Parecer Jurídico SMLCP/DJ nº 017/2023

Ementa: Contratação de Parceria Público-Privada (PPP). Iluminação Pública do Município de Canoas. Lei nº 11.079/2004 e Lei Municipal nº 5.046/2005.

I. DO RELATÓRIO.

1. Trata-se de consulta jurídica realizada nos autos do processo MVP nº 75317/2022, no qual se busca a contratação de parceria pública-privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, para modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública de Canoas.

2. Observa-se, de início, que a modelagem da contratação pretendida se deu com base em contratação realizada junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES para *prestação de serviços técnicos de apoio, avaliação, estruturação e implementação da desestatização, na modalidade concessão administrativa, do serviço de iluminação pública do município de Canoas/RS*, conforme se pode conferir por meio do MVP nº 31289/2021, o qual teve como resultado final a formalização do Contrato de Estruturação de Projeto nº 21.2.0210.1, avençado entre o Município de Canoas e o BNDES.

3. Em apertada síntese, após a modelagem do projeto, o procedimento seguiu, aparentemente, o fluxo estabelecido pela legislação que rege a matéria, envolvendo, dentre suas etapas, consulta e audiência públicas e participação do órgão de controle externo, no caso, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 5º, *caput*, da Resolução TCE/RS nº 1157/2022.

4. Eis o relatório. Passa-se a analisar.

II. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA.

5. Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de

que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

6. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.619/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações, Compras e Parcerias, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

> *Art. 23. Compete à Secretaria Municipal de Licitações, Compras e Parcerias:*
>
> *II - planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta;* (grifamos)

7. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações, Compras e Parcerias – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

8. Sobre o caso em concreto, importante destacar que, em processos de grande vulto, como é o caso do ora em análise, é recomendável o acompanhamento *pari passu* de representante do órgão de assessoria jurídica ao qual compete a representação judicial e extrajudicial do Município. No entanto, verifica-se que não foi o ocorrido *in casu*. Deve-se ressaltar, a propósito, que o fato de haver consultoria por escritório privado de advocacia e pelo corpo jurídico do BNDES não possui o condão de mitigar os riscos jurídicos que podem ser gerados ao Município por falta de acompanhamento dos Advogados Públicos, uma vez que cabe a estes a defesa do Município de Canoas – judicial ou extrajudicialmente, perante os Tribunais de Contas inclusive, por exemplo – e, em última análise, do próprio interesse público primário, conforme disposto na Lei Municipal nº 6.619/2023:

Art. 18. Compete à Procuradoria-Geral do Município:

(...)

II - representar e defender judicial e ***extrajudicialmente*** *o Município;*

(...)

IV - zelar pela legalidade dos atos administrativos;

9. Frise-se que o (desejável) acompanhamento a ser realizado pelo órgão de assessoramento jurídico configura-se boa prática em casos tais, a fim de evitar, de maneira preventiva, riscos jurídicos ao Município, os quais muitas vezes escapam da análise de escritórios de advocacia privados, por mais conceituados que sejam, uma vez que expostos a realidades notoriamente distintas.

10. Sob tal influxo, a contratação ora aportou neste órgão de assessoramento com tempo deveras exíguo para análise – a se considerar o calendário já predeterminado em relação ao BNDES e ao leilão da B3 –, e sem o desejável conhecimento pelos Procuradores competentes sobre as filigranas do procedimento, pois alijados, como dito, de toda a fase do planejamento, o que, patentemente, não é recomendável.

11. Na oportunidade, registre-se que os presentes autos aportaram nesta Diretoria Jurídica, pela primeira vez, em **14/03/2023**, para tratar acerca de matéria de alta complexidade, como já salientado, tendo este órgão devolvido o processo por meio do Despacho Jurídico constante do doc. 97, consignando diversas recomendações de ordem jurídica. Dada a sua importância, considera-se tal despacho como parte integrante do presente parecer.

III. DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES / DO ATENDIMENTO ÀS RECOMENDAÇÕES.

12. Após a chegada dos autos para análise desta Diretoria Jurídica, os Procuradores ora subscritos consignaram algumas recomendações ao administrador competente, conforme já informado supra, por meio de Despacho Jurídico (doc. 97), as quais foram objeto de consideração por parte do corpo técnico da SMLCP e demais envolvidos no planejamento.

