

MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PRIVADO - MIP

Processo Administrativo nº 39.554/2022

Prefeitura Municipal de Bragança Paulista/SP

Estudos realizados mediante autorização concedida no bojo do Processo Administrativo nº 39.554/2022, com propostas de soluções para os serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos no Município de Bragança Paulista, com implantação de pátio municipalizado.

CADERNO III – MODELAGEM JURÍDICA – INSTITUCIONAL

Revisado Outubro/2023

Manifestação de Interesse Privado (MIP) do Município de Bragança Paulista/SP

Autorizada: Kappex Assessoria e Participações CNPJ n. 04.805.879/0001-08, com endereço à Rua Bandeira Paulista, 662, 9º andar, cj. 91/92, Itaim Bibi, São Paulo - SP, CEP: 04.532-002.

Revisão Final dos estudos realizados mediante autorização concedida no bojo do Processo Administrativo nº 39.554/2022, com propostas de soluções para os serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos no Município de Bragança Paulista, com implantação de pátio municipalizado.

Revisado Outubro/2023

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	4
2. LEGISLAÇÃO LOCAL.....	6
3. RELATÓRIO JURÍDICO – INSTITUCIONAL.....	7
a) Alternativas de modelagem jurídica, suas formas de contratação e avaliação jurídica da viabilidade dos modelos alternativos	7
b) Modalidade adequada.....	13
c) Legislação complementar de suporte jurídico.....	14
d) Abrangência territorial da concessão	15
e) Premissas da Minuta de Edital de Concessão sugerida.	15
f) Premissas da Minuta de Contrato de Concessão sugerida.	27
g) Matriz de riscos do Contrato	32
h) Reajustes e reequilíbrios do Contrato	33
i) Desapropriações.....	34
j) Regulação e Fiscalização dos contratos.....	35
4. PARECER DE VIABILIDADE JURÍDICA DO PROJETO.....	36
5. DEMAIS PROVIDÊNCIAS.....	39
a) Autorização legislativa.....	39
b) Consulta e audiência pública	39
c) Ato justificativo.....	40
6. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO	41
7. SUGESTÃO DE MINUTAS.....	46
8. LISTA DOS PROFISSIONAIS ENVOLVIDOS NO PROJETO.....	55
9. CONCLUSÃO	56
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58
11. MINUTA DO EDITAL E SEUS ANEXOS	60

1. INTRODUÇÃO

A Kappex Assessoria e Participações, recebeu autorização da Prefeitura Municipal de Bragança Paulista/SP, materializada através da publicação no Diário Oficial Municipal em 09/11/2022, para realizar, por sua conta e risco, estudos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos relacionados à estruturação da eventual e futura concessão ou parceria público privada (PPP), tendo por objeto os serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos no Município de Bragança Paulista, com implantação de pátio municipalizado.

O arcabouço jurídico das concessões de serviços públicos contemplou a possibilidade de a Administração contar com o auxílio de particulares na estruturação de projetos para a outorga de serviços públicos. Assim o fez pela conjunção do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com o art. 31 da Lei nº 9.074, 07 de julho de 1995.

As normativas permitiram não apenas a remuneração dos estudos e projetos vinculados à concessão e necessários a sua viabilidade (art. 21 da Lei nº 8.987/1995), mas, também, que os responsáveis por tais documentos participassem da respectiva licitação (art. 31 da Lei nº 9.074/1995).

Tais dispositivos permitiram que particulares, interessados na futura concessão dos serviços públicos ou em apenas modelar o projeto, pudessem contribuir com a Administração, ao apresentar estudos e projetos, vindo a participar da futura licitação. Não por acaso, passou a ser mais frequente a participação de particulares na estruturação de projetos de concessão.

No âmbito do Município de Bragança Paulista, essa colaboração se deu através de autorização concedida, com exclusividade à Kappex, por meio do qual a Prefeitura Municipal manifestou seu interesse em receber estudos visando soluções para a concessão dos serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos.

A Manifestação de Interesse Privado (MIP) é regulada nos termos do Decreto Federal nº 8.428, de 02 de abril de 2015. Nos termos da autorização concedida, os estudos contemplam:

- a) Modelagem técnica: contendo o diagnostico atual dos serviços, através das informações disponíveis na municipalidade, e o prognóstico, com a proposta da delegação dos serviços, dimensionados para atender o Município no longo prazo.
- b) Modelagem econômico-financeira: diagnóstico com análise das informações e documentos disponíveis na municipalidade, e o prognóstico, com propostas de viabilidade econômico-financeira do negócio, análise de risco e premissas de mercado.

- c) Modelagem jurídica: Na Modelagem Jurídica, objeto deste caderno em específico, são contemplados todos os requisitos da modelagem jurídica e institucional. São apresentadas as orientações para o processo licitatório, bem como as minutas de Edital e Contrato propostos, com todos os anexos necessários.

Tendo em vista os estudos técnicos e econômico – financeiros realizados para viabilização do Projeto, as minutas contemplam, tão somente, a estrutura pensada para o Edital e Contrato que refletem o cenário mais factível encontrado nestes estudos. Assim, caso as condições que serviram de base para a minuta sejam alteradas, serão necessárias adaptações e correções das disposições nelas contidas.

Ressalta-se também, que as minutas foram elaboradas com base na Nova Lei de Licitações, de nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no que couber. Caso as regulamentações necessárias não sejam concluídas até a conclusão dos procedimentos internos da licitação, será necessária sua readequação.

As regulamentações também podem impactar na minuta do Edital e seus anexos, devendo ser revistas, após a publicação daquelas.

Por fim, deve-se frisar que as minutas apresentadas são meramente sugestivas, sendo que a adequação e conveniência dos termos aqui previstos, deverão ser devidamente analisadas pelos órgãos municipais responsáveis.

Acredita-se, assim, que a solução e o modelo proposto são capazes de trazer economia e eficiência na prestação dos serviços no Município, com segurança jurídica e completo atendimento da legislação de regência.

Espera-se, com isso, que os estudos sejam analisados pela Prefeitura Municipal, competindo aos seus órgãos técnicos e jurídicos avaliar, opinar e aprovar a legalidade, a consistência e a suficiência dos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados.

Ao final, uma vez aprovados e aproveitados os estudos em eventual processo licitatório, os custos de sua elaboração serão ressarcidos ao autor dos estudos, pelo vencedor da licitação, no limite especificado e devidamente homologado.

Kappex Assessoria e Participações Eireli

2. LEGISLAÇÃO LOCAL

O Município de Bragança Paulista conta com as seguintes normativas municipais afetas ao tema:

- ✓ Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista/SP.
- ✓ Lei Complementar nº 679, de 19 de agosto de 2010 - Dispõe sobre a proibição das atividades de compra, venda, troca, manutenção ou abandono de veículos e/ou carcaças nas vias públicas e demais logradouros do Município.
- ✓ Decreto nº 3.229, de 20 de março de 2020 - Dispõe sobre a proibição de transitar ou estacionar veículos em geral sobre passeios públicos, rotatórias, jardins públicos e canteiros centrais e dá outras providências.
- ✓ Lei Complementar nº 893, de 3 de janeiro de 2020 - Aprova o Plano Diretor do Município de Bragança Paulista, dispõe sobre o Sistema Municipal de Planejamento e dá outras providências.
- ✓ Decreto nº 3.670, de 28 de junho de 2021 - Regulamenta em Âmbito Municipal, a Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública.

3. RELATÓRIO JURÍDICO – INSTITUCIONAL

a) Alternativas de modelagem jurídica, suas formas de contratação e avaliação jurídica da viabilidade dos modelos alternativos

Com o advento da Constituição de 1988, os Municípios foram contemplados com uma infinidade de novas competências, antes de responsabilidade dos Estados ou da União. A autonomia, constitucionalmente adquirida, também trouxe outras obrigações.

Em determinado momento da história do país, os Municípios se encontraram sem recursos e sem mão de obra para atender a gama de demandas geradas pelos serviços públicos e de interesse público que deveria prestar, direta ou indiretamente.

Passamos então a análise das modalidades disponíveis para a prestação dos serviços públicos ou de interesse público.

i. PRESTAÇÃO DIRETA

Na prestação direta, os serviços são prestados pela Administração Pública diretamente, ou seja, através de seu quadro de pessoal.

Para implantação de um pátio de recolhimento de veículo, o Município necessitaria disponibilizar um imóvel, nas condições determinadas pelas normas, e implantar neste toda a infraestrutura necessária ao recebimento dos veículos, à guarda dos veículos e ao atendimento ao usuário.

Necessitaria adquirir todos os equipamentos/ferramentas necessárias para a remoção dos veículos e sua guarda.

Os serviços ora objeto dos estudos, demandam uma atuação contínua das remoções, ou seja, 24 horas por dia, 7 dias por semana.

A Administração, portanto, necessitaria de um efetivo numeroso, de forma a atender à legislação trabalhista quanto à folgas e descansos, bem como, necessitaria possivelmente realizar concurso público para contratação de pessoas capacitadas para exercer as referidas atividades, não comuns no exercício diário da administração pública.

Todas as ações citadas anteriormente seriam realizadas pela Administração Pública com recursos dos cofres públicos, cujo montante inicial impediria a execução de outros serviços públicos sobremaneira importantes.

Com esse cenário se mostra extremamente oneroso à Municipalidade prestar diretamente os serviços.

ii. PRESTAÇÃO DIRETA MEDIANTE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Os serviços públicos podem ser prestados através de uma sociedade de economia mista. Essas sociedades são reguladas pela Lei Federal nº 13.303/2016.

Esse tipo de sociedade tem como característica principal a existência de capital público, e de capital privado.

Em tese, a Administração Pública seria a detentora da maioria do capital, ou seja, seria a controladora da sociedade.

Porém, há diversas dificuldades para a exploração dessa alternativa, que encarecem os serviços que serão prestados.

Uma das dificuldades encontradas é a existência de recursos públicos para o capital inicial necessário para a Sociedade. O Poder Público deve dispende desses recursos de forma inicial, não podendo contar tão somente com o capital privado.

Posteriormente, vemos que a Lei exige uma estrutura de governança robusta para esse tipo de sociedade. Por exemplo, a sociedade precisa eleger um Conselho de Administração. Esse Conselho deve possuir, no mínimo, 07 (sete) membros.

Porém, os requisitos da Lei para esses membros, é deveras abrangente. O artigo 17, traz os seguintes requisitos:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

- 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos*
- 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;*

- 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;*
- 3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;*
- c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;*
- II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e*
- III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.*

Ademais, a Sociedade deverá contar ainda com um Conselho Fiscal, composto por no mínimo 3 conselheiros, cuja lei também determina regras, e, com, no mínimo, 3 diretores.

Pelas características dos membros do Conselho de Administração, Fiscal e Diretores, já é possível prever o patamar de remuneração destes, e, portanto, o quanto isso onerará financeiramente a estrutura dos serviços públicos a serem prestados.

