. O instrumento contratual deverá definir as obrigações e direitos das partes, dos usuários do serviço público, além de critérios e condições dos encargos assumidos, matriz de risco do projeto e entre outras condições básicas.

A seguir, considerando as premissas e conceitos apresentados até então no presente Parecer passamos a apresentar brevemente as principais características do Edital e Contrato propostos para o desenvolvimento do Projeto pelo Município.

4.1. Do procedimento prévio à publicação do Edital.

A despeito da explanação sobre os eventos prévios à publicação do Edital, faz-se relevante repisar alguns elementos cruciais necessários à autorização e instrução do procedimento licitatório em questão.

A Lei Federal nº 11.079/2004 traz em seu artigo 10 as condições para a abertura de procedimento licitatório para contratação de PPP. A primeira delas é a necessidade de autorização da autoridade competente, prevista no inciso I do referido artigo, fundamentada em estudo técnico que comprove:

- (i) A conveniência e a oportunidade da contratação, identificando as razões justificadoras da opção pela PPP, as quais, no caso do Projeto, serão subsidiadas pelo resultado dos Estudos;

¹⁰ MEIRELLES, H. L. Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36, 37

- (ii) Que as metas de resultados fiscais previstas na lei de diretrizes orçamentárias para os próximos exercícios financeiros não serão afetadas pelas despesas criadas ou aumentadas pela contratação; e
- (iii) A depender do caso, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação prevista na lei de responsabilidade fiscal referente aos limites da dívida pública e de operações de crédito.

Adicionalmente, o artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 prevê os seguintes requisitos para a abertura do processo licitatório:

- (i) Elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP;
- (ii) Declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela administração pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- (iii) Estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela administração pública;
- (iv) Seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
- (v) Submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, informando a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, com término ao menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e
- (vi) Licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

4.2. Dos limites de endividamento do Município para contratação de PPP

No que se refere aos limites de endividamento para contratação de PPPs pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, a Lei Federal nº 11.079/2004 veda, no parágrafo 1º do art. 28, à União a concessão de garantia ou a realização de transferência voluntária aos entes

que tiverem excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida (“RCL”) do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da RCL projetada para os respectivos exercícios, como forma de mitigar a possibilidade de insolvência dos entes federativos.

Dessa forma, os entes federativos possuem obrigação de encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento dos limites de endividamento e de gasto previsto na legislação, de forma a demonstrar a observância dos seguintes limites:

- O total das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não poderá exceder, no ano anterior, 5% (cinco por cento) da RCL; e
- As despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes não poderão exceder a 5% da RCL projetada para os respectivos exercícios.

Isto porque, os contratos de PPP possuem valores expressivos que se projetam ao longo de anos, de forma que impactam na saúde financeira dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Dessa forma, a Lei Federal nº 11.079/2004, estabelece tais restrições como forma de desincentivar os Estados, Municípios e Distrito Federal a contratar PPPs que impactem de forma desproporcional o seu orçamento anual e projetado.

Veja-se que, conforme dispõe o parágrafo 2º, do mencionado artigo 28, da Lei Federal nº 11.079/2004, na aplicação do limite estabelecido no caput do referido artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de PPP celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes.

No que se refere à observância de tais limites, a Portaria STN nº 375, de 08 de julho de 2020, da Secretaria do Tesouro Nacional, estabeleceu as regras de consolidação das contas públicas que foram consolidadas no Manual de Demonstrativos Fiscais (“MDF”), atualmente em sua 11ª versão. Conforme o MDF os entes federativos deverão elaborar demonstrativo contábil, publicável bimestralmente, que informará os impactos das contratações de PPP nas contas do ente, especificamente sobre o total de (i) ativos constituídos pela SPE; (ii) passivos, detalhados em obrigações decorrentes de ativos constituídos pela SPE, provisões de PPP e outros passivos; e (iii) potenciais passivos representados pelas obrigações contratuais das contraprestações futuras e pelas garantias concedidas.

Além disso, deverão ser relacionados os contratos de PPP e informadas as despesas derivadas de PPP contratadas pelo ente da Federação para verificação do limite estabelecido na Lei Federal nº 11.079/2004.

Segundo o MDF, para efeito de verificação dos limites estabelecidos na Lei Federal nº 11.079/2004, serão consideradas despesas de caráter continuado todas as despesas executadas, correntes e de capital. Ainda, ressalta-se que os passivos decorrentes de contratos de PPP – obrigações decorrentes de ativos constituídos pela SPE, provisões e outros passivos – não devem ser computados no limite da dívida consolidada líquida e das operações de crédito.

Além do quanto estabelece a Lei Federal nº 11.079/2004, quanto ao grau de endividamento com contratos de PPP dos Estados, Municípios e Distrito Federal, a Constituição Federal, em seu artigo 52, dispõe que os Estados, Distrito Federal, e Municípios, devem respeitar os respectivos limites de endividamento estabelecidos pelo Senado Federal, atualmente previstos na Resolução do Senado Federal n.º 40/2001.

Segundo tal instrumento normativo, caso qualquer dos entes federativos não respeite seu limite de endividamento ficará impedido, nos termos do artigo 31 da Lei Federal Complementar n.º 101/2000 de (i) contratar operações de crédito e, se o caso, (ii) receber transferências voluntárias da União. Portanto, o Poder Concedente deve se atentar se a quantia que será destinada para o pagamento da contraprestação da Concessionária pode ou não impactar o seu respectivo limite de endividamento. Importante ressaltar que, consoante artigo 3º, inciso II, a dívida consolidada líquida dos Municípios não poderá exceder a 1,2 vezes a RCL do Município.

Dessa forma, o Município deve estar atento ao impacto da contratação de PPP não somente no que tange à regra estabelecida no artigo 28 da Lei Federal nº 11.079/2004, mas também no que se refere ao disposto no art. 3º, II, da Resolução do Senado Federal nº 40/2001.

Com relação ao limite de endividamento do Município de Leme, de acordo com os dados divulgados no Portal da Transparência do Município de Leme, a RCL do Município no segundo quadrimestre de 2020 foi de R\$ 354.038.074,86, sendo que o percentual da dívida consolidada líquida sobre a receita corrente líquida de 16,02%. Com relação ao valor total comprometido com os gastos em PPP, tendo em vista que o Município de Leme não possui contratos de PPP atualmente, o valor comprometido é de R\$ 0,00.

Assim, considerando o disposto no artigo 28, da Lei Federal nº 11.079/2004, o Município de Leme não excede o limite de 5% da RCL. Ainda, considerando o disposto no artigo

3º, inciso II da Resolução do Senado Federal n.º 40/2001, a RCL do Município de Leme demonstra que este possui boa saúde financeira.

Cumprir notar, outrossim, que antes que a PPP seja efetivamente contratada, o Poder Concedente deverá encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional as informações necessárias para comprovar que esta não impede o cumprimento da condição que possibilita a realização das transferências voluntárias federais.

4.3. Dos principais aspectos do Edital

4.3.1. Objeto

O objeto da concessão vislumbrada consiste na prestação dos serviços de gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção do Sistema de Iluminação Pública.