13. Nesse ponto, verifica-se que, em atenção ao recomendado, a SMLCP providenciou a juntada dos docs. 98 a 120 ao MVP, com o fito de atender ou justificar o não atendimento das recomendações.

14. Ainda, a área técnica consolidou as providências/justificativas no doc. 106 (Resposta as considerações VLJ), no qual se observam atendidas as recomendações postas, com as seguintes ressalvas:

a. Não foi acatada a inclusão de cláusula de solidariedade, nos termos do art. 1.052 do Código Civil, conforme sugerido, o que traria, diferentemente do que foi compreendido pela área técnica, maior segurança ao Município. Pelo que se percebe da resposta, há, com efeito, uma incompreensão dos institutos jurídicos da solidariedade e da integralização de capital (talvez decorrente da não participação dos Procuradores do Município na modelagem do processo, conforme destacado), na medida em que, em hipótese alguma, haveria como se privilegiar este ou aquele licitante com tal previsão. Nesse ponto, de toda forma, ainda que discordemos, consideramos legítima a opção do administrador, estando esta justificada;

b. Igualmente, não foi acatada a recomendação acerca de se prever sanção específica para o descumprimento do prazo do PDO, o que, a nosso ver, encontra-se inserido no mérito administrativo, motivo pelo qual julgamos justificada a não inserção;

c. Por fim, não foi acolhida a sugestão de incluir previsão expressa quanto à inafastabilidade de responsabilidade em decorrência de caso fortuito interno. Nesse ponto, a área técnica esclarece que "*referido conceito não costuma ser praticado nos Contratos de Concessão celebrados com a Administração Pública"* e que "*restringir ao caso fortuito interno poderá gerar questionamentos acerca de entendimentos não pacificados"*. Apesar de não se concordar com tais argumentos, eis que carecedores de base teórico-científica, entendemos que tal previsão também se encontra inserida no mérito administrativo;

15. Assim, verifica-se que, em linhas gerais, houve o atendimento/justificativas/esclarecimentos necessários por parte da área técnica, ressalvados os pontos acima, dos quais deverá ficar ciente o administrador quanto a seus riscos

IV. DA PREVISÃO LEGAL / DA CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO.

16. Conforme se verifica por meio dos documentos que instruem o processo, trata-se de hipótese de contratação de Parceria Público-Privada (PPP), nos termos da Lei º 11.079/2004 e da Lei Municipal nº 5.046/2005. Confira-se:

> ***Lei nº 11.079/2004***
>
> *Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
>
> ***Lei nº 5.046/2005***
>
> *Art. 1º Fica instituído o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, com função de disciplinar e promover a realização de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública, em áreas de atuação pública de interesse social ou econômico.*

17. Como se pode verificar, a Lei nº 11.079/2004, em que pese se tratar de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, tem eficácia nacional, ou seja, deve ser observada por todos os entes federativos, uma vez que estabelece normas gerais sobre a matéria. Isso porque, de acordo com o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, cabe privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, nos termos a seguir:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *(...)*
>
> *XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

18. Nesse sentido, deve o Município obedecer aos ditames da Lei nº 11.079/2004, por se tratar de norma geral sobre contratação e licitação, sem prejuízo de observância de sua norma local, Lei nº 5.046/2005, já que adequada às suas peculiaridades e refletindo a escolha política do ente.

19. Em tal ponto, importante trazer à lume a conceituação das Parcerias Público-Privadas, sob a luz da legislação e da melhor doutrina administrativista sobre o tema.