Assim, não vislumbramos êxito na opção de constituição de uma Sociedade de Economia Mista para a prestação dos serviços de pátio de recolhimento de veículos.

iii. PRESTAÇÃO INDIRETA MEDIANTE CONCESSÃO OU PERMISSÃO

Dentro da seara das prestações indiretas temos as concessões ou permissões, que são reguladas pela Lei Federal nº 8.987/1995.

A Lei Federal nº 8.987/1995, instituiu a figura da concessão comum, a qual descreve como a delegação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo (redação dada pela nova Lei de Licitações), a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Ou seja, o Poder Concedente indicará as diretrizes, e a concessionária prestará os serviços, assumindo integralmente a execução e os riscos inerentes ao negócio, nos termos, é claro, do quanto delineado em sede de matriz de risco.

Os contratos de concessão comum não têm limite mínimo ou máximo de prazo de vigência, porém, deverá necessariamente ter sua vigência indicada.

Os serviços delegados através da concessão comum são remunerados através de tarifas, conforme política tarifária descrita na Lei supracitada.

A Lei Federal nº 8.987/1995 também definiu outra forma de prestação de serviços, a permissão de serviço públicos.

Esta foi caracterizada pela legislação como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A legislação ainda estabeleceu que as permissões seriam firmadas através de Contrato de Adesão, que teria então as características de precariedade e revogabilidade unilateral pelo Poder Concedente.

A forma de contratação da permissão é através de um Contrato de Adesão, cujas cláusulas são imutáveis, não há negociação.

A permissão de serviço público, conforme exposto acima, traz em sua personalidade a insegurança do instituto. Isso porque, a qualquer tempo, o Poder Concedente pode revogar tal permissão e retomar os serviços. Porém, isso não implica em nenhum tipo de “direito” por parte do parceiro privado, a não ser o de receber pelos serviços efetivamente prestados até o momento da revogação.

Portanto, todo e qualquer investimento dentro de uma permissão de serviços públicos é inviável, pois não haveria segurança de que haveria retorno desses investimentos durante o prazo do contrato, que afinal, tem caráter precário, podendo se encerrar a qualquer momento.

iv. PRESTAÇÃO INDIRETA MEDIANTE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - PPP

Ainda dentro do tema das prestações indiretas, podemos citar também as reguladas pela Lei Federal nº 11.079/2004, as Parcerias Público Privadas – PPP’s, que se subdividem em concessões administrativas ou concessões patrocinadas. Nessas modalidades, a Administração Pública é a usuária direta ou indireta dos serviços.

Na concessão administrativa, a forma de remuneração é através de contraprestação paga pelo Ente Concedente ao Parceiro Privado, pois o serviço prestado não permite a individualização do usuário.

Essa modalidade é muito comum para os serviços de iluminação pública, por exemplo, onde não se consegue determinar o usuário que se beneficiou da população, pois o serviço tem caráter geral e amplo. A concessão administrativa pode prever contratos com duração mínima de 5 anos e máxima de 35 anos.

A definição de concessão patrocinada é aquela em que, na prestação dos serviços, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, será também estabelecida contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Assim, ela se difere da concessão administrativa tão somente por prever que parcela da receita do Parceiro Privado será gerada pela arrecadação de receitas tarifárias. A Concessão Patrocinada também pode ter prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos.

v. PRESTAÇÃO INDIRETA MEDIANTE GESTÃO ASSOCIADA

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, trouxe uma nova redação ao artigo 241 da Constituição Federal, que passou a prever:

"Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

Através dessa Emenda é que, formalmente, passou a existir a figura dos consórcios públicos, até então utilizados de forma simples e precária.

A implementação da legislação afeta aos consórcios públicos, porém, só veio no ano de 2005, com a Lei Federal nº 11.107, que foi posteriormente regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

O Decreto nº 6.017/2007, definiu que Consórcio Público é toda “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”¹.

¹ Decreto Federal nº 6.017/2007, artigo 2º, inciso I.

Também definiu o convênio de cooperação entre entes federados como o “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles²”.

Já a gestão associada de serviços públicos é descrita como o “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos³”.

A figura dos Consórcios Públicos, é comumente utilizada para temas relacionados à saúde. Os demais temas que podem ser objeto da atuação dos consórcios passaram a ser implementados mais recentemente.

Segundo as definições da legislação, os municípios podem se associar, formalmente, para que alguns serviços públicos sejam executados de forma conjunta entre eles.

Os Municípios que possuem o interesse em comum de prestar os serviços, mas que, geralmente, não tem condições de estruturar os serviços de forma adequada, com rentabilidade e capacidade de investimentos, se organizam e projetam a prestação dos serviços de forma conjunta com maior força e custo-benefício.

Tal solução merece ser abordada, visto que possibilita aos municípios pequenos, que sozinhos não possuíam atratividade ao mercado, participar de um projeto de maior envergadura.

Assim, o Consórcio, recebendo a delegação dos municípios consorciados, pode prestar os serviços públicos, diretamente, ou ainda, através de uma concessão.

Os problemas que rondam os consórcios públicos partem de uma natureza política. De fato, é deveras complicado manter diversos chefes do poder executivo alinhados ao longo do tempo com os objetivos e ações do consórcio. A cada nova eleição, outros governantes assumem a posição, com visões e planos diferentes.

Por isso o consórcio tem se tornado, muitas vezes, obsoleto, permanecendo inativo.

De fato, para que o consórcio público seja bem-sucedido, deve, principalmente, perder sua característica política, possuindo corpo diretivo técnico e corporativo, de forma a não permanecer totalmente à mercê de vontades políticas.

² Decreto Federal nº 6.017/2007, artigo 2º, inciso VIII.

³ Decreto Federal nº 6.017/2007, artigo 2º, inciso IX.

A formação de um consórcio é complexa e demanda tempo, fazendo com que seja um projeto de longo prazo para os municípios.

Outra questão importante é a localização dos municípios. Para que seja viável do ponto de vista técnico e econômico-financeiro, os municípios devem ser, relativamente próximos.

Para implementar essa solução seriam necessários muitos anos de negociação e criação do consórcio, o que não vislumbramos de interesse do município, que poderá receber veículos de outras cidades mediante convênio.

b) Modalidade adequada

No tópico anterior descrevemos as características das alternativas disponíveis para delegação de serviços públicos e de interesse público, sendo elas:

- ✓ Prestação direta;
- ✓ Prestação direta mediante sociedade de economia mista;
- ✓ Prestação indireta mediante concessão ou permissão;
- ✓ Prestação indireta mediante parceria público privada; e
- ✓ Prestação indireta mediante gestão associada.

A prestação direta pelo Poder Público, como já dito, não é interessante, ante a necessidade de vultoso investimento e posterior gasto com manutenção da infraestrutura e seu pessoal.

A prestação direta através de sociedade de economia mista, exige uma estrutura robusta de governança, que, para o Município, se refletiria nas tarifas, onerando os usuários dos serviços.

A prestação indireta através de uma parceria público privada, seja na modalidade administrativa ou patrocinada, ainda oneraria o Município, isso porque a remuneração se daria através de contraprestação, seja de forma integral ou parcial, portanto, o Município permaneceria responsável por desembolsar os recursos necessários para o serviço. Não é o objetivo do Município permanecer operando os serviços, então, entendemos que não se mostra adequada essa formatação.

Já na prestação indireta mediante gestão associada, demonstramos no tópico anterior que o consorciamento exige alinhamento político, o que consideramos não ser algo obtido de forma ágil, portanto, a solução demoraria a ser implantada.

Nesse caso, considerando o perfil do Município de Bragança Paulista, o objetivo do Concedente em que o serviço seja prestado no Município de forma eficaz e economicamente viável, a possibilidade de cobrança de tarifas pelos serviços, e, principalmente, o resultado destes estudos,

que demonstrou que é viável amortizar os investimentos necessários e o custo operacional somente com a cobrança de tarifa dos usuários e com a eventual exploração de receitas acessórias, a modalidade que se vislumbra adequada é a prestação indireta mediante a concessão comum plena dos serviços públicos.

Ademais, os serviços objeto da concessão possuem a natureza jurídica de serviço público *strictu sensu*, pois é diretamente percebido, usufruído, pela coletividade. Uma vez que os serviços comportam a cobrança de tarifa do usuário, não há dúvidas quanto à viabilidade da utilização da concessão comum prevista na Lei Federal nº 8.987/95.

Portanto, a modelagem jurídica, a partir desse ponto, será desenhada para a delegação dos serviços através de uma concessão comum, nos moldes da Lei Federal nº 8.987/95.

c) Legislação complementar de suporte jurídico.

Os estudos foram conduzidos observando a legislação abaixo indicada e suas atualizações, assim como as minutas elaboradas refletem as diretrizes estabelecidas por esses regramentos.

- ✓ Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista/SP.
- ✓ Lei Complementar nº 679, de 19 de agosto de 2010 - Dispõe sobre a proibição das atividades de compra, venda, troca, manutenção ou abandono de veículos e/ou carcaças nas vias públicas e demais logradouros do Município.
- ✓ Decreto nº 3.229, de 20 de março de 2020 - Dispõe sobre a proibição de transitar ou estacionar veículos em geral sobre passeios públicos, rotatórias, jardins públicos e canteiros centrais e dá outras providências.
- ✓ Lei Complementar nº 893, de 3 de janeiro de 2020 - Aprova o Plano Diretor do Município de Bragança Paulista, dispõe sobre o Sistema Municipal de Planejamento e dá outras providências.
- ✓ Decreto nº 3.670, de 28 de junho de 2021 - Regulamenta em Âmbito Municipal, a Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública.
- ✓ Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a partir de sua vigência no âmbito do Município.

- ✓ Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
- ✓ Lei Federal nº 9.503, de 23 novembro de 1997 - Institui o Código de Trânsito Brasileiro.
- ✓ Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992 - Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.
- ✓ Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 - Dispõe sobre a arbitragem.

d) Abrangência territorial da concessão

A concessão dos serviços de remoção e guarda de veículos apreendidos no Município de Bragança Paulista, com implantação de pátio municipalizado abrangerá toda a área do território municipal.

Como exposto no Caderno Técnico, a concessão receberá veículos apreendidos, oriundos da fiscalização estadual, através de Convênio a ser firmado com o Detran/SP.

Também será possível receber veículos de outros municípios, desde que não afete a capacidade destinada aos recolhimentos do município de Bragança Paulista. Tais receitas serão recebidas como acessórias e serão incluídas no cálculo do percentual de remuneração do Poder Concedente.

e) Premissas da Minuta de Edital de Concessão sugerida.

A Licitação será processada nos termos da Lei Federal nº 8.987/95, com aplicação subsidiária da Lei de Licitações, no que couber.

As minutas sugeridas neste estudo estão baseadas nas regras da Lei atualmente em vigência, de nº 8.666/93, conforme solicitação da Administração.