Sem prejuízo de exaurir o tema e o (minucioso) conteúdo técnico dos Estudos, e apenas a título de esclarecimento, devem ser trazidos os conceitos básicos previstos no Contrato para cada uma das atividades que compõem o objeto. Confira-se

- (i) **Gestão**: desenvolvimento de sistema de gestão e operação integrados do sistema de iluminação do Município.
- (ii) **Otimização**: melhoria no grau de iluminância implantado, uniformização da iluminação nas vias, calçadas e demais elementos do passeio público municipal, bem como a capacidade e disponibilidade da rede de iluminação pública.
- (iii) **Expansão**: expansão da rede de iluminação pública do Município, para atingir áreas nas quais atualmente não há disponibilidade de ampla iluminação pública, com a avaliação do potencial de implementação de novos serviços e tecnologias que utilizem a infraestrutura a ser implementada e a promoção de iniciativas de uso compartilhado da estrutura da rede de iluminação pública, de tal forma, que o Município se alinhe às iniciativas de sustentabilidade e cidades inteligentes e conectadas.
- (iv) **Modernização**: aplicação de novas tecnologias à Iluminação Pública (neste caso, à iluminação viária), aplicando conceitos de eficiência energética e buscando melhorar a operação e manutenção da Iluminação Pública, nos termos do caderno de encargos anexo ao Contrato de Concessão.
- (v) **Manutenção**: abrange as atividades de manutenção preventiva, manutenção corretiva, manutenção preditiva e manutenção emergencial, assim definidas:

a. Manutenção corretiva: manutenção realizada com o objetivo de restaurar as condições iniciais e ideais de operação da iluminação e equipamentos, eliminando as fontes de falhas que possam existir;

b. Manutenção emergencial: manutenção realizada com o objetivo de restaurar as condições iniciais e ideais de operação da iluminação e equipamentos, **sendo** de caráter urgente e eliminando as fontes de falhas que possam existir para evitar condições de insegurança aos munícipes que circulam próximo ao local da manutenção;

c. Manutenção preditiva: manutenção que indica as condições reais de funcionamento da iluminação pública com base em dados que informam o seu desgaste ou processo de degradação da mesma, obtidos através de uma monitoração ou diagnóstico. Trata-se da manutenção que prediz o tempo de vida útil dos componentes da iluminação e as condições para que esse tempo de vida seja bem aproveitado, até mesmo prolongado; e

d. Manutenção preventiva: conjunto de procedimentos e ações antecipadas que visam manter o sistema de iluminação Pública em funcionamento. Ela obedece a um padrão previamente esquematizado, que estabelece intervenções periódicas com a finalidade de permitir a troca de peças deterioradas por novas, assegurando assim o funcionamento perfeito do sistema de iluminação Pública por um período predeterminado.

Deve ser explicitado que o Poder Concedente permanecerá com as atividades de planejamento, monitoramento, controle do sistema de iluminação, bem como as competências indelegáveis de fiscalização e sanção (poder de polícia) da Concessionária e regulação da concessão, em atendimento ao disposto no artigo 4.º, inciso III da Lei Federal nº 11.079/2004:

“Art. 4.º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

*III – indelegabilidade das funções de **regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia** e de outras atividades exclusivas do Estado;”* (Grifo nosso)

Ainda, o Edital e o Contrato deverão conter cronograma específico e restrito à implementação das infraestruturas e instalações essenciais necessários à adequada prestação dos serviços de iluminação pública. Nesse sentido, deverá ser dada maior liberdade à Concessionária no que se refere ao cronograma de execução das demais ações e serviços.

4.3.2. Modalidade

O Edital deve apontar a modalidade de licitação que será utilizada no certame, a qual deve ser definida em razão não apenas da complexidade do objeto, mas também dos valores envolvidos.

Tendo em vista a determinação do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004 a outorga da Concessão deverá ser precedida de licitação na modalidade de concorrência:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a (...):”

4.3.3. Prazo de vigência

O prazo de vigência do Contrato será de [] ([]) anos, contado a partir da data da de eficácia do Contrato de Concessão, prazo que observa integralmente o artigo 5º, I, da Lei Federal 11.079/2004:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no artigo 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;”

Eventual prorrogação do Contrato poderá ser autorizada pelo Poder Concedente e estará condicionada às razões de interesse público a serem devidamente fundamentada.

4.3.4. Pedidos de esclarecimento

O Edital deverá possibilitar às licitantes a solicitação de informações e esclarecimentos complementares acerca do Edital e da Licitação. Os esclarecimentos somente poderão ser feitos por escrito à comissão responsável pela condução da Licitação (“Comissão”),

devendo ser protocolados presencialmente no endereço indicado no Edital ou enviados por meio de correio eletrônico em endereço específico a ser definido pelo Poder Concedente.

Todas as solicitações de esclarecimentos serão consideradas como entregues na data de seu recebimento pela Comissão, exceto as recebidas após o término do horário de funcionamento da repartição em que o protocolo deverá ocorrer, as quais serão consideradas entregues no primeiro dia útil subsequente.

Ainda, o Edital deverá estabelecer as formas pelas quais as respostas aos esclarecimentos solicitados serão divulgadas às licitantes.

Por fim, ressalta-se que, como medida que visa a conferir maior segurança jurídica à Concessão, os esclarecimentos prestados pela Comissão farão parte do Edital, sendo, assim, vinculantes para fins de interpretação das regras previstas no Edital e no Contrato de Concessão, seja durante o período da Licitação seja durante a fase de execução do Contrato de Concessão.

Ainda sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça¹¹ no sentido de que *“a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital”*.

4.3.5. Impugnações

O Edital deverá prever a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o Edital por irregularidade na aplicação da legislação vigente, devendo, no entanto, protocolar o pedido, por escrito, em até 5 (cinco) dias úteis antes da data de entrega para apresentação das propostas pelas licitantes no endereço indicado no Edital, sob pena de decadência deste direito. As impugnações deverão ser dirigidas ao presidente da Comissão, que deverá julgá-la e respondê-la em até 03 (três) dias úteis.

As licitantes, por sua vez, nos termos do artigo 41, §2.º, da Lei Federal nº 8.666/1993, poderão apresentar impugnação ao Edital até o segundo dia útil que anteceder à sessão de abertura dos envelopes, sob pena de decadência do direito de apresentá-la.

A apresentação de eventual impugnação por uma licitante não obstaculizará sua participação da Licitação. Nas hipóteses em que a licitante protocolizou a respectiva

¹¹ REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999 - MS 13005/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 17/11/2008.

impugnação condicionando a validade das propostas ao deferimento da impugnação, será mantida no certame até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente, devendo ser desclassificada em caso de indeferimento.

4.3.6. Alterações no Edital

O Edital deverá prever a possibilidade de o Poder Concedente alterá-lo, por iniciativa própria ou como consequência das respostas formuladas pela Comissão aos pedidos de esclarecimentos, hipóteses nas quais haverá, imprescindivelmente, publicação de errata.

Caso a alteração do Edital afete diretamente a formulação das propostas das licitantes, o Poder Concedente deverá modificar o prazo inicialmente previsto para a sua apresentação, em obediência ao disposto no artigo 21, §4º, da Lei Federal nº 8.666/1993, informando as licitantes da alteração do cronograma da Licitação quando da publicação da respectiva errata.

Ressalta-se, ainda, que a modificação do prazo para a apresentação das propostas pelas licitantes deverá respeitar o prazo inicialmente previsto no Edital, que deverá ser de, no mínimo, 30 (trinta) dias contados da publicação do Edital, em atendimento ao disposto no artigo 21, §2º, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.666/1993, haja vista que o critério de julgamento será o de menor contraprestação.

4.3.7. Participação

O Edital deve esclarecer quem pode participar do procedimento licitatório e aqueles que são impedidos. Trata-se das condições de participação, as quais não se confundem, portanto, com as condições de habilitação.

Nesse sentido, o Edital deverá possibilitar a participação das licitantes em consórcio, pessoas jurídicas estrangeiras, bem como a participação de fundos de investimento em participações e entidades de previdência. Especificamente para o consórcio, não deverá haver qualquer limitação ao número de participantes.