20. De largada, a legislação conceitua PPP de maneira simplista, dependendo sua conceituação da modalidade adotada, se patrocinada ou administrativa:

> *Art. 2º* ***Parceria público-privada*** *é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*
>
> *§ 1º* ***Concessão patrocinada*** *é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*
>
> *§ 2º* ***Concessão administrativa*** *é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (*grifamos)

21. Com efeito, encontramos definições mais didáticas e esclarecedoras no âmbito da doutrina. Como ponto de partida, destaca-se o escólio de Bernardo MEYER[1]:

> *Em alguns países, o termo tem tido uma repercussão mais ampla abrangendo toda e qualquer forma de colaboração entre atores públicos e privados. Em outros, como no Brasil, o termo se refere a um tipo específico de contrato entre atores públicos e privados, com características próprias. Em que pese o fato do parceiro privado em PPPs ser geralmente empresas privadas, a parceria pode se dar também com organizações da sociedade civil. Nesse caso, estão aí incluídas as organizações não governamentais, comunitárias, voluntárias e outras formas assemelhadas, ou ainda outras que possam vir a existir com esta denominação (Bovaird, 2004; Flinders, 2005).*
> *(...)*
> *Um conceito completo e que destaca elementos característicos das PPPs foi dada por Van Ham e Koppenjan (2001), ao identificá-las como* ***cooperações com alguma durabilidade entre atores públicos e privados, que conjuntamente desenvolvem produtos e serviços, assim como também compartilham os riscos, os custos e os recursos que estejam conectados com eles****.*
> *(...)*
> *As PPPs, a exemplo de outras formas de desestatização,* ***partem da premissa que o setor privado reúne condições de proporcionar ganhos de eficiência ao setor público quando colaboram na prestação desses serviços*** *(Cabral; Lazzarini; Azevedo, 2013).* (grifamos)

22. Complementando, colaciona-se a doutrina do especialista no assunto, Fernando Vernalha Guimarães[2]:

> ***As parcerias público-privadas constituem novas modalidades de contratos administrativos introduzidas no ordenamento jurídico-positivo brasileiro****. Sua novidade carrega para o intérprete a difícil tarefa em decifrar suas notas fundamentais, num esforço de acomodação do instituto no âmbito do regime jurídico da contratação administrativa. Essa inserção, interativa com o modo como se organiza aquele regime jurídico, produz efeitos diretos na modulação normativa de institutos aparentados, como se verifica a propósito da concessão comum de serviços públicos.* ***Nesse domínio, a***

[1] MEYER, Bernardo. Parcerias Público Privadas: Uma estratégia governamental. Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786587019123. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019123/. Acesso em: 23 mar. 2023.

[2] GUIMARÃES, Fernando V. Parceria público-privada, 2ª edição. Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502207950. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502207950/. Acesso em: 23 mar. 2023.

> ***PPP, que já nasce como subgênero concessório, ao mesmo tempo que importa às suas espécies um tratamento jurídico base próprio da concessão comum, o modifica em um sem-número de aspectos***. *Além disso, o regime das PPPs incorpora também a disciplina central dos contratos administrativos gerais tratados pela Lei n. 8.666/93 (ainda que dela esteja singularizada), apresentando-se como um modelo genuinamente referenciado por outras matrizes contratuais.* (grifamos)

23. Um dos maiores nomes do direito administrativo brasileiro, a Professora Drª Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3] também procura conceituar as PPPs:

> *Do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada.*
>
> *Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que* ***a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público***. (grifamos)

24. Assim, aglutinando os conceitos supra, sobretudo porque as leis não trazem a melhor definição do que seria uma PPP, pode-se chegar à conclusão de que uma PPP é um contrato administrativo de concessão (isso porque é inerente às concessões, sejam simples ou por meio de PPP, a adoção da forma de contrato administrativo), considerado como um subgênero concessório, que incorpora a disciplina central dos contratos administrativos e agrega a ela institutos próprios, com a finalidade de gerar uma cooperação entre atores públicos e privados, buscando-se o atendimento do interesse público primário por meio da utilização da *expertise* da iniciativa privada.

25. Releva salientar, na oportunidade, que a utilização de PPPs para objetos como o dos autos, ou seja, que têm como escopo projetos de iluminação pública, é relativamente comum, conforme destaca a doutrina de MEYER[4]:

---

[3] PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/. Acesso em: 23 mar. 2023.

> *Apesar do protagonismo dos Estados no desenvolvimento de projetos de PPP, atualmente já se registra um forte crescimento no âmbito dos municípios. Em especial, ocorreu* ***significativo crescimento de PPPs na área de iluminação pública em municípios brasileiros****.*

26. Destarte, verifica-se que o caso em tela contempla nítida hipótese de concessão por meio de PPPs, já devidamente experimentada por outras municipalidades.