Também é importante ressaltar que a Modelagem Técnica entregue nesses estudos servirá como Termo de Referência para o Edital e Contrato, devendo ser transformado em um anexo, conforme orientado nas minutas.

i. Objeto do Edital

Considerando as premissas indicadas pela Municipalidade, estabeleceu-se o objeto do edital de licitação como sendo: concessão onerosa para implementação de pátio municipalizado para a prestação de serviços de remoção, guarda, liberação e vistoria de veículos automotores, caçambas, contêineres e similares e outros tracionados apreendidos e/ou removidos por descumprimento da legislação municipal ou infração de trânsito, como também a demanda das unidades do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo – DETRAN-SP presentes no Município de Bragança Paulista por força de convênio de delegação de competência a ser celebrado, conforme legislação em vigência, havendo também obrigatoriedade de haver a remoção e guarda do passivo de veículos que já se encontram custodiados tanto pelo Poder Concedente como pelo DETRAN-SP nos pátios em funcionamento no município, bem como, a remoção sem custo para o município, de veículos leves e pesados que estejam obstruindo as vias, para um local seguro mais próximo.

Os serviços incluem: veículos, caçambas, containers e similares, infratores à legislação, compreendendo as ações de remoção dos veículos infratores e sua condução ao(s) depósitos(s) para guarda; a implantação, operação e administração do(s) depósito(s)/ pátio(s) e suporte as atividades de leilão dos veículos custodiados nos pátios não retirados pelos seus proprietários, após transcorrido os prazos legais, como também a oferta de suporte as ações de fiscalização de trânsito exercidas pelo Estado.

O CONTRATO também abrangerá a remoção, guarda e depósito dos veículos remanescentes, que porventura estejam alocados em outro pátio utilizado anteriormente pelo DETRAN-SP e que tenham sido removidos em virtude de infração às normas de trânsito de competência do DETRAN-SP, observado o limite de veículos, conforme definido na 1ª Meta do Plano de Trabalho firmado através do Convênio com o DETRAN-SP.

As condições de operação e prestação de serviço estão disciplinadas no Caderno da Modelagem Técnica.

ii. Local para implantação

Os estudos foram desenhados levando em consideração o cenário principal, que é aquele com a aquisição do imóvel para implantação do pátio, pela concessionária.

Também são apresentados, em planilha, dois cenários de cessão de imóvel da Municipalidade. Um onde a Prefeitura cede gratuitamente, e outro em que a Prefeitura cede, mas a concessionária é obrigada a pagar uma outorga por essa cessão.

Em todos os cenários, o imóvel onde implantado o pátio municipalizado será revertido ao patrimônio do município ao final da concessão – bem reversível.

É importante que a Administração possa analisar os cenários, para que decida pelo que melhor se adequa à sua realidade e ao interesse público.

No entanto, os estudos apresentam o cenário de aquisição do imóvel pela concessionária, tendo em vista que o modelo financeiro recebeu bem tal incumbência.

iii. Publicação da licitação

Superadas todas as fases estabelecidas neste estudo, o próximo passo é se preparar para a publicação do aviso de licitação.

A Nova Lei de Licitações prevê a publicação dos editais no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), porém, sugerimos o uso da divulgação adicional previsto no artigo 54, §2º, de forma a dar amplitude à divulgação.

As regras da Nova Lei de Licitações não incluem um prazo definido de antecedência da publicação do edital para o critério de julgamento escolhido, previsto na Lei de Concessões.

Para evitar discussões acerca do curto espaço para elaboração das propostas pelas interessadas, sugerimos que seja publicada com antecedência de 25 dias úteis da abertura das propostas, nos termos do artigo 55, inciso II, alínea “b”, da Nova Lei de Licitações, que trata de serviços especiais.

iv. Critério de julgamento

A Lei Federal nº 8.987/1995, como já citado, trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, sendo, portanto, uma lei especial aplicável à matéria.

Referida Lei definiu diversos critérios diferenciados para as licitações das concessões, que, entre eles, podemos indicar os critérios de julgamento estabelecidos no artigo 15, *in verbis*:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Para o caso em estudo, não é possível se exigir propostas técnicas, posto que não se trata de serviços especializados que demandariam uma expertise diferenciada.

As tarifas a serem praticadas, serão estabelecidas pelos estudos econômico-financeiros e divulgadas por Decreto do Executivo.

Assim, sugerimos que o julgamento se dê pelo critério de maior percentual de repasse ao Poder Concedente do total de tarifas arrecadadas mensalmente – maior oferta.

O Edital estabelecerá o percentual mínimo e será vencedora da licitação aquela que ofertar o maior percentual.

v. Modalidade

A modalidade de licitação a ser realizada pelo Município para concessão dos serviços de pátio, objeto deste estudo, deverá ser a Concorrência, nos termos do art. 2º, inciso II da Lei Federal nº 8.987/1995, que estabeleceu:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Deixamos de considerar o diálogo competitivo, modalidade trazida pela lei federal, por se tratar de instituto recente, que não tem ainda demonstrado efetividade no mercado, bem como pela previsão municipal de realização através de concorrência, *in verbis*:

Lei Orgânica Municipal

Art. 98

§ 1º A permissão de serviços públicos ou de utilidade pública, sempre a título precário, será outorgada por decreto, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente. A concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato e precedida de concorrência.

vi. Inversão de fases

A Lei Federal nº 8.987/1995, diante das especificidades dos objetos licitados por meio desta lei, trouxe em seu artigo 18-A, a previsão de que o edital poderia prever a inversão de fases na licitação.

Nesse caso, inicia-se o procedimento pela abertura dos envelopes contendo as propostas de preço, classificando-as. Em seguida, abre-se o envelope de habilitação apenas do licitante classificado em primeiro lugar.

Atendidos os requisitos do edital, o licitante é então declarado vencedor.

Tal disposição não fere nenhum direito dos licitantes participantes, nem qualquer outra disposição legal, uma vez que os prazos e direitos de recurso são mantidos integralmente.

A inversão de fases visa auxiliar o Poder Público em otimizar o tempo despendido em um processo licitatório.

Não faz sentido abrir os envelopes de documentos de habilitação de todas as licitantes participantes – por vezes 10, 20 envelopes, para então analisar todos esses documentos, proferir julgamento das habilitadas e só então partir para o envelope de propostas de preço, quando efetivamente se verificará qual proposta apresenta o melhor preço.

Com a inversão de fases somente o licitante classificado em primeiro lugar em suas propostas é minuciosamente analisado quanto aos critérios de habilitação, tornando o processo licitatório mais dinâmico e objetivo.

Tal modelo também é bem recebido pelo mercado, porquanto ao participar de dezenas de licitações frequentemente, as licitantes não desejam debruçar-se sobre dezenas de volumes de documentos de habilitação de outras licitantes a fim de apontar seus erros e falhas e inabilitá-las, podendo concentrar-se unicamente na licitante classificada.

É importante ressaltar que a inversão de fases não é mandatória, e sim opção de aplicação pela Municipalidade, mas no caso concreto, aconselha-se mais adequada.

O modelo de edital sugerido aplica a inversão de fases.

vii. Garantia de proposta

O Edital traz a previsão de prestação, pelas interessadas, da garantia de proposta.

A garantia de proposta visa fazer frente, especialmente, à garantia do ente licitante de que, caso haja recusa por parte da proponente na assinatura do Contrato, ou outros atos atentatórios à continuidade do certame, haverá indenização dos prejuízos causados.

Ademais, para o mercado, tal exigência traz a imputação moral de cumprimento às regras do edital e de responsabilidade sobre as propostas e documentos apresentados.

Ressalta-se que não há vedação de imputação da exigência de garantia de proposta em editais que já solicitam comprovação de patrimônio líquido mínimo, haja vista que tais exigências se destinam a dar cumprimento à outros objetivos, conforme se verifica da jurisprudência do TCESP apresentada em tópico específico nesse estudo.

A garantia de proposta prevista no modelo sugerido, deverá ser calculada sob o valor estimado dos investimentos, de forma a não onerar demasiadamente as proponentes, e nos termos da já citada jurisprudência da Corte de Contas.

viii. Critérios econômico-financeiros de habilitação dos licitantes

A Lei Federal nº 14.133/21, estabelece em seu artigo 69, os documentos que podem ser exigidos a título de qualificação econômico-financeira:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de

patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do caput deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

O Edital proposto, além de exigir a apresentação de Balanço Patrimonial e Certidão Negativa de Falência, documentos de praxe das licitações, também dispõe que as proponentes devem possuir patrimônio líquido correspondente à 10% (dez por cento) dos investimentos estimados.

Conforme exposto neste estudo, no item destinado a colacionar a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o entendimento da Egrégia corte de contas, é de que, em concessões, a comprovação econômico-financeira deve se dar sob o somatório dos investimentos estimados, e não sob o valor do contrato, visto que extremamente vultoso nesse tipo de contratação⁴.

Por esse motivo a comprovação de patrimônio líquido se dará sob o valor dos investimentos estimados para o contrato.

Há, ainda, a exigência de índice de liquidez, em patamares módicos e apenas o necessário para comprovar a situação financeira da licitante frente ao volume de investimentos previstos.

Sobre o índice de liquidez, colacionamos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. PROJETO DE ENGENHARIA. ATRIBUIÇÃO DE PESOS. PROPORÇÃO 80/20. APLICADA MODULAÇÃO DO ART 23 DA LINDB. PONTUAÇÃO DA EQUIPE DE COORDENADORES. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE MAIOR OU IGUAL A 1,50. DEFASAGEM DE 10 MESES NOS PREÇOS DE REFERÊNCIA DO ORÇAMENTO. NÃO PROVIMENTO. RECOMENDAÇÃO.

1. Consoante precedentes unânimes deste Tribunal, a exigência de liquidez corrente igual ou maior que 1,50 é patamar limítrofe excepcionalmente tolerado apenas e tão somente naqueles objetos onde há comprovada demanda por um aporte inicial de caixa significativo.

⁴ Processos TC-007593.989.22-1, TC-007769.989.22-9, TC-007814.989.22-4, TC-007906.989.22-3, TC-008077.989.22-6. Tribunal Pleno. Relator Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo. Sessão de 11/05/2022

(TC-027244.989.20-8 - Sessão Plenária de 01/06/2022. Relatoria: Conselheiro Robson Marinho)

ix. Critérios técnicos de habilitação dos licitantes

Para se buscar a proposta mais vantajosa, não basta que a licitante apresente o menor preço.

Primordial é que a proponente comprove que possui capacidade técnica para execução do Contrato de Concessão, haja vista seu longo prazo de vigência e a complexidade dos serviços.

Para tal comprovação, a Lei nº 14.133/21, em seu artigo 67, estabeleceu que é possível a exigência de comprovação do desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto que se licita.

Para o objeto ora em estudo, está previsto no edital exigência de comprovação, por meio de atestados ou certidões, de experiência compatível com o objeto, ou seja, a operação de pátio de recolhimento e guarda de veículos.