Da mesma forma, o Edital poderá prever os licitantes que estão impedidos de participar da Licitação. Para tanto, será necessária a apresentação de correspondente justificativa, de modo a evitar que estes impedimentos venham a caracterizar imposições restritivas ao caráter competitivo do certame licitatório. Para esta hipótese, vislumbram-se que não poderão participar da Licitação as pessoas jurídicas:

- (i) Que tenham sido declaradas inidôneas, por quaisquer entes da Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, por

- decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 87, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas respectivas alterações, ou por decisão judicial;
- (ii) Que tenham sido declaradas inidôneas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 46, caput, da Lei Federal nº 8.443/1992 ou pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 108 da Lei Complementar Estadual nº 709/1993;
 - (iii) Que tenham sido declaradas inidôneas pela autoridade máxima do órgão ou entidade pública competente em razão de descumprimento de infrações contra o acesso a informações, nos termos do artigo 33, V, da Lei Federal nº 12.527/2011;
 - (iv) Que tenham sido proibidas de contratar com a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, em razão de prática de infração à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011;
 - (v) Que estejam suspensas e/ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública do Município de Leme, direta ou indireta, municipal, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 33, IV da Lei Federal nº 12.527/2011;
 - (vi) Que tenham sido condenadas, por decisão administrativa ou decisão judicial transitada em julgado, em razão da prática de atos lesivos à Administração Pública nacional, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital, municipal ou atos lesivos à Administração Pública estrangeira, nos termos da Lei Federal nº 12.846/2013;
 - (vii) Que estejam impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública do Município de Leme, direta ou indireta, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 7º, da Lei Federal nº 10.520/2002.
 - (viii) Que estejam suspensas e/ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública do Município de Leme, direta ou indireta, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 87, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993.
 - (ix) Que tenham sido condenadas, por decisão judicial transitada em julgado, pela prática de crimes ambientais, nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº 9.605/1998;

- (x) Estejam em processo de recuperação judicial/extrajudicial ou falência e concordata remanescente, insolvência civil, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação, ou ainda que tenha decretada a sua falência;
- (xi) Tenham condenações cíveis por ato de improbidade administrativa transitada em julgado, nos termos da Lei Federal nº 8.429/1992;
- (xii) Que possuam como empregado, dirigente, sócio ou ocupante de cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta do Município de Leme, resguardados outros impedimentos previstos na legislação e regulamentos aplicáveis;
- (xiii) Cujo(s) dirigente(s) ou responsável(is) técnico(s) seja(m) ou tenha(m) sido, nos últimos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da publicação do edital, servidor(es) ocupante(s) de cargo(s) ou emprego(s) nos órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta do Município; e
- (xiv) Que estejam sob intervenção da Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

Caso a licitante esteja em recuperação judicial poderá participar da licitação desde que apresente comprovante de acolhimento do plano de recuperação judicial. Esta disposição vai ao encontro das decisões mais recentes sobre o tema do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas vedando qualquer proibição, em certames licitatórios, de participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

4.3.8. Consórcios

O Edital também deve dispor sobre a admissibilidade da participação de consórcios e, eventualmente, o número máximo de consorciados admitidos na Licitação. No presente caso, propõe-se, como destacado anteriormente, a ausência de limite de número mínimo ou máximo de consorciados para cada consórcio.

Nesse sentido, consoante artigo 19 da Lei Federal nº 8.987/1995, caso seja admitida a participação de consórcios, deverá constar do Edital, como condição de participação:

- (i) Cada consorciado deverá atender individualmente às exigências relativas à regularidade jurídica, fiscal e trabalhista, nos termos do Edital; e
- (ii) O consórcio deverá apresentar de termo de compromisso de constituição de Sociedade de Propósito Específico (“SPE”), nas condições impostas no edital.

Ainda, o compromisso de constituição de SPE deverá contemplar, no mínimo, os seguintes requisitos ou informações:

- (i) Denominação do consórcio.
- (ii) Objetivos do consórcio.
- (iii) Compromisso de constituição de SPE, segundo as leis brasileiras, na forma de sociedade anônima, com sede e administração no Brasil, no Município de Leme.
- (iv) Composição do consórcio, com a indicação do percentual da participação de cada uma das consorciadas.
- (v) Indicação da empresa líder do consórcio.
- (vi) Compromisso de que as consorciadas responderão isolada e solidariamente por todas as exigências do instrumento convocatório e pelos atos praticados pelo consórcio no âmbito da licitação até a assinatura do contrato.
- (vii) Procuração outorgando à empresa líder poderes expressos, irrevogáveis e irrevogáveis para concordar com condições, transigir, recorrer e desistir de recurso, comprometer-se a assinar, em nome do consórcio, quaisquer papéis e documentos relacionados com o objeto da licitação.

4.3.9. Visita Técnica

Considerando o objeto da Licitação e a extensão do território do Município, entende-se que a visita técnica poderá ser dispensada, sem prejuízos ao Projeto.

4.3.10. Habilitação Jurídica

Cada licitante deve comprovar sua habilitação jurídica, conforme o caso, pela apresentação dos documentos dispostos no artigo 28 da Lei Federal nº 8.666/1993, quais sejam.

- (i) No caso de sociedades empresárias: estatuto ou contrato social em vigor, incluindo, se houver, as alterações realizadas desde a última consolidação, sendo certo que caso sociedades limitadas, acompanhados de documentos devidamente registrados de eleição dos seus administradores e, no caso de sociedades por

ações, das respectivas publicações na imprensa devidamente registradas na junta comercial ou órgão competente.

(ii) No caso de fundos de investimentos:

- a. Ato constitutivo com a última alteração arquivada perante o órgão competente.
- b. Prova de contratação de gestor, se houver, bem como de eleição do administrador em exercício.
- c. Comprovante de registro do fundo de investimento na CVM.
- d. Regulamento do fundo de investimento, e suas posteriores alterações se houver.
- e. Comprovante de registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos competente.
- f. Comprovação de que o fundo de investimento se encontra devidamente autorizado a participar da licitação e de que o seu administrador pode representá-lo em todos os atos e para todos os efeitos da licitação, assumindo, em nome do fundo de investimento, todas as obrigações e direitos que dela decorrerem.
- g. Comprovante de qualificação do administrador e, se houver, do gestor do fundo de investimento, perante a CVM.

(iii) No caso de entidades abertas ou fechadas de previdência complementar, inscrição ou registro do ato constitutivo, acompanhados da ata que elegeu a administração em exercício, do regulamento em vigor, comprovante de autorização expressa e específica quanto à constituição e funcionamento da entidade de previdência complementar, concedida pelo órgão fiscalizador competente, e declaração de que os planos e benefícios por ela administrados não se encontram sob liquidação ou intervenção da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social.

(iv) No caso de instituições financeiras, e sem prejuízo das demais exigências aplicáveis, comprovação da autorização de funcionamento como instituição

financeira e comprovação da homologação da eleição do seu administrador, emitida pelo Banco Central do Brasil.

Ainda, tratando-se de sociedade empresarial estrangeira em funcionamento no Brasil também deverá ser entregue decreto de autorização a funcionar no País, nos termos do artigo 28, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/1993 bem como ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

4.3.11. Regularidade Fiscal e Trabalhista

Cada licitante deve comprovar sua regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, pela apresentação dos documentos dispostos no artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/1993, quais sejam:

- (i) Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas -CNPJ;
- (ii) Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede da licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- (iii) Prova de regularidade para com a fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede da licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- (iv) Prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço -FGTS;
- (v) Certidão negativa de débitos trabalhistas.

Note-se que a regularidade para com as fazendas federal, estadual, distrital e municipal devem ser demonstradas por meio de certidões, sendo que, caso o licitante não esteja inscrita como contribuinte em alguma destas fazendas por não realizar atividade tributável por algum destes entes federativos, este deve substituir referida certidão por declaração firmada pelos representantes legais da licitante, sob as penas da lei, de que não exerce atividade tributável por aquele ente federativo.

4.3.12. Qualificação técnica

Para a comprovação da qualificação técnica da licitante, entende-se que as exigências de experiência deverão recair tão somente sobre a experiência operacional da licitante (qualificação técnico-operacional) ou, ainda, de seu grupo econômico, tal como se tem

adotado em projetos recentes de grande magnitude, dispensando-se, portanto, a adoção de qualificação de cunho técnico-profissional.