V. DA MODALIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

27. Conforme exposto anteriormente, pretende-se a contratação da PPP na modalidade concessão administrativa, que se distingue da concessão patrocinada pelo fato de que nesta modalidade há, além da contrapartida pelo parceiro público, pagamento de tarifa pela população, ao passo que naquela a remuneração é toda advinda do ente político parceiro.

28. Poderia se perquirir, já que os recursos para pagamento da contrapartida do ente político serão oriundos da Contribuição pelo Serviço de Iluminação Pública – COSIP (ou, simplesmente, CIP), conforme se analisará de maneira mais detida em tópico posterior, se não seria o caso de considerar que a concessão seria, com efeito, na modalidade patrocinada, já que, ao fim e ao cabo, a contribuição é paga pelos usuários do serviço de energia elétrica. Em tese, tal poderia conduzir ao raciocínio de haver uma participação direta da população no pagamento da contrapartida. No entanto, isso não estaria correto, conforme se demonstrará.

29. Como se observa do comando legal que trata da concessão patrocinada, a configuração desta depende de pagamento de **tarifa** por parte do usuário. Nesse ponto, convém distinguir tarifa de tributo.

30. Segundo o art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN, **tributo** é *toda prestação pecuniária* ***compulsória****, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*. É dizer: a relação jurídica estabelecida entre o contribuinte e o ente tributante é uma relação jurídico-administrativa, havendo compulsoriedade em seu pagamento, regendo-se, basicamente, por normas de direito público.

---

[4] *Op. cit.*

31. A **tarifa**, por sua vez, diferentemente do tributo, advém de relação contratual e, portanto, não compulsória, sendo paga tão somente em decorrência da do uso de um serviço por determinado usuário, sujeitando-se, portanto, às normas de direito privado.

32. Assim, considerando que a CIP é, de acordo com a Teoria Pentapartida da Classificação dos Tributos, ora adotada pelo Supremo Tribunal Federal, notoriamente um **tributo**, não se poderia considerar que o seu pagamento pelos contribuintes configuraria o pagamento de uma tarifa pela prestação de um serviço público. Desse modo, a destinação deste tributo ao pagamento da PPP de iluminação pública – ainda que integral, como estabelecido pela Lei Municipal 6.578/2022 – não descaracterizaria a modalidade de concessão administrativa.

33. Ainda sobre a concessão administrativa, a sua conceituação pela lei é deveras simplista, como já consignado alhures, sendo necessário um maior esforço interpretativo para alcançar o seu real significado. É nessa esteira a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5]:

> *Nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.079, "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".*
>
> *O conceito peca pela falta de clareza. É preciso recorrer a outros dispositivos da lei para tentar esclarecer o real objetivo do legislador. Além do próprio conceito, já transcrito, existe outro dispositivo referindo-se à concessão administrativa, que é o artigo 3º, sobre as leis aplicáveis a essa modalidade. Todos os demais artigos (salvo os poucos que se referem à concessão patrocinada) fazem referência às parcerias público-privadas dando a entender que se aplicam, sem distinção, às duas modalidades.*
>
> *Um primeiro dado que resulta do conceito legal é o que diz respeito ao objeto do contrato, que é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Resulta claro que o objeto principal é a prestação de serviço.*
>
> ***Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público). Vale dizer que haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21, sob a forma de empreitada***.
>
> *Na concessão patrocinada (da mesma forma que na concessão de serviços públicos comum ou tradicional), a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material.* ***Na concessão administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço***. (grifamos)

[5] *Op. cit.*

34. Sob tal influxo, observa-se que o objeto em questão não pode ser caracterizado de outra forma que não sob a modalidade de concessão administrativa, sendo correta a caracterização por parte da Administração.

VI. DOS RECURSOS FINANCEIROS NECESSÁRIOS À CONTRATAÇÃO DA PARCERIA / DA VINCULAÇÃO DA COSIP AO PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO.

35. Consta informação nos autos de que os recursos disponíveis para fazer frente aos custos da contratação serão decorrentes de vinculação da Contribuição sobre o Serviço de Iluminação Pública – CIP.