Acerca da comprovação de capacidade técnica-operacional, os tribunais de contas já proferiram diversas decisões validando a imposição de quantitativos mínimos de comprovação.

O Tribunal de Contas da União - TCU já reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:

“para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Na mesma linha, já fixou em Súmula o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP:

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Assim, vê-se que é possível – e recomendável, que a comprovação da capacidade da licitante seja realizada com imposição de quantitativos mínimos.

O Edital sugerido elenca as parcelas de maior relevância dos serviços a serem licitados, quais sejam:

Atestado de Capacidade Técnica, firmado por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da LICITANTE, de sua CONTROLADORA, CONTROLADA, COLIGADA ou sociedade sob o mesmo CONTROLE comum, direta ou indiretamente, de forma a comprovar os serviços abaixo indicados:

- a) Serviços de remoção/transporte de veículos, em características, quantidades e prazos compatíveis com o OBJETO do presente EDITAL.;*
- b) Serviços de administração de local de armazenamento, guarda ou estacionamento de veículos automotores, em características, quantidades e prazos compatíveis com o OBJETO deste EDITAL.*

Para a comprovação, de caráter técnico-operacional, exige-se quantitativo mínimo baseado em percentual do total de remoções estimadas para o Contrato e em percentual da área total que será necessária para implantação dos serviços, de forma a comprovar a expertise da proponente em municípios de porte similar ao ente que promove a licitação.

O edital ainda estabelece a exigência de atestado que reflita, no mínimo, um contrato de 12 meses, de forma que fique comprovado que a Licitante efetivamente atuou nos serviços e desenvolveu a expertise necessária.

As exigências, portanto, estão alinhadas às práticas do mercado, as normativas legais e dos órgãos de controle.

x. Outorga onerosa

O estudo econômico-financeiro propôs o pagamento de uma outorga a ser paga ao Poder Concedente pela vencedora da Licitação durante o prazo do Contrato.

Essa outorga se traduz em um percentual do faturamento mensal bruto da concessionária, e é considerada critério de julgamento da licitação.

Os estudos demonstraram como adequado e suficiente o estabelecimento de um percentual mínimo correspondente à 20% (vinte por cento) do faturamento bruto mensal. As licitantes deverão, portanto, ofertar percentual superior ao estabelecido.

xi. Proposta comercial

A proposta comercial a ser apresentada pelas licitantes é deveras simples. O Edital oferece um modelo a ser seguido, de forma que as propostas sejam padronizadas, facilitando a análise pela Comissão.

A proposta da licitante deverá ser apresentada através da oferta de sua outorga, caracterizada pelo percentual sob o faturamento bruto a ser repassado mensalmente ao Município.

xii. Plano de negócios

Seguindo o princípio da eficiência no procedimento licitatório, o Plano de Negócios será apresentado tão somente pela vencedora da licitação, antes da adjudicação.

O Plano de Negócios fornece as informações detalhadas que geraram a proposta da licitante, de forma que será possível verificar a viabilidade do negócio estruturado pela licitante vencedora, se necessário.

Assim, o Edital possui a indicação clara do prazo em que este documento será solicitado, bem como das informações mínimas que este deve conter.

xiii. Estrutura tarifária

Uma vez que os estudos propostos determinaram que a viabilidade se dá somente com o futuro convênio com o Detran-SP, para recolhimento de veículos oriundos de infração sob responsabilidade deste, deve-se seguir as normativas aplicáveis.

No caso, apontamos abaixo a determinação da Portaria do DETRAN-SP, que regula os convênios deste órgão com os Municípios.

Portaria DETRAN-SP nº 35 de 22 de janeiro de 2020.

CLÁUSULA SEGUNDA - Das Obrigações dos Partícipes

II - Ao MUNICÍPIO caberá: (...) e) estabelecer o valor da taxa de remoção e permanência do veículo no pátio municipalizado nos casos de infrações de responsabilidade do Município, fixando como valor máximo, para as infrações de competência do DETRAN-SP, os constantes na "Tabela C", isto

é, Anexo I, Capítulo IV – Serviços de Trânsito, da Lei nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013, ou outra que a substituir e for aplicável à autarquia;

Em que pese a normativa traga a previsão de tarifa máxima dos serviços como aquela vigente no âmbito do Detran-SP, é importante esclarecer que qualquer previsão de tarifa diferenciada para infrações diferentes, causaria extrema confusão aos usuários, que, na maioria das vezes, não conseguem entender tal diferenciação, visto que a remoção e a estadia se dão de forma igual a todo tipo de infração.

Após os estudos técnicos de diagnóstico, e a elaboração do prognóstico, foi possível determinar que a estrutura tarifária dos serviços vigentes junto ao Detran-SP, demonstraram ser suficientes para atração do negócio pelo mercado.

A Lei Estadual nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o tratamento tributário relativo às taxas no âmbito do Poder Executivo Estadual, estabeleceu:

ANEXO I

TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SERVIÇOS DIVERSOS – TFSD (VALOR EM UFESP)

17. Estadia de veículo, por dia:	
17.1. Motocicleta e similar	1,100
17.2. Automóvel e similar	1,100
17.3. Veículos pesados	1,100
18. Rebocamento de veículos:	
18.1. Motocicleta e similar	11,000
18.2. Automóvel e similar	11,000
18.3. Veículos pesados	11,000
19. Liberação do veículo apreendido	0,542

Assim, as tarifas a vigorar no Contrato de Concessão, deverão obedecer à tarifa máxima estabelecida pelo DETRAN-SP.

A minuta de EDITAL sugerida deverá ser completada com os valores correspondentes à estrutura tarifária do DETRAN-SP vigente à época de sua publicação.

xiv. Visita técnica facultativa

A exigência de visita técnica como condição de habilitação vem sendo repetidas vezes reconhecida como solução ilegal que restringe a competição.

Contudo, entendemos que a visita a cidade e a análise da situação atual dos serviços é fundamental para a boa elaboração de uma proposta séria.

Assim, previu-se a sugestão da realização da visita técnica, embora não se tenha sugerido como condição de habilitação.

xv. Limitação da participação em consórcio

O Edital sugerido propõe a limitação quantitativa dos integrantes do Consórcio em até 03 (três) empresas.

A Lei Federal nº 8.987/95, que regula as concessões, não fazem referência à obrigação da permissão da participação de consórcios nas licitações.

Sempre que se trata do tema dos consórcios nas citadas leis, o contexto gira em torno da discricionariedade da Administração de se permitir ou não a participação.

A Nova Lei de Licitações, de nº 14.133/2021, já trouxe em seu artigo 15⁵ a previsão da limitação, mediante justificativa, da quantidade de participantes do Consórcio.

O objetivo de se permitir consórcios de empresas em licitações é ampliar a competitividade, fazendo com que empresas que sozinhas, por motivos técnicos ou financeiros, não conseguiriam atender ao edital, pudessem participar em conjunto com outra que supra sua deficiência.

Porém, um projeto de concessão dos serviços de pátio reúne, em resumo, duas expertises, uma técnica e uma financeira. Se uma empresa não possui nenhuma das duas, não se aconselha participar da licitação.

Permitir que um número ilimitado de empresas participe do consórcio é pulverizar as responsabilidades.

A previsão de limitação de número de consorciados também é importante para que a competitividade seja de fato ampliada, evitando que um número elevado de empresas se consorcie para oferecer uma única proposta. Com a referida limitação, um número maior de propostas será entregue para esta licitação.

Assim, entendemos que a limitação de participação no consórcio de até 03 (três) empresas, trará benefícios para a competitividade do certame.

⁵ Art. 15 – (...) § 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

f) Premissas da Minuta de Contrato de Concessão sugerida.

i. Prazo do Contrato

O prazo do futuro contrato de concessão foi estabelecido através dos estudos econômicos – financeiros elaborados, que concluíram pela viabilidade da delegação dos serviços pelo prazo de, no mínimo, 15 (quinze) anos, de forma a remunerar adequadamente a concessionária e amortizar todos os investimentos que serão realizados para os serviços.

ii. Previsão de constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE

O Edital e o Contrato estabelecem como obrigação prévia à assinatura do Contrato, a formação de uma Sociedade de Propósito Específico pela licitante ou consórcio que se sagrar vencedora da Licitação.

A Sociedade de Propósito Específico – SPE é uma pessoa jurídica criada para fins exclusivos de execução do Contrato de Concessão.

Apesar de a Lei Federal nº 8.987/1995 não trazer previsão expressa de formação da SPE, essa exigência está inserida na Lei de Parcerias Público Privadas – PPP's, de nº 11.079/2004, e presta ao objetivo de separar as demais obrigações da pessoa jurídica vencedora, deste Contrato, de forma a não macular a execução do serviço público em decorrência daquelas.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP já se manifestou no sentido de que a exigência de constituição de uma SPE é ato discricionário do Poder Público, uma vez que visa resguardar o contrato administrativo e o serviço público que será prestado.

(...) 4) Sociedade de Propósito Específico e Qualificação Econômica

Quanto à obrigação de a licitante vencedora constituir Sociedade de Propósito Específico nos moldes do item 22 do edital e demais cláusulas correlatas, trata-se de tema ligado ao resguardo do interesse público, seja no caso de consórcio ou de licitante individual, vez que há de ser resguardado que a contabilidade de uma concessão vultosa como a presente não se misture com a contabilidade da pessoa jurídica da licitante vencedora.

Em outras palavras, se uma empresa “A” sagrou-se vencedora do certame de uma concessão de vulto, não haverá como ser controlado o fluxo de caixa e o cumprimento das obrigações econômico-financeiras caso a contabilidade dessa concessão esteja misturada, agregada, à contabilidade originária dessa empresa “A”.

A Sociedade de Propósito Específico, portanto, é instrumento de interesse público para tornar possível o controle idôneo do fluxo de caixa e das obrigações econômico-financeiras acordadas com a concessionária.

Não é por outra razão que a Lei 11.079/04 estipula tal exigência no seu art. 9º (“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria” – grifo nosso).

Mesmo no âmbito do art. 2021 da Lei 8.987/95, o E. Plenário deste Tribunal já se posicionou por acolher o juízo de discricionariedade que busca resguardar a idoneidade da contabilização e do controle de concessões comuns vultosas, a exemplo do decidido no proc. 887.989.12-7 e nos demais a ele apensados:

“[...] É fato que a Lei de Concessões aborda a questão apenas em relação às empresas que atuam em regime consorciado. Todavia, o que o edital prevê não é estranho ao mundo jurídico, uma vez que a Lei 11.079/04 não fez restrição a essa condição para o caso das empresas que atuam isoladamente.

A sociedade se desenvolve de forma dinâmica e muitas vezes à frente da própria lei, estabelecendo suas reais necessidades. O cenário jurídico no qual foi criada a Lei 8.987/95 era um e naquele momento as discussões acerca da exigência de constituição de empresa específica eram incipientes. A legislação regedora das PPPs, editada nove anos depois, representou uma evolução na disciplina da transferência de serviços públicos pelo Estado a terceiros.