Levando em conta a natureza do projeto a ser desenvolvido, entende-se inadequada a exigência de qualificação técnico-profissional – consistente em exigir que os licitantes possuam em seus quadros permanentes profissionais detentores de acervo técnico comprovando a execução de serviços similares ao objeto da Concessão.

A inadequação dessa exigência se dá pela seguinte razão. A qualificação técnico-profissional, como vem reconhecendo a doutrina, somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia que exijam um controle específico do órgão de classe (CREA) – sendo que esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito no CREA.

No entanto, os serviços de maior relevância a serem executados pela Concessionária não estão condicionados ao registro no referido órgão de classe. Por essa razão e visando a preservar o caráter competitivo do certame – afastando exigências claramente inadequadas e que possam servir para impedir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/1993) –, propõe-se o afastamento da exigência de qualificação técnico-profissional. Em contrapartida, propõe-se exigências robustas de qualificação técnico-operacional.

No que tange à possibilidade de admissão de atestados em nome de pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico da licitante, trata-se de medida que visa à apropriação do conhecimento difundido no âmbito do grupo econômico, sendo certo, ainda, que tal disposição vem encontrando guarida nos instrumentos convocatórios de grandes projetos de concessão. Note-se, ainda, a existência de posicionamento a favor de tal possibilidade, conforme precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Quanto aos atestados de capacidade técnico-operacional, deverão ser solicitados atestados, emitidos por pessoas de direito público ou privado, que comprovem que a licitante tenha executado serviços de operação e manutenção preventiva e corretiva de pontos de iluminação pública.

Considerando que o Município possui aproximadamente [] ([]) pontos de iluminação pública esparsos por sua área, entende-se que deverão ser solicitados atestados que comprovem serviços de operação e manutenção preventiva e corretiva de no mínimo [] ([]) pontos de iluminação, permitindo-se a somatória de diferentes atestados.

Ainda, considerando o objeto e a complexidade da Licitação, também deverão ser aceitos atestados que comprovem a execução prévia, implantação e operação de centro de controle operacional, em sistema com um mínimo de [] ([]) pontos de iluminação.

Adicionalmente, são necessários a comprovação pelos licitantes da (i) construção e montagem de rede de iluminação pública com um mínimo de [] ([]) pontos de iluminação, com todos os sistemas de controle, sensores, acionadores, luminárias e cabos.

Os números mínimos correspondem a uma boa parcela dos serviços que serão necessários no Município e não restringem a competição na licitação.

Para efeito dos atestados, serão considerados pessoas jurídicas de direito público qualquer entidade da Administração Pública direta ou indireta, no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal ou dos municípios, enquanto serão considerados pessoas jurídicas de direito privado as associações, sociedades empresárias, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos.

Os atestados deverão ter as informações mínimas previstas no Edital, facultando-se aos licitantes, caso as informações não constem expressamente do(s) atestado(s) apresentado(s), a apresentação de documentação hábil complementar, tais como cartas, declarações, instrumentos de consórcio e contratuais, dentre outros.

Na hipótese de utilização, por um licitante, de atestados emitidos em nome de controlada, controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo controle, deverá ser realizada declaração indicando tal condição, acompanhada do respectivo organograma do grupo econômico e respectivas relações societárias, demonstrando efetivamente a vinculação entre as empresas.

4.3.13. Qualificação Econômico-financeira

Nos termos do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993, a qualificação econômico-financeira da licitante deverá ser comprovada mediante a apresentação de: certidão negativa de pedido de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, expedida pelo distribuidor da comarca do Município onde o licitante possui sede.

Caso a licitante esteja em recuperação judicial ou extrajudicial poderá apresentar, cópia do acordo de credores homologado judicialmente e documento que comprove a sua capacidade econômico financeira.

Para sociedades não empresária deverão ser juntadas certidão negativa expedida pelo distribuidor judicial das varas cíveis em geral da comarca do município onde a licitante possua sede.

No caso de licitante fundo de investimento, deverá ser apresentada certidão negativa de falência da administradora e gestora do fundo.

Ainda, licitante deverá apresentar o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício fiscal, na forma da legislação vigente. Importante ressaltar que é necessário que o balanço e as demonstrações contábeis sejam registrados perante o órgão de registro competente e, nos casos exigidos pela legislação, auditados por empresa de auditoria independente regularmente registrada nos órgãos competentes, não sendo válida a apresentação de balanços e balancetes provisórios.

Quando for o caso de licitantes constituídos no mesmo exercício financeiro, deverá ser apresentados os balancetes de constituição e o do mês anterior à entrega dos documentos ao Poder Concedente.

Por fim, destaca-se que no caso de licitante que se submeta ao regime de Escrituração Contábil Digital, a apresentação do balanço deverá observar a legislação que rege o Sistema Eletrônico de Escrituração Contábil (“SPED”).

4.3.14. Critérios de julgamento

A Lei Federal nº 11.079/2004, em seu artigo 12, inciso II, permite à Administração Pública adotar os seguintes critérios de julgamento das propostas das licitantes: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (ii) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor contraprestação com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital; (iii) menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; e (iv) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica.

Considerando-se que, em razão da natureza jurídica da concessão, a remuneração da Concessionária ocorrerá precipuamente por meio da Contraprestação, não se admitindo a cobrança de tarifas, exclui-se de pronto a possibilidade de adoção dos critérios de julgamento aventados nos itens (iii) e (iv) acima mencionados, restando a análise da adoção dos critérios (i) e (ii).

No que se refere à utilização da técnica para avaliação das propostas, verifica-se que o artigo 46 da Lei Federal nº 8.666/1993 assim dispõe:

“Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.”

Nesse sentido, verifica-se que a utilização do critério de julgamento de técnica e preço tem como escopo atender a uma necessidade peculiar da Administração, razão pela qual é indicada nos casos em que haja variação efetiva da qualidade de prestação do serviço que se pretende contratar. Para Marçal Justen Filho¹² *“(…) as licitações técnica e preço são adequadas quando a variação da qualidade da prestação refletir na satisfação das necessidades estatais, envolvendo uma inafastável ponderação entre a qualidade e o preço a ser desembolsado”*.

Em outras palavras, a licitação por técnica e preço, especificamente no âmbito da delegação sob a forma de concessão comum ou de PPP, demanda, sobretudo, alta especificidade, sofisticação e variação não mensurável das formas de prestação dos serviços concedidos. A partir da apresentação da proposta técnica, busca-se verificar o nível de conhecimento das licitantes acerca dos serviços concedidos, bem como a expertise e as variadas formas para melhor prestá-los.

Assim, resta claro que utilização do critério de julgamento técnica e preço para a concessão de serviços se pauta pela excepcionalidade, justificando-se somente nos casos de serviços de natureza predominantemente intelectual e que admitem soluções técnicas em sua prestação não conhecidas ou dominadas pela Administração Pública.

Ademais, a excepcionalidade da utilização deste critério de julgamento reside também na imensa subjetividade que reside na avaliação das propostas técnicas pela Administração Pública, intrínseca a esta forma de julgamento. Nesse sentido, é com resistência que os tribunais de contas pátrios enfrentam a adoção deste mecanismo de julgamento pela Administração Pública.

Nesse sentido, consoante ressaltado pelo Ministro do Tribunal de Contas da União Augusto Sherman Cavalcanti¹³ em processo específico sob sua relatoria,

“Na jurisprudência deste Tribunal, são vários os julgados que determinam a necessidade de justificar a prevalência da proposta técnica em relação à de preço

¹² Curso de Direito Administrativo”. 6. ed.rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 479.