36. De início, destaque-se que, diferente do que ocorre com os impostos – os quais têm como regra a não vinculação a determinadas despesas –, as contribuições podem (e devem) ser vinculadas à cobertura de determinadas despesas, como é o caso da CIP, por expressa disposição Constitucional, decorrente da Emenda Constitucional nº 39/2002:

> *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 art. 150, I e III.*
>
> *Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.*

37. O Código Tributário Municipal (Lei nº 1943/79), por sua vez, estabelece o seguinte acerca da CIP no Município de Canoas:

> *Art. 85 A - A contribuição para custeio do serviço de iluminação Pública - CIP - compreende o consumo de energia destinada à iluminação de vias, logradouros e demais bens públicos, e a instalação, manutenção, o melhoramento e a expansão de rede de iluminação pública.*

38. Assim, patente é a necessária vinculação da receita decorrente da CIP às ações voltadas à iluminação pública, aí compreendidas, além da iluminação propriamente dita, também os custos com sua manutenção, instalação, melhoramento, entre outros, havendo consonância, portanto, com os fins do objeto da parceria ora pretendida.

39. A Lei Municipal nº 6.578/2022, por seu turno, cuidou de destinar, expressamente, os recursos da CIP para o referido projeto. Confira-se:

> *Art. 2º Fica o Poder Executivo autorizado a determinar a* ***vinculação de receitas municipais provenientes da Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública (CIP) de que trata a Lei Municipal nº 1.943/1979 e alterações posteriores, para pagamento e garantia da contraprestação da Parceria Público-Privada*** *descrita no artigo 1º, desta Lei, além de despesas relacionadas à concessão de iluminação pública do Município de Canoas.* (grifamos)

40. Diante disso, com base na legislação ora vigente, bem como nos estudos coligidos aos autos, informando a suficiência da medida para fazer frente à contratação, entendemos que é regular a referida vinculação de receitas, sendo esta inerente à própria natureza do tributo em tela.

VII. DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO.

41. De acordo com o art. 10, *caput*, da Lei nº 11.079/2004, a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade **concorrência** ou **diálogo competitivo**.

42. Verifica-se, pelo que consta nos autos, que o Administrador optou por realizar a licitação na modalidade concorrência, ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93. A esse respeito, destaque-se que é legítima a opção do Administrador pela utilização da Lei nº 8.666/93 em detrimento da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), por força do que consta no art. 191, *caput*, c/c o art. 193, II, ambos do novel marco legal de licitações e contratos, nos termos a seguir:

> *Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 193. Revogam-se:*
>
> *I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;*

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

43. Destaque-se, por oportuno, que a legislação municipal assevera a legitimidade do prazo para se optar pela utilização da Lei nº 8.666/93, conforme o recente Decreto nº 122, de 21 de março de 2023:

> *Art. 2º Os órgãos e entidades referidos no caput deste artigo poderão, **até o dia 31 de março de 2023, optar pela utilização das normas constantes na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e nos arts. 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.* (grifei)

44. Isso posto, repise-se que legítima a opção do Administrador pelo uso da concorrência regida pela Lei nº 8.666/93.

45. Contudo, importante destacar que a nova modalidade de licitação trazida pela Lei nº 14.133/2021, qual seja, o diálogo competitivo, foi objeto de inclusão deliberada do legislador como uma das modalidades a serem utilizadas para a contratação de PPPs. Existe, conforme se demonstrará, justo motivo para tanto.

46. O diálogo competitivo encontra conceituação no inciso XLII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, com regulamentação dada pelo art. 32 do aludido diploma legal. Vejamos:

> *Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:*
>
> *(...)*
>
> *XLII - **diálogo competitivo**: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:*
>
> *I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:*
>
> *a) inovação tecnológica ou técnica;*
>
> *b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e*

c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

a) a solução técnica mais adequada;

b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII - (VETADO).

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

47. Sobre a utilização do diálogo competitivo, destaque-se a doutrina do ilustre administrativista e Procurador do Município do Rio de Janeiro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira[6]:

O diálogo competitivo é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo (art. 6.º, XLII, da Lei 14.133/2021).