Assim, se o legislador entendeu que no caso das PPPs é interessante ao Estado contratar com empresa, consorciada ou não, constituída na forma de uma SPE, não encontro razões que me levem a concluir que o procedimento adotado no edital seja errado.

Chego a essa conclusão pelo fato de que o objeto licitado, apesar de não ser uma PPP, não deixa de possuir características semelhantes, como o grande vulto, já que o valor estimado é de R\$ 2.1 bilhões, o tempo de concessão, que é de 15 anos, e o grande interesse público envolvido.

[...] É claro que a constituição da SPE na forma de S.A. implica custo. Todavia, além de afeta ao campo da discricionariedade do Administrador, é ônus imposto apenas ao vencedor, indistintamente, e que, por óbvio, fará parte do valor da proposta.

No caso em tela, é preciso também ser incorporado o conceito de valor esperado, em face das eventuais contingências que a Administração Pública possa enfrentar, ou seja, o valor total que será pago pela Administração, tendo em vista

todos os possíveis cenários de execução da concessão e as suas respectivas probabilidades.

Dessa forma, a análise da questão se torna clara: se de um lado há um acréscimo de custo desprezível, decorrente da abertura da sociedade de propósito específico, de outro, há a substantiva redução do risco de que a situação financeira da concessionária seja contaminada pelos demais negócios do empreendedor vencedor do certame. Qual é o valor esperado, em termos de custo para o Poder Público, da obrigatoriedade de uma SPE?

Mensurar precisamente qual o prejuízo causado pela inexecução da concessão é uma tarefa difícil, contudo, em virtude da evidente grande dimensão das perdas causadas, tangíveis e intangíveis, no que inclui o ônus causado para a população, é óbvio que o ganho esperado em economia para os cofres públicos supera o custo adicionado, derivado tão somente da abertura da SPE [...].

(887.989.12-7, 899.989.12-3, 902.989.12-8 e 921.989.12-1. E. Plenário. Sessão de 12/9/2012. Relator: Cons. Robson Marinho. DOE de 15/9/2012. Mantida em sede recursal, consoante DOE de 13/11/2012)”.

(013763.989.20-9, 013815.989.20-7, 013902.989.20-1, 014052.989.20-9. E. Plenário. Sessão de 22/07/2020. Relator: Cons. Robson Marinho)⁶.

Assim, como condição de assinatura do Contrato de Concessão, a vencedora deverá constituir uma Sociedade de Propósito Específico – SPE.

iii. Alterações societárias da Concessionária

O Contrato de Concessão prevê que nenhuma alteração societária poderá ser realizada na Concessionária antes de 24 meses do início do prazo de vigência contratual.

A importância da inclusão desta cláusula reside na preocupação do Poder Concedente em impedir a participação, na Licitação, de empresas ou empresários interessados em capitalizar a posição do Município em uma espécie de “Carteira de Negócios”, vencendo a licitação para simplesmente colocar o contrato a venda no mercado.

Tal situação é, usualmente, muito ruim para o interesse público, pois este tipo de empresário não está interessado em cumprir com as obrigações contratuais, mas sim repassar o contrato ao mercado com um ágio em seu favor.

⁶ Mesmo entendimento do E. Plenário na decisão prolatada no proc. 17322.989.19-5, em sessão de 27/11/2019, sob a relatoria da Conselheira Cristiana de Castro Moraes (DOE de 30/11/2019).

Desta forma, para constranger este tipo de interessado que não está alinhado com o interesse público primário, coloca-se uma cláusula de manutenção do controle societário pelo prazo inicial do Contrato, obrigando-o a investir na cidade antes de perseguir o lucro empresarial.

iv. Arbitragem

A velocidade dos processos judiciais no Brasil tem se mostrado, muitas vezes, um empecilho à efetivação dos direitos das partes interessadas.

Também dificulta a análise de temas da seara do direito público a falta de varas especializadas sobre o tema, fazendo com que juízes cíveis julguem temas nunca vistos.

Nesse cenário, cresce o movimento que migra as questões controversas para as soluções alternativas disponíveis, das quais citamos a mediação e a arbitragem.

Nunca na história das concessões de serviços públicos foi tão importante que as partes conversem e cheguem a um denominador comum, ao invés de aguardar que um juiz determine o futuro dos serviços públicos.

A pandemia veio para trazer esse conceito de forma mais prática, quando uma grande parcela dos contratos precisou ser negociada de forma rápida e efetiva, fazendo com que os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios demonstrassem sua real aplicabilidade.

A Lei Federal nº 8.987/95, já previa em seu artigo 23-A⁷, a possibilidade de aplicação de soluções alternativas para resolução dos conflitos em contratos de concessão.

Assim, esse modelo também optou por aplicar o quanto regulado pela Lei Federal nº 9.307/1996⁸, possibilitando a discussão de temas controvertidos perante Mediadores e o Tribunal Arbitral.

Algumas particularidades devem ser observadas ao se eleger a arbitragem em contratos de concessão.

A Lei nº 9.307/96 estabelece que a Administração Pública poderá fazer uso da arbitragem somente em conflitos que se refiram sobre direitos patrimoniais disponíveis⁹.

A arbitragem, no contexto objeto deste estudo, será sempre realizada no Brasil e em língua portuguesa.

⁷ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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.

⁸ Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 - Dispõe sobre a arbitragem.

⁹ Art. 1º (...) § 1º - A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O processamento da arbitragem, pela legislação, poderá ser de duas formas, “de direito” ou “por equidade”.

Arbitragem por equidade é aquela em que o árbitro decide a controvérsia fora das regras de direito de acordo com seu real saber e entender. Portanto, já fica claro que a Administração Pública não poderá se utilizar deste tipo de julgamento¹⁰.

Uma vez que, ainda que se utilize de mecanismos particulares nas soluções dos conflitos, se tratar de Administração Pública, é preciso seguir os princípios inerentes à sua atuação.

Assim, deve ser dado conhecimento prévio aos participantes, de qual câmara será responsável por processar e julgar os eventuais procedimentos arbitrais, de forma que seja possível a avaliação da sua expertise, custos, entre outros.

É possível que a Administração indique a Câmara que julgar capacitada para o tema do Contrato, justificando sua escolha, ou até mesmo que realize um credenciamento de Câmaras, deixando tais câmaras autorizadas a processar os litígios, mediante escolha da parte que deseje iniciar o procedimento.

Indicamos abaixo algumas Câmaras.

Câmara de Mediação e Arbitragem do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo) (CMA-IASP) https://www.iasp.org.br/camara-de-arbitragem/ Avenida Paulista, 1636 - 15º andar - cj. 1509 Bela Vista São Paulo/SP 01310-200 Telefones: +55 11 3284-2434 +55 11 3142-9389	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp http://www.camaradearbitragemsp.com.br Av. Paulista, 1313, 12º andar - São Paulo/SP - CEP 01311-923 Telefone: (11) 3549-3264/3240 E-mail: cmasp@ciesp.com.br
TASP – Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo https://www.arbitragem.com.br Av. Paes de Barros, 399, Mooca CEP 03115-020 São Paulo/SP Telefone: + 55 11 2693-1820	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ Rua do Rocio, 220 – 12 andar – cj. 121 Vila Olímpia – São Paulo – SP – Brasil – 04552-000 Telefone: +55 11 4058-0400

¹⁰ Art. 2º - § 3º - A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

v. Garantia de execução do contrato

Nos termos do artigo 96 da Nova Lei de Licitações, o edital prevê a estipulação de uma garantia de execução a ser composta pela Licitante Vencedora, antes da assinatura do Contrato de Concessão, de modo a proteger o Concedente de eventuais descumprimentos contratuais.

A garantia, porém, foi estabelecida no mínimo necessário, de forma a não onerar o negócio.

g) Matriz de riscos do Contrato

A definição de concessão de serviço público, oriunda da Lei Federal nº 8.987/1995, é a delegação da prestação do serviço a uma pessoa jurídica (ou consórcio) que demonstre capacidade de executá-lo por sua conta e risco.

O termo “por sua conta e risco” não deve trazer a ideia de que o privado arcará com todo e qualquer acontecimento ao longo da execução do Contrato, afinal, uma das premissas de sucesso de uma concessão é justamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e há ocorrências que não podem ser absorvidas pelo parceiro privado. Inclui-se neste termo, apenas os eventos ordinários ou previsíveis.

A Nova Lei, de nº 14.133/2021, que entrará em vigor em 2023, trouxe em seu artigo 6º, inciso XXVII, a definição de Matriz de Risco, trazendo para o âmbito das contratações em geral a existência dos riscos e a necessidade de sua alocação, nos seguintes termos:

Art. 6º - XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência

entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

A Lei aprofunda ainda mais a necessidade do reconhecimento da existência dos riscos, e afirma que é de competência da alta administração do órgão implementar processos e estruturas de gestão de riscos para os processos licitatórios e seus contratos¹¹.

A Nova Lei ainda prevê que o preço ofertado pelos licitantes pode ser diferenciado por incluir uma taxa de risco embutida, nos termos do edital¹².

Assim, vê-se que nunca esteve tão presente na realidade das contratações públicas a necessidade de uma matriz de risco, quanto atualmente.

Nas licitações para concessões e parcerias público privadas, a matriz de risco é matéria comum, pelas contratações de longo prazo e objetos mais complexos.

A teoria dos contratos incompletos, reflete justamente esse panorama. Segundo ela, todos os contratos de longo prazo seriam considerados “incompletos”. Isso porque é impossível prever em um Contrato todos os possíveis acontecimentos que podem impactar em sua execução. Primeiro por ser humanamente impossível se visualizar todos, e segundo, porque tornaria o Contrato desnecessariamente extenso, fosse o caso de se elencar todas as possibilidades.

Assim, a necessidade de se estabelecer uma matriz de risco ao Contrato de Concessão é condição de efetividade e segurança jurídica aos interessados e também à Administração Pública, a fim de evitar uma infinidade de demandas judiciais e extrajudiciais para discussão de responsabilidade.

Por isso, o Contrato é acompanhado de um anexo, denominado Matriz de Risco, onde se elenca os riscos das fases da contratação, sua alocação e a mitigação aplicável.

h) Reajustes e reequilíbrios do Contrato

A Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista possui a seguinte determinação:

¹¹ Art. 11. Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

¹² Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

Art. 99 Lei específica disporá sobre:

(...) III - a política tarifária;

E também:

Art. 99 - Parágrafo Único - As tarifas de serviços públicos ou de utilidade pública deverão ser fixadas pelo Poder Executivo, através de decreto, tendo em vista a justa remuneração.

Apesar da previsão, sugerimos neste estudo, incluso na minuta da lei autorizativa – se o caso, disposição acerca da política tarifária dos serviços, de forma que a lei faça referência ao Edital e ao Contrato de Concessão, e não estipule em seu bojo tarifas e critérios, de forma que sempre através de atos emanados do Poder Executivo, seja possível adequá-las à realidade com o passar dos anos do Contrato.