¹³ Acórdão n.º 2909/2012-Plenário, TC-010.098/2010-0, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.10.2012.

nos critérios de pontuação adotados no edital (...) A valoração injustificada da proposta técnica em detrimento da proposta de preço pode resultar na restrição à competitividade e no favorecimento de proposta que não seja a mais vantajosa para a Administração, prejudicando, assim, um dos objetivos básicos da licitação”

Em outra oportunidade, o Tribunal de Contas da União, em contraposição à subjetividade inevitável do critério de julgamento técnica e preço, afirmou que “o critério de julgamento absolutamente objetivo só é possível na licitação do tipo menor preço”¹⁴. Isso em razão da dificuldade no estabelecimento de critérios de pontuação no instrumento convocatório que afastem a subjetividade exacerbada na análise das propostas técnicas apresentadas.

Adicionalmente, não é admissível a utilização do critério de julgamento técnica e preço na execução de serviços cuja técnica de prestação já se encontra devidamente consolidada e amplamente difundida, não sujeita a variações relevantes de execução que possam acarretar sensíveis diferenças na prestação dos serviços delegados. Nesse sentido, a súmula n.º 21 do TCE/SP apregoa que “é vedada a utilização do tipo ‘técnica e preço’ para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário”, atividades, diga-se de passagem, que não compreendem maiores variações ou inovações em sua execução.

No caso específico da concessão, verifica-se que as atividades preponderantes que compõem seu objeto, consistentes na manutenção e operação do sistema de iluminação pública, não compreendem variações técnicas relevantes nas formas de execução que possam afetar a qualidade dos serviços prestados. Assim, ainda que as demais atividades a serem exercidas pela Concessionária ao longo da Concessão possam compreender variações relevantes em sua execução, não se justificaria a adoção do critério técnica e preço para a seleção da Concessionária.

Dessa forma, sugere-se que seja adotado, na Licitação, o critério de julgamento referente à menor contraprestação mensal de referência ofertada pelas licitantes, respeitado o valor máximo previsto no Edital.

Por fim, destaca-se que, em razão da complexidade do objeto licitado e do impacto que os serviços representarão para a população do Município, sugere-se a apresentação de Plano de Negócios durante a licitação, em conjunto com a apresentação da proposta comercial.

¹⁴ Acórdão n.º. 1542/2012-Plenário, TC 037.751/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 20.6.2012.

Isto porque, a verificação da compatibilidade e exequibilidade do plano de negócios da PPP é medida de precaução que pode ser tomada pelo Poder Concedente com a finalidade de evitar que a concessionária, por mal planejamento, se veja impossibilitada de cumprimento do contrato até o seu termo, causando prejuízo ao Município.

4.3.15. Ordem de julgamento

Nos termos do artigo 13 da Lei Federal nº 11.079/2004, o Edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Ao invés de se proceder ao julgamento das propostas somente após a análise dos documentos de habilitação, como em regra acontece, a Lei de PPP permite que se proceda a análise dos documentos de habilitação somente da licitante vencedora, após a fase de classificação das propostas.

No entanto, apesar de existir a possibilidade de inversão de fases, tendo em vista o serviço licitado engloba diversas atividades que possuem alto grau de tecnicidade, é importante que o Poder Concedente tenha conhecimento acerca da habilitação técnica das Licitantes, de forma que apenas seja necessário abrir as propostas e analisar o plano de negócios daquelas licitantes que realmente possuem atestação técnica para prestação dos serviços.

Dessa forma, sugere-se a adoção da ordem de julgamento disposta na Lei Federal nº 8.666/1993, na qual há a análise e julgamento dos documentos de habilitação anteriormente à análise e julgamento das propostas e planos de negócios das licitantes.

4.3.16. Saneamento de falhas

O Edital poderá prever, nos termos do artigo 12, inciso IV, da Lei Federal nº 11.079/2004, a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que a licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Para os fins da Licitação, considerar-se-á falha ou defeito formal aquele que, a critério da Comissão de Licitação, não desnature o conteúdo e o objeto do documento apresentado pela licitante e que, de forma cumulativa, permita verificar, publicamente, com segurança, o teor da informação e veracidade do documento apresentado. Todavia, a ausência de documento obrigatório ou sua apresentação de maneira parcial ou equivocada não será considerada falha ou defeito formal.

4.3.17. Etapa recursal

Não obstante a sistemática recursal estar prevista na legislação aplicável, sugere-se o seu detalhamento, incluindo a forma, a autoridade à qual deverá ser endereçado e prazos, com estrita observância do disposto no inciso I do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Para assegurar a celeridade e eficácia do procedimento a Licitação deverá ser processada em fase recursal diferida, já que é necessária decisão final acerca de cada fase da Licitação para que não haja intercorrências durante o procedimento licitatório.

Os recursos deverão ser entregues após o término de cada fase da Licitação, sendo certo que o protocolo poderá acontecer no prazo de até 05 (cinco) dias úteis, contados da publicação da decisão de cada fase.

Os recursos e as impugnações aos recursos deverão ser dirigidos à autoridade designada no Edital, por intermédio do presidente da Comissão, que poderá reconsiderar a decisão recorrida no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data do protocolo do recurso. Os recursos somente poderão ser admitidos quando subscritos pelos representantes credenciados das licitantes, por procuradores com poderes específicos ou qualquer pessoa substabelecida em tais poderes específicos, desde que instruídos com demonstração desses poderes.

4.3.18. Homologação, adjudicação e condições precedentes

Compete à Comissão apenas a classificação das licitantes. Assim, após a classificação e publicação do seu resultado no diário oficial do Município e na internet, caberá ao representante do Poder Concedente homologar o resultado da Licitação, declarando a legalidade e regularidade de todo o processo licitatório face às disposições editalícias e legais aplicáveis, conforme previsto no inciso V do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Após a homologação do resultado da licitação pela comissão de licitação, caberá à autoridade competente proceder à adjudicação do seu objeto, nos termos do inciso VI do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Posteriormente à adjudicação, deve a licitante vencedora constituir a SPE antes da celebração do Contrato de Concessão, consoante disposto no artigo 9º, “caput” da Lei Federal nº 11.079/2004. Trata-se, pois, de sistemática que visa a segregar riscos e ampliar a transparência da gestão da Concessão, cuja aplicabilidade independe de qualquer previsão editalícia ou contratual.

Nesse sentido, previamente à assinatura do Contrato de Concessão, a licitante vencedora deverá, em até 60 (sessenta) dias após a publicação do ato de homologação da Licitação,

comprovar que, adicionalmente à constituição da SPE, cumpriu as seguintes condições precedentes (“Condições Precedentes”):

- (i) Prestou a garantia de execução do Contrato de Concessão, nos termos previstos no Contrato de Concessão;
- (ii) Ressarciu os responsáveis pela elaboração dos estudos de viabilidade do Chamamento Público; e
- (iii) Que a ora adjudicatária, ou todos os integrantes do respectivo consórcio vencedor, possui(em) os documentos de regularidade fiscal e trabalhista exigidos no Edital, devidamente atualizados na ocasião da contratação.

Caso haja recusa da Adjudicatária em celebrar o Contrato ou caso esta não cumpra quaisquer das Condições Precedentes acima mencionadas, o Edital deverá facultar ao Poder Concedente a possibilidade desta convocar as demais licitantes, na ordem de classificação, para assinatura do Contrato de Concessão, nas mesmas condições propostas pela primeira classificada, ou, ainda, revogar a Licitação.

Uma vez celebrado o Contrato de Concessão, o Poder Concedente deverá providenciar a publicação do seu extrato no diário oficial do Município.