O diálogo competitivo, também denominado "diálogo concorrencial", foi adotado no âmbito da União Europeia e, por certo, serviu de inspiração para o legislador nacional incorporá-lo à Lei de Licitações como nova modalidade de licitação.

A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, define o "diálogo concorrencial" como "procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta" (art. 11, c, da Diretiva 2004/18/CE).367

As regras do "diálogo concorrencial" encontram-se definidas no art. 29 da Diretiva 2004/18/CE.368 O procedimento, utilizado em contratos complexos, envolve o diálogo entre o Poder Público e as entidades privadas previamente selecionadas, após "anúncio de concurso", que tem por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades, garantido o tratamento isonômico entre os interessados.

Após a conclusão do diálogo, os interessados deverão apresentar suas propostas finais, com todos os elementos requeridos e necessários à realização do projeto.

---

[6] OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647484. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/. Acesso em: 24 mar. 2023.

48. Verifica-se, portanto, que o diálogo competitivo pode ser adotado diante de situações que venham a exigir um projeto de alta complexidade por parte do Poder Público, sendo recomendável se recorrer à *expertise* da iniciativa privada para que se desenhe a melhor solução de contratação para aquele determinado caso.

49. Referente aos autos, observa-se que a Administração Municipal se valeu de um contrato com o BNDES (conforme MVP nº 31289/2021) para estruturação e implementação do projeto pretendido, expediente que, s.m.j., poderia ser integralmente contemplado pela própria realização do diálogo competitivo

50. Na oportunidade, convém destacar que o Estudo P3 (Relatório Jurídico), da lavra do Escritório Moisés & Pires, manifestou-se da seguinte forma sobre a utilização do instituto em tela:

> Com relação à modalidade Diálogo Competitivo, apesar de se considerar uma inovação, não se mostra, a princípio, uma alternativa vantajosa ao Município de Canoas comparado à modalidade de Concorrência. Isto porque o Diálogo Competitivo é utilizado para a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (art. 6º, inc. XLII, da respectiva Nova Lei de Licitações).
>
> Em que pese sua possível aplicabilidade ao Projeto em tela, entende-se que o Município de Canoas possui condições de, após a entrega dos estudos de viabilidade, definir as soluções técnicas, bem como a estrutura jurídica e financeira do contrato, mais adequadas à estruturação da licitação, não se fazendo necessária a instauração de processo de diálogo e negociação com os potenciais *players* para tais definições.

51. Com a devida vênia, não há como se concordar integralmente com o consignado acima, mormente por se tratar de justificativa indevidamente sucinta para objeto de tamanha importância. Isso porque, no entender deste órgão de assessoramento jurídico, o uso do diálogo competitivo para tal objeto traria, ao menos em tese, elevadas vantagens para o Município, sobretudo no que diz respeito à prospecção de iniciativas inovadoras para o objeto decorrente dos diálogos com o mercado e eventual economia de recursos no planejamento, sendo o caso inclusive de, porventura, se dispensar a intermediação do BNDES – afastando, assim, o pagamento de remuneração a tal instituição financeira em caso de insucesso na implantação do projeto.

52. Assim, em que pese legítima a escolha da modalidade de concorrência sob a égide da Lei nº 8.666/93, deve o Administrador tomar ciência de que a economicidade do uso de tal modalidade, sobretudo caso ocorra insucesso na contratação, pode vir a ser objeto de questionamento pelo Tribunal de Contas competente, à luz dos critérios dispostos no art. 70, *caput*, da Constituição Federal.

53. Ainda, não há que se falar em inaplicabilidade da nova lei de licitações em decorrência do Decreto Municipal nº 486/2021, que determinou à Administração Municipal a manutenção do uso da Lei nº 8.666/93 até a plena implantação da nova lei de licitações no Município de Canoas. No caso, tal obstáculo, considerando-se a importância e sensibilidade do objeto, seria, s.m.j., facilmente transponível por um simples trabalho de gestão, consistente na modificação do referido Decreto ou inclusão de exceção para casos de PPPs, por exemplo, o que poderia trazer melhores resultados ao Município.