É preciso que esteja claro para o Legislativo que não haverá a edição de uma lei a cada novo reajuste tarifário, até porque, tal previsão causaria insegurança jurídica aos potenciais interessados e colocaria em risco a prestação dos serviços.

Por isso, é importante que, ao solicitar a autorização legislativa para a concessão dos serviços, conforme exposto no tópico que trata deste tema, se preveja que a estrutura tarifária dos serviços será aquela prevista no Edital e no Contrato de Concessão, e que os mecanismos de atualização estão neles previstos.

Uma vez que as tarifas, abordadas em tópico específico, são estabelecidas através de UFESPs - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo, serão reajustadas anualmente, sempre que a referida unidade for atualizada pela Fazenda Estadual.

Ainda assim, a concessão também será objeto de revisões, que serão ordinárias e extraordinárias, ao longo da execução do contrato, para verificar se os critérios e condições estabelecidos ainda mantêm o Contrato em equilíbrio econômico-financeiro.

i) Desapropriações

Com exceção do imóvel destinado à implantação inicial da infraestrutura destinada à prestação dos serviços delegados, que será adquirida pela Concessionária, o poder concedente será responsável por declarar bens como de utilidade pública para fins de desapropriação, servidões e ocupação provisória dos bens necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados

à concessão, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis, mediante reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

Competirá à concessionária, ainda, indicar, de forma justificada, com 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência, as áreas que deverão ser declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituídas como servidões administrativas, dos bens imóveis necessários à execução e conservação dos serviços e obras vinculados à concessão, para que o concedente promova as respectivas declarações de utilidade pública.

j) Regulação e Fiscalização dos contratos

A fiscalização e regulação do contrato de concessão ficará à cargo do ente concedente.

A Lei Federal nº 8.987/95 determina que:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

*Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de **órgão técnico** do poder concedente ou por **entidade com ele conveniada**, e, **periodicamente**, conforme previsto em norma regulamentar, **por comissão** composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.*

Portanto, caberá ao concedente realizar a fiscalização do contrato de concessão, através de sua própria equipe técnica, devidamente designada para esse fim ou de entidade técnica conveniada.

4. PARECER DE VIABILIDADE JURÍDICA DO PROJETO

O artigo 175 da Constituição Federal, estabelece que:

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

Quando se fala em serviço público, há ampla divergência da doutrina.

A Lei Federal nº 13.460/2017¹³, definiu o serviço público como a “*atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública*”.

Para definir serviço público, a doutrina¹⁴ costuma combinar três elementos:

- ✓ Material: atividade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas.
- ✓ Subjetivo (orgânico): presença do Estado, embora os particulares possam fazê-lo por delegação.
- ✓ Formal: exercício sob o regime jurídico de direito público.

A Lei Orgânica do Município determina ainda que:

Art. 98 Ressalvadas as atividades de planejamento e controle, a administração municipal poderá desobrigar-se da realização material de tarefas executivas. Recorrerá, sempre que conveniente ao interesse público, à execução indireta, mediante concessão ou permissão de serviços públicos ou de utilidade pública, verificando que a iniciativa privada esteja suficientemente desenvolvida e capacitada para o seu desempenho.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – Lei Federal nº 9.503/1997, estabeleceu como responsabilidade dos Municípios, entre uma série de obrigações, o dever de cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições.

Dentre essas atribuições encontra-se a fiscalização do trânsito local, aplicando-se as penalidades prevista na Lei aos veículos infratores.

Dentro dessas penalidades se encontra a remoção dos veículos e sua guarda, até posterior regularização pelo proprietário.

¹³ Lei Federal nº 13.460 de 26 de junho de 2017 - Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

¹⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ed. Forense. 35ª edição. 2022, pg. 133.

Prevê o CTB:

*Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, **com circunscrição sobre a via.***

Ou seja, o CTB outorgou ao Município a responsabilidade da remoção dos veículos que estiverem dentro do perímetro de sua competência.

No mesmo artigo, o parágrafo quarto ainda estabelece:

*§ 4º Os serviços de remoção, depósito e guarda de veículo poderão ser realizados por órgão público, **diretamente, ou por particular contratado por licitação pública**, sendo o proprietário do veículo o responsável pelo pagamento dos custos desses serviços.*

O Município de Bragança Paulista, atualmente, presta o referido serviço público de forma precária, não possuindo pátio municipalizado e regularizado para a guarda dos veículos removidos sob sua jurisdição.

Dessa forma, não consegue prestar o serviço adequado à população, pois deixa de promover uma fiscalização mais significativa, por não poder recolher os veículos infratores.

No âmbito do Estado de São Paulo, o DETRAN publicou Portaria de nº 35 de 22 de janeiro de 2020, que regulamenta a celebração de convênios com Municípios do Estado de São Paulo, objetivando a implantação de pátio municipalizado para recolhimento de veículos, isso porque, as autuações de responsabilidade do Estado também ocorrem no âmbito do Município, e sua remoção para pátios estaduais é deveras penosa e cara.

Assim, frequentemente o Estado, através do DETRAN, realiza convênios com os Municípios para recepcionar veículos por infrações relacionadas à penalidades de responsabilidade deste.

No caso de Bragança Paulista, não é diferente. E, em verdade, pode tornar o projeto ora em estudo, extremamente atrativo ao mercado, gerando maior demanda e mantendo o equilíbrio do Contrato.

A prestação direta dos serviços pela Municipalidade, já abordada em tópico anterior, onera demasiadamente o Município.

A princípio seria necessário que o Município levantasse todas as áreas já disponíveis, sob sua propriedade, em que, observados os requisitos do Plano Diretor, pudesse implantar um pátio de recolhimento de veículos.

Se não houvesse nenhum imóvel adequado, seria necessário promover a busca e sua desapropriação/aquisição.

Concluída a desapropriação/aquisição, o Município necessitaria realizar uma licitação para adquirir guinchos, equipamentos e outros itens necessários à implantação dos serviços.

Paralelamente deveria realizar uma licitação para implantação da infraestrutura necessária para execução dos serviços, incluindo o local destinado ao atendimento dos usuários.

Concluídas essas licitações e executados os Contratos, só então estaria pronto para passar a operar.

Durante o período em que a estrutura é preparada, o Município necessitaria verificar em seu quadro de pessoal quais cargos podem ser alocados nesses serviços, bem como, qual a quantidade de servidores seria destinada ao local.

Deve-se lembrar, nesse quesito, que o serviço é ininterrupto, portanto, a mão de obra exigida é vultosa.

Caso não possua os cargos necessários à operação, deverá promover concurso público, caso seja possível, em decorrência da situação legal do Município.

Supondo que há pessoal suficiente para ser alocado aos serviços, o Município necessitaria, ainda, treinar tais servidores, uma vez que, os serviços de remoção e guarda de veículos exigem treinamentos específicos que garantem a integridade dos bens que serão colocados sobre responsabilidade do pátio municipalizado.

Nesse ínterim, com certeza, além de perder meses, ou anos, o Município ainda teria necessidade de investir todos os recursos que foram detalhados no estudo de viabilidade econômica que faz parte deste estudo.

Lembrando que, tais valores são fruto de pesquisas de mercado, e que não refletem os valores que são ofertados em sede de licitação, cujo risco ao fornecedor/prestador é muito maior, e portanto, os dispêndios podem conter a variação desses riscos.

Os estudos técnicos e econômico-financeiros demonstraram a viabilidade do negócio.

Juridicamente, atendendo as condições pré-licitação descritas neste estudo, não há óbice legal à delegação dos serviços público à iniciativa privada, mediante concessão comum.

Ademais, é dever do Município prestar os referidos serviços com qualidade e segurança aos usuários e à sociedade em geral.

5. DEMAIS PROVIDÊNCIAS

a) Autorização legislativa

O artigo 175 da Constituição Federal, estabelece que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Seu parágrafo único ainda estabelece o que a lei deverá prever.

O termo “na forma da lei” tem então sido traduzido, ao longo do tempo, como exigência de autorização legislativa.

Ocorre que, analisada a Constituição Federal, se verifica que, quando o legislador constituinte quis que fosse necessária a autorização legislativa, ele expressamente o fez. Tais determinações podem ser vistas no artigo 37, inciso XX, artigo 167, inciso VI, VIII e IX, entre outros.

Claramente o que a Constituição Federal estabeleceu foi a necessidade de uma Lei que regulamentasse o tema, e não que lhe exigisse autorização legislativa a cada delegação que se pretendesse.

Assim, não sendo uma previsão constitucional que se deleguem os serviços públicos somente quando uma lei autorizar, não há que se falar em exigência de lei específica de autorização.

Deverá ser observada, ainda, o previsto na Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista quanto as concessões de serviços públicos, cabendo ao Poder Executivo a avaliação quanto a exigência ou não de referida autorização.

Todavia, sugerimos neste estudo o modelo de autorização, caso seja necessária.

b) Consulta e audiência pública

A participação popular nos processos de concessões, sejam elas comuns ou PPP's, pode ter grande relevância no impacto do empreendimento, a depender do tipo de projeto, é necessário que se evite a propagação de informações falsas a respeito.

A Nova Lei de Licitações determinou como opcional a realização de audiência e de consulta pública. Já a Lei de Concessões, aplicável ao nosso projeto, silenciou a este respeito.

Assim, entendemos que cabe à Administração avaliar a necessidade ou não de se realizar consulta e audiência pública sobre o projeto.

c) Ato justificativo

Nos termos da Lei Federal nº 8.987/1995, deve ser realizada, de forma precedente à publicação do edital, a publicação do ato de justificativa da concessão¹⁵.

Assim, antes da publicação do edital da licitação, caberá ainda ao Município a publicação de documento em que conste a justificativa da concessão, ou seja, os motivos determinantes que levaram a Administração a optar pela concessão dos serviços no formato que se irá licitar.

A justificativa indicará ainda, breves dados sobre o projeto.

Tal obrigação decorre diretamente do princípio da motivação dos atos administrativos, que obriga a Administração Pública a fundamentar seus atos, nos termos do art. 50 da Lei Federal nº 9.784/99 que regula o processo administrativo.

Sugerimos no item 8 deste estudo uma minuta para publicação.

¹⁵ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

6. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim como na maioria dos Estados brasileiros, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exerce a fiscalização dos atos da administração pública de forma posterior à sua efetivação. A única forma de controle externo anterior à eficácia do procedimento licitatório é a análise prévia de editais.

Visando fundamentar as exigências trazidas no Edital e no Contrato, bem como na própria modelagem jurídica desses estudos, apresenta-se abaixo algumas decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSÃO. ESTACIONAMENTO EM VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. CREA. IMPOSSIBILIDADE. RECEITA OPERACIONAL. TIR. VALOR DE OUTORGA. ESTUDOS. DIVULGAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. No caso de edital de licitação divulgado para concessão do serviço público de operação de estacionamento eletrônico pago de vias e logradouros públicos, é ilegal a exigência de qualificação técnica atrelada à esfera de atuação do CREA.