4.4. Dos principais aspectos do Contrato de Concessão

4.4.1. Da interpretação do contrato

O Contrato deverá prever regras de interpretação em caso de divergências entre o referido instrumento e seus anexos e o Edital. Desse modo, sugere-se que a interpretação contratual obedeça à seguinte sistemática:

- (i) As definições do Contrato serão igualmente aplicadas nas formas singular e plural;
- (ii) Referências ao Contrato ou a quaisquer outros documentos devem incluir eventuais alterações e aditivos que venham a ser celebrados entre as partes;
- (iii) Toda a referência feita à legislação e aos regulamentos deverá ser compreendida como a legislação e os regulamentos vigentes à época do caso concreto, a ele aplicáveis, de qualquer esfera da federação, e consideradas suas alterações;
- (iv) Os títulos das cláusulas do Contrato e dos anexos não devem ser usados na sua aplicação ou interpretação;
- (v) O uso neste Contrato dos termos “incluindo” ou “inclusive” significa “incluindo, mas não se limitando” ou “inclusive, mas sem se limitar a”; e
- (vi) As referências ao Contrato remetem tanto ao presente documento, quanto aos demais documentos que figuram como ANEXOS, respeitadas as regras de interpretação estabelecidas nessa cláusula.

4.4.2. Objeto do Contrato de Concessão

O Contrato terá como objeto a concessão administrativa para o gestão, otimização, expansão, modernização e manutenção da rede de iluminação pública, sem prejuízo da realização de outros investimentos e serviços obrigatórios, ou do desempenho, pela Concessionária, de atividades inerentes, acessórias ou complementares e da implantação de projetos associados, nos termos do Contrato de Concessão.

O Contrato estabelecerá as fases nas quais o objeto da Concessão será implementado. Sugere-se que a Concessão seja executada observando as seguintes fases:

- (i) FASE PRELIMINAR: atividades de preparação para início dos serviços a serem executadas pela Concessionária;
- (ii) FASE I: assunção dos serviços, pela Concessionária, e planejamento para a modernização e efficientização do sistema de iluminação pública; e
- (iii) FASE II: implantação da modernização e efficientização no sistema de iluminação pública pela Concessionária.

O Contrato e os seus Anexos técnicos deverão estabelecer os prazos, termos e condições das obrigações que as partes deverão cumprir em cada fase do Concessão, bem como as penalidades a serem aplicada em caso de descumprimento contratual.

4.4.3. Prazo e Vigência do Contrato de Concessão

O Contrato deverá prever cláusula com o prazo de vigência da Concessão, que deverá ser de [] ([] anos) anos, contado da data de eficácia do Contrato. Ainda, a Concessão poderá ser prorrogada nos termos e condições previstos na minuta do Contrato.

4.4.4. Concessionária

A Concessionária será estruturada sob a forma de sociedade por ações, nos termos da Lei Federal nº 6.404/1976, e deverá indicar em seu estatuto, como finalidade exclusiva, a exploração da Concessão.

O Contrato também deverá dispor sobre quais atos e procedimentos societários deverão ser objeto de autorização prévia ou comunicação ao Poder Concedente.

Durante todo o período da Concessão sugere-se que somente as alterações do estatuto social da Concessionária que versem sobre as matérias a seguir elencadas dependam de prévia e expressa autorização do Poder Concedente:

- (i) A cisão, fusão, transformação ou incorporação da SPE;
- (ii) A alteração do objeto social da SPE;
- (iii) A redução do capital social inicial mínimo da SPE; e
- (iv) A emissão de ações de classes diferentes da SPE.

Eventuais solicitações de anuência prévia encaminhados ao Poder Concedente com relação as matérias supracitadas deverão ser respondidas no prazo de até 30 (trinta) dias, sendo possível o Município solicitar esclarecimentos e documentos adicionais.

4.4.5. Transferência da Concessão e do Controle Acionário da Concessionária

Com relação às transferências do controle acionário direto da Concessionária, entende-se que o Contrato deverá, em razão do disposto no artigo 28 da Lei Federal nº 8.987/1995, condicionar sua ocorrência à prévia e expressa autorização do Poder Concedente.

O requerimento para a autorização da transferência do controle direto deverá ser apresentado ao Poder Concedente, por escrito, pela Concessionária ou pelo(s) interessado(s), justificando a transferência, bem como apresentando documentos que possam colaborar na análise do pedido, de modo a demonstrar que tal medida não prejudicará, tampouco colocará em risco a execução do Contrato de Concessão.

Para a obtenção da anuência para transferência do controle societário direto da Concessionária, o ingressante deverá:

- (i) Atender, conforme o caso, às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do objeto da Concessão, sempre levando em considerações as obrigações contratuais remanescentes e a fase da Concessão; e
- (ii) Zelar pelo cumprimento de todas as cláusulas do Contrato de Concessão.

O Poder Concedente deverá decidir sobre a transferência do controle direto da Concessionária no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados a partir do protocolo do pedido por escrito, prorrogável por igual período, caso seja necessária a prestação de esclarecimentos e/ou documentos adicionais à Concessionária.

A transferência ou alteração do controle indireto ou da participação acionária que não implique a transferência do controle societário direto da Concessionária deverá ser objeto de comunicação ao Poder Concedente, no prazo de até 10 (dez) dias antes da efetivação da respectiva operação.

4.4.6. Assunção do Controle da Concessionária pelos Financiadores

Além da transferência da Concessão, previu-se que o Poder Concedente poderá autorizar a transferência do controle direto da Concessionária para o(s) financiador(es) com o

objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da exploração do objeto do Contrato de Concessão, nas condições pactuadas, diretamente, entre a Concessionária e o(s) financiador(es), devendo esta intenção ser expressamente autorizada pelo Poder Concedente, nos termos do artigo 27, §2º, da Lei Federal nº 8.987/1995.

A assunção do controle da Concessionária pelo(s) financiador(es) ainda exigirá que este(s) assumam(m) o compromisso de cumprir(em) integralmente o disposto no Contrato de Concessão, além de apresentar(em) um plano relativo à promoção da reestruturação financeira da Concessionária e da continuidade do Contrato de Concessão.

Para fins de obtenção da autorização para transferência do controle societário direto da Concessionária para o(s) Financiador(es), este(s) deverá(ão):

- (i) Atender às exigências de regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do Contrato de Concessão;
- (ii) Apresentar plano relativo à promoção da reestruturação financeira da Concessionária e da continuidade do Contrato de Concessão; e
- (iii) Assegurar o cumprimento de todas as cláusulas previstas no Contrato de Concessão.

4.4.7. Obrigações das partes

4.4.7.1. Obrigações e Proibições da Concessionária

O Contrato deverá estipular, de forma não exaustiva, as obrigações da Concessionária, sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas no Contrato e na legislação aplicável.

As obrigações serão listadas em cláusula específica do Contrato de Concessão, seguida das vedações da Concessionária. Referidas obrigações e vedações vincularão a Concessionária na exploração da Concessão, sendo certo que sua inobservância provocará inadimplemento contratual podendo ser imputadas penalidades à Concessionária.

4.4.7.2. Obrigações e Encargos do Poder Concedente

Além das obrigações e vedações da Concessionária, o Contrato deverá prever as obrigações e encargos a serem observados pelo Poder Concedente. Referidos encargos

não podem deixar de ser cumpridos pelo Poder Concedente, sob risco de impossibilitar a exploração da Concessão pela Concessionária.

4.4.8. Os direitos da Concessionária

O Contrato deverá estipular, de forma não exaustiva, os direitos da Concessionária, incluindo, mas não se limitando o de receber a devida contraprestação financeira pelos serviços prestados, além explorar a concessão com liberdade empresarial e de gestão, observadas as limitações contratuais e as regras aplicáveis ao Poder Concedente.

4.4.9. Prerrogativas do Poder Concedente

Entende-se adequada a indicação expressa de algumas prerrogativas ao Poder Concedente, sem prejuízo de outras previstas/admitidas em lei, sobretudo para admitir que a Administração Pública intervenha na prestação dos serviços, retomá-los e extingui-los, nos casos e nas condições previstas no Contrato e na legislação aplicável.

Além disso, o Poder Concedente poderá delegar, total ou parcialmente, nos termos e limites da legislação, as competências de regulação, supervisão e fiscalização do Contrato de Concessão, à entidade da Administração Pública Indireta eventualmente criada para essa finalidade, sem prejuízo das funções a serem atribuídos ao verificador independente no Contrato de Concessão.