54. Aqui, faz-se mister destacar que é firme a jurisprudência dos Tribunais de Contas no sentido de que até mesmo atos administrativos discricionários podem ser objeto de exame perante as Cortes de Contas. Confira-se:

> ***É cabível ao TCU adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o princípio da economicidade****, tendo em vista as demais opções legais que estiverem a seu alcance (Acórdão 1195/2008 – 1ª Câmara, rel. ministro Augusto Nardes);*
>
> *O componente discricionário no ato de concessão de diárias e passagens* ***não impede o TCU de verificar se há adequação da forma e dos motivos das concessões à finalidade pública*** *(Acórdão 3378/2010 – Plenário, rel. ministro Walton Alencar Rodrigues);*
>
> *O TCU, no uso de suas competências constitucionais,* ***exerce o controle do poder discricionário da Administração Pública, por meio da proteção e da concretização dos princípios constitucionais e diretrizes legais aplicáveis****, bem assim pelo critério da razoabilidade, controlando eventuais omissões, excessos ou insuficiências na atuação dos órgãos e entidades envolvidos (Acórdão 1077/2015 – Plenário, rel. ministro Aroldo Cedraz);*
>
> ***O conteúdo de ato administrativo discricionário pode se submeter à apreciação do TCU*** *quando o órgão ou a entidade jurisdicionada afasta-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete,* ***entre os quais os da motivação, da eficiência e da economicidade*** *(Acórdão 2061/2021 – Plenário, rel. ministro Walton Alencar Rodrigues);*
>
> ***O exercício regular da discricionariedade pelo administrador público não afasta a competência do*** *TCU de verificar a observância ao dever legal de motivar os atos de gestão segundo os* ***princípios da economicidade, da razoabilidade e da impessoalidade****. (Acórdão 4117/2022 – 2ª Câmara, rel. ministro Bruno Dantas).* (grifamos)

55. Por fim, saliente-se que, nada obstante o nível de detalhamento do Relatório Jurídico (P3) elaborado pela consultoria privada, as opções pelo uso desta ou daquela modalidade, bem como outros aspectos referentes ao procedimento como um todo, **devem ser objeto de deliberação pela autoridade administrativa competente, não sendo possível sua delegação a terceiros**.

VIII. DO ATENDIMENTO AO ART. 10 DA LEI 11.079/2004.

56. Conforme se pode verificar no Despacho Jurídico que ora integra este Parecer, com as recomendações exaradas no âmbito do doc. 97, esta Procuradoria listou os requisitos exigidos pelo art. 10 da Lei de PPPs, os quais, s.m.j., foram objeto de atendimento pela área técnica demandante, nos termos do esclarecido por meio do doc. 106 (Resposta às considerações VLJ).

57. Pela sua alta relevância diante da responsabilidade fiscal que cabe ao Município, impende destacar a declaração emanada do Ilustre Secretário Municipal da Fazenda (doc. 114), em atenção ao solicitado no Despacho Jurídico:

A PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS por intermédio da Secretaria Municipal de Fazenda, no uso de suas atribuições e atendendo as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial ao disposto no inciso II, do artigo 16, da Lei Complementar nº 101/00 e ao inciso II, do artigo 10, da Lei Federal n.º 11.079/04, DECLARA, para os devidos fins, que a(s) despesa(s) resultantes da implementação da Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, para a prestação dos serviços de iluminação pública no Município de Canoas/RS, incluídos a modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública tem perfeita adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual de 2023 (LOA - Ação 2209) e compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA).

Acrescenta-se que as dotações orçamentárias relativas à Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, para a prestação dos serviços de iluminação pública são de previsão obrigatória no orçamento do Poder Legislativo, suportando a despesa integralmente.

Canoas, 16 de março de 2023.

Luis Davi Vicensi Siqueira
Secretário Municipal da Fazenda
Secretaria Municipal da Fazenda

58. Assim, considerando os documentos ora acostados aos autos, entende-se cumprido o que exige o art. 10 do aludido diploma legal.