2. Estudos de viabilidade econômico-financeira, incluindo a estimativa de receita operacional, a TIR – Taxa Interna de Retorno e os valores de outorga, devem ser obrigatoriamente disponibilizados para consulta, conforme disposto no art. 18, I e art. 21 da Lei nº 8.987/95.

(Processos TC-016493.989.22-2 e TC-016717.989.22-2. Tribunal Pleno. Relator Renato Martins Costa. Sessão de 31/08/2022).

BASE DE CÁLCULO DE GARANTIA DE PROPOSTA E CAPITAL SOCIAL

Afasto a queixa à cumulação das exigências de patrimônio líquido mínimo com a garantia contratual, visto que “a primeira insere-se entre os requisitos de que dispõe a Administração, com amparo no § 2º, do artigo 31, da Lei das Licitações, para avaliar a saúde financeira das empresas, na fase de habilitação, ao passo que a segunda diz respeito às condições de contratação, não havendo irregularidade alguma na concomitância de tais imposições, cabendo à Administração, no exercício de seu poder discricionário, exigir uma ou outra ou

mesmo as duas” (TC- 1433.989.15-9, TC-1439.989.15-3, TC-1446.989.15-4 e TC-1466.989.15-914)

Contudo, quanto à base de cálculo utilizada para a comprovação do patrimônio líquido mínimo, ainda que não configurada afronta à Súmula nº 43 desta Corte, por se tratar de objeto diverso do tratado por aquele enunciado, é certo que contraria a pacífica jurisprudência deste Tribunal, da qual é exemplo a decisão proferida nos TCs 014367.989.21-7, 014378.989.21-4 e 014666.989.21-515:

“2.7. A utilização do valor estimado da contratação como base de cálculo da garantia de proposta enfrenta a resistência do entendimento consolidado na jurisprudência deste E. Tribunal e resulta em cláusula de habilitação com rigor excessivo e desproporcional ao volume de recursos financeiros que deverão ser mobilizados pela futura Concessionária para fazer frente aos investimentos exigidos pela PPP. No presente caso, o valor estimado do contrato é de R\$ 393.591.361,48 (trezentos e noventa e três milhões, quinhentos e noventa e um mil, trezentos e sessenta e um reais e quarenta e oito centavos) enquanto os investimentos estão estimados em R\$ 145.100.000,00 (cento e quarenta e cinco milhões e cem mil reais). Tratando-se de concessão de serviços públicos, a aferição da capacidade econômico-financeira deve considerar o montante dos investimentos necessários à execução do contrato. Portanto, deverá a Administração ajustar a requisição de garantia de participação, observando o limite de 1% (um por cento) do valor dos investimentos previstos. 2.8. Pelos mesmos fundamentos consignados no tópico “2.7”, considero procedente a insurgência contra a imposição de demonstração de capital social mínimo de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais) da SPE como requisito de qualificação econômico-financeira, pois muito superior ao limite legal de 10% do valor dos investimentos previstos. A Municipalidade deverá conformar a exigência de demonstração de capital social mínimo ao limite de 10%, previsto no artigo 31, §3º da Lei 8.666/93, calculado sobre o montante estimado dos investimentos”.

(Processos TC-007593.989.22-1, TC-007769.989.22-9, TC-007814.989.22-4, TC-007906.989.22-3, TC-008077.989.22-6. Tribunal Pleno. Relator Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo. Sessão de 11/05/2022.)

Diversos temas

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ACESSO AO EDITAL PELA INTERNET. EXIGÊNCIA DE CADASTRO. ILEGAL. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. NECESSIDADE DE DISCIPLINA NO EDITAL. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CONDIÇÕES. GARANTIA DE PROPOSTA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO. VALOR DOS INVESTIMENTOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. SERVIÇOS DE TELEGESTÃO. EXPERIÊNCIA ANTERIOR E RESPONSÁVEL TÉCNICO COM EXPERTISE ESPECÍFICA EM SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO EM AMBIENTE EXCLUSIVAMENTE PÚBLICO. RESTRITIVA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL EM FORNECIMENTO DE MATERIAIS. DESCABIDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Nos termos do artigo 8º, § 1º, inciso IV e § 2º da Lei de Acesso à Informação - Lei 12.527/2011, a Administração **não deve exigir preenchimento de cadastros como pressuposto para o acesso aos editais de licitação disponíveis em sua página eletrônica oficial.**

2. Em procedimentos licitatórios, o edital deve dispor sobre a participação de empresas em recuperação extrajudicial. 3. Conforme dispõe o artigo 23, inciso XII da Lei 8.987/95, a Administração deve disciplinar objetivamente as condições para a prorrogação do contrato de concessão.

4. Em editais de licitação de contratos de concessão de serviços públicos, as exigências de garantia de proposta e de capital social mínimo devem ter por base de cálculo o valor dos investimentos previstos da concessão.

5. Em procedimentos licitatórios, a exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional mediante atestados de desempenho anterior registrados nas entidades profissionais competentes conta com amparo do artigo 30, §1º da Lei 8.666/93 e na súmula nº 24 deste E. Tribunal.

6. Em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de iluminação pública, admite-se a eleição, entre as parcelas de maior relevância, para efeito de qualificação técnica, de serviços de telegestão de pontos de iluminação.

7. Nos termos do §3º do artigo 30 da Lei 8.666/93 e da súmula nº 30 deste E. Tribunal, é restritiva a exigência de demonstração de experiência anterior e responsável técnico com expertise específica em sistemas de iluminação em ambiente exclusivamente público.

8. Em procedimentos licitatórios, é desarrazoada a eleição, entre as parcelas de maior relevância para comprovação da qualificação técnico-profissional, de atividades de fornecimento de materiais, nos termos do artigo 30 da Lei 8.666/93.

(Processos: TCs 014367.989.21-7, 014378.989.21-4 e 014666.989.21-5. Tribunal Pleno. Relator Conselheiro Dimas Ramalho. Sessão: 25/08/2021)

Cumulação das exigências de patrimônio líquido mínimo com a garantia contratual

“Afasto a queixa à cumulação das exigências de patrimônio líquido mínimo com a garantia contratual a primeira insere-se entre os requisitos de que dispõe a Administração, com amparo no § 2º, do artigo 31, da Lei das Licitações, para avaliar a saúde financeira das empresas, na fase de habilitação, ao passo que a segunda diz respeito às condições de contratação, não havendo irregularidade alguma na concomitância de tais imposições, cabendo à Administração, no exercício de seu poder discricionário, exigir uma TC-1466.989.15-9 ou outra ou mesmo as duas”

(TC-1433.989.15-9, TC-1439.989.15-3, TC-1446.989.15-4 e TC-1466.989.15-9. Tribunal Pleno. Sessão de 01/04/15, Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini)

Atualização de preços e dados

“Restou evidenciado que havia uma defasagem de quase um ano no estudo de viabilidade técnica e financeira quanto aos investimentos em luminárias do tipo LED, pois a peça havia sido elaborada no final de 2013, ao passo que a publicação do edital ocorreu somente em novembro de 2014, superando, muito, o termo referencial de 06 (seis) meses corrente em nossa jurisprudência”.

(TC-025135.989.20-0. Recurso Ordinário. Tribunal Pleno. Sessão 27/04/2022. Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. PROJETO DE ENGENHARIA. ATRIBUIÇÃO DE PESOS. PROPORÇÃO 80/20. APLICADA MODULAÇÃO DO ART 23 DA LINDB. PONTUAÇÃO DA EQUIPE DE COORDENADORES. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE MAIOR OU IGUAL A 1,50. DEFASAGEM DE 10 MESES NOS PREÇOS DE REFERÊNCIA DO ORÇAMENTO. NÃO PROVIMENTO. RECOMENDAÇÃO.

(...) 2. A defasagem máxima admitida na jurisprudência, de 6 (seis) meses entre a data-base dos preços de referência do orçamento e a data da publicação do edital, tem por escopo afastar os riscos da incorporação de distorções de mercado na equação econômico-financeira do contrato, as quais podem levar, entre outras consequências, a pedidos precoces de reequilíbrio.

(TC-027244.989.20-8 - Sessão Plenária de 01/06/2022. Relatoria: Conselheiro Robson Marinho)

7. SUGESTÃO DE MINUTAS

a) Lei que autoriza e regulamenta a concessão

Lei Complementar nº [NÚMERO], de [DATA].

Dispõe sobre a autorização e regulamento para concessão dos serviços de [DESCRIÇÃO].

A Câmara Municipal de [NOME] APROVA e o Prefeito Municipal, no uso de suas atribuições legais, em especial o artigo 10, inciso III, alínea “b”, da Lei Orgânica Municipal, SANCIONA a seguinte lei.

AUTORIZAÇÃO DA CONCESSÃO

Artigo 1º - Fica o Poder Executivo do Município de [NOME] autorizado a delegar a prestação integral e exclusiva dos serviços públicos municipais de [DESCRIÇÃO], através de concessão comum, nos termos da Lei Federal nº 8.987/1995.

Artigo 2º - A delegação será realizada mediante licitação pública, na modalidade concorrência, nos moldes da Lei Federal nº 8.987/1995.

Parágrafo único - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Artigo 3º - A concessão do serviço público deve observar a obrigação do concessionário de prestação do serviço adequado, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

CONDIÇÕES DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Artigo 4º - A Concessionária deverá receber os veículos indicados no Contrato de Concessão, conforme classificação constante do Código de Trânsito Brasileiro, quando devidamente apreendidos, removidos ou retirados de circulação pelos Agentes Fiscalizadores de Trânsito, exceto aqueles de tração animal.

Artigo 5º - A operação do sistema consiste:

I - na remoção de veículos apreendidos através da utilização de reboques;

II - na guarda em pátio de recolhimento, onde o veículo permanecerá até a liberação; e

III – no apoio à realização de leilão dos veículos não retirados no prazo especificados na legislação.

§1º - A remoção só poderá ser efetuada na presença e com prévia autorização do Agente de Trânsito, do Fiscal responsável pela autuação, ou da Polícia Militar.

§2º - O Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo será recolhido pelo Agente da Autoridade de Trânsito no ato da autuação, devendo ser arquivado em ordem alfanumérica de placa, em local destinado especificamente para esta finalidade.

§3º - No ato da entrega do veículo será devolvido ao proprietário ou seu representante legal habilitado, mediante recibo, o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo recolhido no ato da autuação e remoção.

Artigo 6º - Os veículos abandonados serão processados na forma da Lei Complementar Municipal nº 679, de 19 de agosto de 2010.

Artigo 7º - Deverá a concessionária observar que, no caso de veículos envolvidos em delitos que não foram cometidos pelo proprietário, como roubo ou furto, não haverá cobrança de tarifa, nem mesmo de guincho/reboque e estadia, sem também quaisquer custos para o Município.