4.4.10. Direitos dos Usuários

Sem prejuízo de outros direitos e obrigações previstos em lei, o Contrato deverá estabelecer os direitos dos usuários no âmbito da Concessão.

4.4.11. Financiamento

O Contrato deverá estabelecer que caso seja necessário a Concessionária obtenha financiamento para cumprir suas obrigações contratuais, caberá a esta a responsabilidade pela obtenção, aplicação, amortização, pagamento de juros e gestão do financiamento.

Nesse hipótese, a Concessionária não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do(s) contrato(s) de financiamento porventura contratado(s), ou qualquer atraso na formalização do(s) contrato(s) de financiamento necessário(s), ou ainda, atraso no desembolso dos recursos pactuados, para se eximir, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato de Concessão, cujos termos deverão ser de pleno conhecimento do(s) financiador(es) respectivo(s).

A Concessionária deverá, ainda, apresentar ao Poder Concedente cópia autenticada dos contratos de financiamento e de garantia que venha a celebrar, bem como de documentos representativos dos títulos e valores mobiliários que venha a emitir, e quaisquer alterações desses instrumentos, no prazo de 30 (trinta) dias da data da respectiva assinatura ou emissão, conforme o caso.

4.4.12. Valor Estimado do Contrato de Concessão

O valor estimado do Contrato de Concessão corresponderá ao somatório dos valores dos investimentos a serem realizados na concessão, que corresponderá à R\$ [] ([]).

Nota-se que a opção do valor estimado do contrato deve corresponder ao somatório dos investimentos estimados encontra-se em linha à jurisprudência recente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo¹⁵:

*“Além dos pontos aventados, nota-se que a base de cálculo de requisito de qualificação econômico-financeira (item 46.c), assim como a das garantias de participação (item 48) e contratual (item 137), levou em conta o valor estimado do contrato, previsões também passíveis de elucidação **face a assentada jurisprudência dessa Corte que, em se tratando de concessão de serviços públicos, determina a utilização do valor dos investimentos previstos**”.* (grifos nossos)

Portanto, é certo que o Município deverá considerar a sistemática ora proposta para escolha do valor estimado do contrato para a presente licitação, possibilitando dessa forma um modelo que se encontra pacificado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e evitando eventual suspensão do certame.

Por fim, destaca-se que o valor estimado do Contrato deverá possuir efeito meramente indicativo, não podendo ser utilizado pelas partes, em qualquer hipótese, para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou para qualquer outro fim que implique na utilização do valor estimado do Contrato como parâmetro para indenizações, ressarcimentos e afins.

4.4.13. Remuneração da Concessionária

Em razão da exploração da Concessão, a Concessionária será remunerada pela contraprestação mensal efetiva e pelo bônus sobre a conta de energia, sendo facultada a

¹⁵ (TCE-SP – TC nº 014351.989.16-5 – Plenário Rel. Conselheiro Josué Romero – d.j. 31/08/16)

Concessionária a exploração de fontes de receitas complementares/acessórias ou de projetos associados.

A contraprestação mensal efetiva a ser paga pelo Poder Concedente à Concessionária observará o valor da contraprestação mensal de referência ofertada pela Concessionária em sua Proposta Comercial, considerando a incidência dos fatores de desempenho geral e de modernização e efficientização na forma a ser prevista no Contrato e nos seus Anexos.

O bônus sobre a conta de energia consistirá em remuneração adicional da Concessionária na hipótese de economia extra no consumo de energia elétrica da iluminação pública após o alcance da meta de efficientização, com base nas regras de cálculo e requisitos constantes a serem definidos no Contrato e nos seus Anexos.

O Contrato deverá estabelecer os procedimentos e os prazos a serem observados pelas partes para o pagamento da contraprestação mensal efetiva e do bônus sobre a conta de energia, incluindo a aferição dos fatores de desempenho geral e de modernização e efficientização.

Ainda, o Contrato deverá dispor que o Poder Concedente será responsável pela contratação do verificador independente, que será a pessoa jurídica responsável por apoiar o Poder Concedente no processo de aferição do cumprimento, pela Concessionária, dos fatores de desempenho geral e de modernização e efficientização e das demais obrigações a serem previstas no Contrato de Concessão.

4.4.14. Receitas Complementares, Acessórias ou Projetos Associados

O Contrato deverá autorizar a exploração de outras fontes de receitas alternativas, complementares ou decorrentes de projetos associados, desde que aprovadas previamente pelo Poder Concedente. No entanto, o Contrato expressamente indicará algumas atividades que a Concessionária já estaria autorizada a explorar a título de receitas alternativas, complementares ou decorrentes de projetos associados.

As receitas extraordinárias auferidas pela Concessionária deverão ser compartilhadas com Poder Concedente no montante de 15% (quinze por cento) do lucro líquido auferido pela Concessionária.

4.4.15. Alocação de Riscos

Em atendimento às melhores práticas em concessões de serviços públicos e à própria Lei Federal nº 11.079/2004 (artigo 4º, inciso VI), o Contrato deverá alocar, de forma clara e

expressa, os riscos, responsabilidades e obrigações alocados a cada uma das partes. Nesse sentido, como resultado da interação de todas as frentes envolvidas na elaboração dos Estudos, nos termos da matriz de riscos constante do Anexo I deste Parecer, a qual contém, ainda, as medidas mitigatórias vislumbradas para cada um dos riscos apontados.

Naturalmente, a matriz de riscos não possui a finalidade de elencar, de forma exaustiva, a integralidade dos riscos envolvidos no Projeto, mas sim apontar, após exaustivo e minucioso trabalho das equipes envolvidas na modelagem do Projeto e na confecção dos Estudos, os principais riscos vislumbrados cuja ocorrência teria o condão de comprometer a viabilidade do Projeto, caso não seja empreendida a alocação ótima dos referidos riscos. Nesse sentido, cumpre notar que a alocação adequada dos riscos é condição essencial à viabilização da concessão do Projeto nos moldes apresentados.

4.4.16. Revisão Extraordinária

Nos casos expressamente previstos no Contrato e observadas a alocação de riscos e as obrigações contratuais, as partes poderão requerer a instauração de procedimento de revisão extraordinária com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

O início do procedimento de revisão extraordinária ocorrerá por requerimento de qualquer das partes e deverá ser acompanhado de todos os documentos comprobatórios necessários a embasar e corroborar o pedido, em especial:

- (i) A data da ocorrência e provável duração da hipótese que enseja a recomposição;
- (ii) A indicação fundamentada da variação de investimentos, custos ou despesas, receitas e do resultado econômico da Concessão;
- (iii) Qualquer alteração necessária no objeto do Contrato de Concessão;
- (iv) A eventual necessidade de aditamento do Contrato de Concessão; e
- (v) A eventual necessidade de liberação do cumprimento de quaisquer obrigações, de qualquer das partes.

O Contrato estabelecerá os prazos e os procedimentos a serem observados pelas partes no âmbito da revisão extraordinária do Contrato. Adicionalmente, o Contrato deverá especificar a forma de cálculo por meio da qual o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão será recomposto.

Por fim, o Contrato especificará as hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio, por exemplo:

- (i) Da alteração (extensão ou redução) do prazo da Concessão;
- (ii) Da adequação dos índices que compõem o fator de desempenho geral e o fator de modernização a serem previstos no Contrato;
- (iii) Revisão dos encargos e obrigações da Concessionária previstas no Contrato;
- (iv) Revisão do valor devido a título de remuneração à Concessionária, para mais ou para menos;
- (v) Revisão da proporção do compartilhamento das receitas complementares, acessórias ou de projetos associados admitidas no Contrato;
- (vi) Pagamento de indenização em dinheiro; ou
- (vii) Combinação das modalidades anteriores ou qualquer outra forma que venha ser pactuada de comum acordo entre as partes.