IX. DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

59. Referente ao instrumento convocatório, assim dispõe a Lei nº 11.079/2004:

> *Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*
>
> *I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ;*
>
> *II – (VETADO)*
>
> *III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.*
>
> *Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.*

60. A Lei nº 8.987/95, citada pelo *caput* do art. 11 acima colacionado, por sua vez, traz as seguintes previsões:

> *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:*
>
> *I - o objeto, metas e prazo da concessão;*
>
> *II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;*
>
> *III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;*
>
> *IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;*
>
> *V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;*
>
> *VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;*

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

(...)

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1o O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2o A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

(...)

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

61. Nesse ponto, observa-se que, em linhas gerais, o instrumento convocatório, qual seja, o edital de concorrência pública, atendeu aos requisitos dispostos na legislação, trazendo, além das previsões obrigatórias, diversas das exigências facultativas elencadas pelos artigos colacionados supra.

62. Registre-se, contudo, que, referente ao inciso 12 do art. 18, acima transcrito, o qual dispõe sobre a responsabilidade quanto às desapropriações ou servidões administrativas que se fizerem necessárias, em que pese legítima a assunção de tais responsabilidades pelo Poder Público, deve o gestor ficar ciente de que, no entender deste órgão de assessoramento jurídico, poderia ser mais eficiente a delegação dos atos executórios à concessionária, nos termos de recente alteração promovida pela Lei nº 14.273/2021 na legislação que rege as desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/41):

> ***Decreto-lei nº 3.365/41***
>
> *Art. 3º Podem promover a desapropriação, mediante autorização expressa constante de lei ou contrato: (Redação dada pela Lei nº 14.273, de 2021)*
>
> *I - **os concessionários, inclusive aqueles contratados nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**; (Redação dada pela Lei nº 14.273, de 2021)*
>
> *(...)*

63. Assim, a despeito da escolha legítima do administrador no sentido de manter os atos executórios para desapropriação a cargo do Poder Concedente, **recomenda-se constar justificativa expressa para tal opção nos autos, sobretudo à luz dos princípios da eficiência, celeridade e continuidade do serviços públicos.**

X. DO INSTRUMENTO PARA FORMALIZAÇÃO DA AVENÇA.

64. O art. 62, *caput*, da Lei nº 8.666/93, assim dispõe quanto à obrigatoriedade de se formalizar a contratação por meio de termo de contrato:

> *Art. 62. **O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços**, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por*

outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (grifei)

65. Como se pode verificar, de acordo com o já abordado neste opinativo, a licitação se dará na modalidade concorrência, o que, pela própria literalidade do dispositivo supra, enseja a necessidade de utilização de instrumento contratual em sentido estrito, impossibilitando sua substituição por nota de empenho ou similares.

66. Destaque-se, outrossim, que os diplomas legais que tratam de concessão de serviços públicos e PPPs, Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/2004, respectivamente, também trazem dispositivos que, por sua intelecção, estabelecem a utilização compulsória de termo contratual. Vejamos:

Lei nº 8.987/95

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Lei nº 11.079/2004

*Art. 5º As **cláusulas dos contratos de parceria público-privada** atenderão ao disposto no art. 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;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

67. Conforme já analisado no despacho jurídico que ora integra este Parecer, a minuta do termo de contrato foi objeto de análise anteriormente por este órgão de assessoramento jurídico, tendo a área técnica competente procedido com as devidas inclusões e ou justificativas.

68. Pelo exposto, entende-se que a minuta contratual atende ao necessário à contratação, dele constando todos os requisitos expostos nos dispositivos supracitados, estando em ordem para levar a cabo o pretendido pela Administração Municipal.

XI. DA CONCLUSÃO.

69. Assim sendo, tendo em vista a conformidade com a legislação que rege a matéria, as justificativas coligidas aos autos, bem como os esclarecimentos prestados pela área técnica, opina-se pela **viabilidade jurídica da contratação pretendida**, entendendo-se que o processo se encontra em ordem para que seja deflagrada a fase externa da licitação, observando-se, no entanto, o prazo mínimo a que alude o §2º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

É o parecer. À ciência da unidade consulente.

Canoas, 27 de março de 2023.

Rafael Pereira de Franco
Procurador do Município
Diretor Jurídico – SMLCP
OAB/RJ 221.129
Matrícula 125773

Fernanda Bonotto Krebs
Procuradora do Município
OAB/RS 93.499
Matrícula 125774