4.4.17. Revisão Ordinária

Com a finalidade de manter a atualidade da Concessão, o Contrato deverá estabelecer que as partes promoverão a cada 5 (cinco) anos da sua data de eficácia, quando necessário, a revisão dos parâmetros, condições e resultados gerais da Concessão, com o objetivo de:

- (i) Analisar criticamente e eventualmente alterar o fator de desempenho geral e o fator de modernização;
- (ii) Incorporar ao Contrato a obrigatoriedade de adoção de alterações supervenientes ou novas regulamentações atinentes à iluminação pública não editadas pelo Poder Concedente;
- (iii) Alterar as especificações do objeto do Contrato, em especial para incorporar eventuais avanços tecnológicos, quando for o caso, e aprimorar a prestação dos serviços da Concessão, em atenção ao princípio da atualidade;

- (iv) Viabilizar novos investimentos no sistema de iluminação pública, inclusive diante de eventuais saldos financeiros da CIP ou a disponibilidade de recursos orçamentários;
- (v) Promover a contabilização dos pontos de iluminação pública adicionais remanescentes; e
- (vi) Promover a revisão do plano estratégico.

O procedimento de revisão ordinária deverá ser instaurado de ofício pelo Poder Concedente ou a pedido da Concessionária devendo observar os prazos e condições estabelecidos no Contrato.

4.4.18. Garantia de Execução

A Concessionária deverá prestar suas garantias de forma a assegurar o cumprimento de suas obrigações e tornar o processo de execução em caso de inadimplemento contratual um processo rápido e eficiente.

A garantia de execução está prevista no artigo 56, caput da Lei Federal nº 8.666/1993 e, no caso de PPP, no artigo 5º, inciso VIII da Lei Federal nº 11.079/2004, não podendo exceder o montante de 5% (cinco por cento) do valor total dos investimentos previstos, que corresponde ao valor estimado do Contrato de Concessão.

Desta forma, o valor da garantia de execução do Contrato de Concessão deverá corresponder à 5% (cinco por cento) do valor do Contrato de Concessão.

Aplicam-se à garantia de execução as disposições aplicáveis à garantia da proposta relativas às modalidades autorizadas, forma de apresentação e custódia.

Ainda, com relação ao limite, prevê-se, nos termos do artigo 5º, inciso VIII da Lei Federal nº 11.079/2004, combinado com o artigo 56, §3º e 5º da Lei Federal de Licitações, que é facultado ao Poder Concedente, após parecer técnico aprovado pela autoridade competente, fixá-la em até 10% (dez por cento) do valor da contratação.

4.4.19. Bens da Concessão

Consoante artigo 18, inciso X¹⁶ da Lei Federal nº 8.987/1995, o Poder Concedente deverá fazer constar dos documentos editalícios, dentre outras regras: (i) a indicação expressa dos bens considerados reversíveis e que, portanto, reverterão ao patrimônio do Poder Concedente ao final da Concessão (“Bens Reversíveis”); e (ii) as características dos Bens Reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição do Poder Concedente nos casos de extinção da Concessão.

Faz-se necessário, portanto, que o Contrato contenha regras claras acerca de quais bens efetivamente reverterão ao patrimônio do Poder Concedente ao final da Concessão e em que condições tais bens deverão ser transferidos ao Poder Concedente, haja vista, inclusive, a obrigação de indenizar a Concessionária pela parcela de investimentos não amortizada referente aos Bens Reversíveis, em caso de extinção da Concessão.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷ identifica três espécies de bens que podem reverter ao final da outorga da concessão, nos seguintes termos:

*“Entre os bens que reverterem ao cabo da delegação (bens efetivamente aplicados ao serviço e imprescindíveis a este), podemos identificar três espécies : (i) os **bens originalmente públicos** ou aplicados ao serviço por instrumento de direito público (v.g. expropriação) (...); (ii) os **bens reversíveis**, que são **assumidos** ou que **venham a ser adquiridos** pela Concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil (...); (iii) por fim, os **direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados**, como ocorre com as servidões de passagem para linhas de transmissão de energia elétrica (...).” (Grifo nosso)*

Os Bens Reversíveis serão tão somente aqueles imprescindíveis à execução e à continuidade do objeto, integrantes do patrimônio da Concessionária, e que reverterão em favor do Poder Concedente após a extinção da Concessão.

Ainda, os Bens Reversíveis serão considerados bens fora de comércio, não podendo ser, a nenhum título, cedidos, alienados, onerados, arrendados, dados em comodato ou garantia, ou de qualquer outro modo ser permitida a sua ocupação, arrendados, penhorados ou qualquer providência dessa mesma natureza, salvo quando imprescindível para o financiamento de sua aquisição.

¹⁶ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...) X - a indicação dos bens reversíveis;

¹⁷ Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 172.

Por ocasião da reversão, os Bens Reversíveis deverão estar de acordo com as especificações técnicas, contratuais e regulamentares vigentes, observado ainda o disposto no Contrato. A Concessionária somente poderá alienar os Bens Reversíveis mediante autorização do Poder Concedente, se estes mesmos não estiverem mais afetados à prestação dos serviços, ou se a Concessionária proceder à imediata substituição por outros com condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos dos substituídos, salvo nos casos em que, comprovadamente, tais bens não se mostrarem mais necessários à prestação dos serviços.

Os Bens Reversíveis deverão, ao final da Concessão, ser transferidos ao Poder Concedente sem quaisquer ônus ou encargos, devendo a Concessionária no prazo estipulado no Contrato apresentar um plano de desmobilização operacional para aprovação do Poder Concedente.

Os demais bens adquiridos pela Concessionária que não sejam essenciais à prestação dos serviços serão considerados bens privados (“*Bens Privados*”), podendo ser alienados e onerados livremente pela Concessionária.

4.4.20. Extinção da Concessão

O Contrato deverá conter todas as hipóteses de extinção da Concessão, sendo elas, segundo artigo 35 da Lei Federal nº 8.987/1995, as seguintes:

- (i) Advento do termo contratual;
- (ii) Encampação;
- (iii) Caducidade;
- (iv) Rescisão;
- (v) Anulação; e
- (vi) Falência ou extinção da Concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Da mesma forma, o Contrato deverá disciplinar, de forma clara, a metodologia de apuração dos valores eventualmente devidos à Concessionária pelo Poder Concedente em razão da não amortização de investimentos realizados em Bens Reversíveis, em atendimento ao que dispõe o artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995.

Em qualquer das hipóteses acima, quando extinta a Concessão, devem retornar ao Poder Concedente todos os Bens Reversíveis, direitos e privilégios vinculados à gestão e exploração da Concessão.

4.4.21. Sanções

O Contrato deverá conter, de forma clara, a sistemática de apuração de infrações, abordando a aplicação de penalidades e os tipos de penalidades. Nesse contexto, foi proposta minuta de anexo ao Contrato dispendo sobre tipificações específicas e as correspondentes penalidades, bem como a sistemática a ser observada para os descumprimentos contratuais não tipificados previamente.

4.4.22. Mecanismos de Soluções de Controvérsias Arbitragem

O Contrato deverá prever mecanismos específicos para a resolução de controvérsias originadas ao longo da execução do Contrato. Nesse sentido, sugere-se a adoção de 3 (três) modalidades específicas de solução de conflitos, quais sejam: (i) mecanismo de solução amigável de conflitos, mediante troca de comunicações e acordo entre as partes; (ii) Comitê Técnico; e (iii) arbitragem, em atendimento ao que dispõe a Lei Federal nº 9.307/1996 sobre o procedimento arbitral aplicável à Administração Pública.

4.4.23. Foro

O Contrato deve prever a competência do Foro da Circunscrição Judiciária de Leme, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do Contrato, assim como para apreciar as medidas judiciais pré-arbitrais, ou, ainda, eventual ação de execução da sentença arbitral.