Artigo 8º - Decorrido o prazo previsto em legislação pertinente e atendendo os procedimentos legais, os veículos apreendidos serão alvos de realização de Leilão Público, realizado pela Prefeitura e/ou Detran-SP com apoio da Concessionária, cujo montante arrecadado servirá para quitação, pela seguinte ordem:

- a) custas da realização do leilão;
- b) despesas decorrentes do serviço de remoção e guarda;
- c) quitação dos tributos vinculados aos veículos;
- d) os credores trabalhistas, tributários e titulares de crédito com garantia real, nos termos do Código Tributário Nacional;
- e) as multas devidas ao órgão ou à entidade responsável pelo leilão;
- f) as demais multas devidas aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, segundo a ordem cronológica; e
- g) os demais créditos, segundo a ordem de preferência legal.

Artigo 9º - Para os fins do disposto neste Lei, considera-se:

I - remoção: o transporte de veículo apreendido, executado pela concessionária, mediante determinação da autoridade competente, do local em que se encontra no momento da determinação até o local destinado para sua guarda;

II - recolhimento: o depósito de veículo em área de propriedade da concessionária ou locada para esse fim destinado à guarda do veículo removido;

III - estadia: o tempo de permanência no local destinado para esse fim, decorrido entre o recolhimento do veículo e sua efetiva liberação; e

IV - pátio: local destinado ou utilizado para a guarda ou depósito de veículos apreendidos.

Artigo 10 - Ficam proibidas, nas vias públicas, passeio e nos demais logradouros do Município de Bragança Paulista, as atividades de compra, troca, venda ou manutenção de veículos em geral.

§ 1º Excetua-se das proibições do caput as manutenções emergenciais e rápidas, como troca de pneus dos veículos.

§ 2º As lojas, agências, oficinas ou qualquer outro estabelecimento, não poderão manter estacionados na via pública, veículos que estejam sob sua responsabilidade para comercialização ou manutenção, sendo tal estacionamento considerado atividade vedada, conforme definido no caput deste artigo.

Artigo 11 - Fica proibido nas vias públicas e nos demais logradouros do Município de Bragança Paulista o abandono de veículos, carcaças de veículos ou veículos acidentados.

§ 1º Considera-se abandonado, para o efeito deste artigo, o veículo ou carcaça que, estacionado no mesmo local por mais de 20 (vinte) dias, independentemente de encontrar-se estacionado em local permitido, apresentar, no mínimo, 1 (um) dos seguintes requisitos:

I - evidente estado de depreciação ou mau estado de conservação, ainda que coberto com capa de qualquer natureza;

II - sinal de colisão ou objeto de vandalismo;

III - não possuir placa de identificação obrigatória;

IV - estar impossibilitado de deslocamento com segurança pelos próprios meios;

V - oferecer risco à segurança e ou à saúde dos munícipes.

§ 2º Sendo possível identificar e localizar o proprietário, possuidor ou depositário, este será notificado para que no prazo de 05 (cinco) dias corridos remova o veículo ou a carcaça do local, sob pena de remoção, leilão e demais penalidades cabíveis de acordo com esta Lei e o Código de Trânsito Brasileiro.

§ 3º A simples remoção do veículo para outra via pública dentro do Município ou outro local na mesma rua, não é considerado cumprimento da legislação, e sujeitará o proprietário às medidas punitivas previstas, de forma imediata, independentemente da existência de infração à legislação de trânsito.

§ 4º Não sendo possível a identificação do proprietário, possuidor ou depositário, as medidas punitivas serão adotadas imediatamente após constatada a conduta vedada.

§ 5º A remoção do veículo acidentado será realizada quando não houver responsável pelo bem no local do acidente.

Artigo 12 - A remoção de caçambas se dará na forma da Lei Municipal nº 844 de 10 de maio de 1995.

Artigo 13 - A infração ao disposto nesta Lei, sujeitará os infratores, cumulativamente, à apreensão do(s) veículo(s) objeto da infração e ao pagamento de multa equivalente a 300 (trezentas) Unidades de Valor Municipal (UVAMs) por veículo.

§1º - No caso de reincidência das lojas, agências e/ou oficinas, a pena de multa será aplicada em dobro ao estabelecimento.

§ 2º - As penalidades previstas no caput desse artigo se darão sem prejuízo da obrigação de pagamento das tarifas de remoção e estadia ao pátio municipalizado.

§ 3º - A aplicação das penalidades mencionadas neste artigo, será precedida da devida autuação, a ser lavrada pelo agente público competente designado para esse fim.

Artigo 14 - A apreensão do veículo será objeto de auto circunstanciado, no qual deverão constar as seguintes informações, sem prejuízo de outras consideradas relevantes:

I - marca, modelo e cor;

II - número de placas;

III - número do chassi;

IV - outras informações relevantes que o autuado solicite que conste no auto de apreensão.

§ 1º O veículo apreendido será removido, por meio de guincho, ao pátio municipal e somente será liberado mediante requerimento firmado pelo próprio proprietário, dirigido ao órgão municipal responsável pela autuação ou à concessionária prestadora dos serviços, acompanhado dos seguintes comprovantes de pagamento:

I - da multa;

II - do valor relativo aos serviços de remoção;

III - do valor relativo à estadia no pátio.

§ 2º O órgão municipal responsável pela execução das infrações fica autorizado a requerer auxílio de força policial, quando necessário.

Artigo 15 - Das penalidades aplicadas, o autuado poderá exercer a ampla defesa através de recurso administrativo ao julgador de primeira instância, a ser interposto no prazo máximo de até 30 (trinta) dias úteis após a aplicação da penalidade.

Parágrafo único: O resultado do recurso não afeta a obrigação de pagamento das tarifas de remoção e guarda dos veículos em pátio municipalizado.

POLÍTICA TARIFÁRIA

Artigo 16 - A remuneração dos serviços prestados será realizada através da cobrança de tarifas, diretamente pela Concessionária.

Artigo 17 - A tarifa inicial do serviço público concedido será aquela fixada pelo edital de licitação.

Artigo 18 - As fórmulas de reajuste das tarifas estão definidas no Contrato de Concessão e serão regulamentadas e aplicadas periodicamente e diretamente pelo Gestor do Contrato e publicadas através de Decreto, se necessário.

Artigo 19 - O contrato deverá prever mecanismos de revisão periódica das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

REGIME JURÍDICO DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Artigo 20 - A licitante vencedora da licitação para outorga da concessão deverá se constituir em Sociedade de Propósito Específico – SPE, como condição para assinatura do Contrato de Concessão.

Parágrafo único - A SPE poderá se constituir sob a forma empresária limitada ou de sociedade anônima, nos termos do Contrato de Concessão.

DIREITOS E DEVERES DOS USUARIOS

Artigo 21 - Sem prejuízo das demais disposições do Contrato de Concessão e da legislação aplicável, são direitos e deveres dos USUÁRIOS:

a) receber os serviços públicos em condições adequadas e, em contrapartida, pagar a respectiva tarifa;

- b) receber do poder concedente e da concessionária as informações necessárias para a defesa dos interesses individuais ou coletivos;
- c) levar ao conhecimento da concessionária as irregularidades das quais venham a ter conhecimento, referentes à concessão;
- d) comunicar ao poder concedente os atos ilícitos ou irregulares porventura praticados pela concessionária ou seus prepostos na execução do contrato;
- e) pagar pontualmente a tarifa cobrada pela concessionária, nos termos do contrato, pela prestação dos serviços públicos, sob pena das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;
- k) cumprir o regulamento da prestação dos serviços e demais legislação aplicável;
- l) observar e cumprir as normas emitidas pelas autoridades competentes.

FISCALIZAÇÃO

Artigo 22 – A fiscalização e regulação do Contrato será realizada pelo Poder Concedente através de órgão técnico designado ou entidade técnica conveniada ou contratada.

Artigo 23 - O Poder Concedente deverá designar, formalmente, Gestor ao Contrato de Concessão para o acompanhamento administrativo, técnico e relacionamento com a concessionária.

EXTINÇÃO DO CONTRATO

Artigo 24 - As condições de prorrogação, caducidade, rescisão e reversão da concessão são aquelas previstas na Lei Federal nº 8.987/1995 e suas alterações, no Edital de Licitação e no Contrato de Concessão e seus anexos.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 25 - As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correção por conta de dotações orçamentárias previstas em lei, suplementadas se necessário.

Artigo 26 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

b) Minuta de ato justificativo da Concessão

Considerando:

Que o artigo 175 da Constituição Federal de 1988 estabelece que, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos;

Que a Lei Federal nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, em seu artigo 24, estabelece diversas competências do Município para atuação junto ao sistema de trânsito local e regional;

O disposto na Portaria Detran-SP nº 35, de 22 de janeiro de 2020, que regulamenta a celebração de convênios com Municípios do Estado de São Paulo, objetivando a implantação de pátio municipalizado para recolhimento de veículos, além da delegação de competências estaduais do Detran-SP de remoção, guarda e depósito de veículos removidos por infração de trânsito, conforme permissão no artigo 25 do CTB;

Que é dever do Município cumprir a legislação de trânsito, com o intuito de diminuir o número de veículos em desacordo com a legislação em circulação, gerando segurança e qualidade de vida à população do Município;

Que é dever do Município construir um trânsito seguro de forma a alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis – ODS, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas – ONU, de reduzir a ocorrência de mortes e ferimentos decorrentes de acidentes de trânsito;

A intensa migração da população residente em grandes cidades, para o interior do Estado, nos últimos dois anos, acelerando o crescimento vegetativo do Município e consequentemente, aumentando a frota de veículos circulando diariamente;

Que não há em Bragança Paulista pátio de veículos municipalizado para atender a legislação e as demandas, bem como o Município não possui os equipamentos necessários para remoção de veículos infratores;

Que os Estudos de Viabilidade supracitados, concluíram pela necessidade estimada de investimentos da ordem aproximada de R\$ [VALOR] ([POR EXTENSO]), para a prestação dos serviços de forma adequada;

Que a prestação direta pelo Município, além de demandar os investimentos citados, exigiria o treinamento de pessoal capacitado a operar os serviços ininterruptamente;

A necessidade de se oferecer o serviço de recolhimento, guarda e depósito de veículos com maior eficiência e comodidade para a sociedade;

Que em conformidade com o § 4º do Art. 271 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, “os serviços de remoção, depósito e guarda de veículo poderão ser realizados por órgão público, diretamente, ou por particular contratado por licitação pública, sendo o proprietário do veículo o responsável pelo pagamento dos custos desses serviços.”

Que a eficiência dos serviços pode ser alcançada pela delegação da execução dos serviços à iniciativa privada, que assume sob a sua integral responsabilidade o cumprimento das metas e objetivos do Contrato, reservando o pleno controle e permanente fiscalização por parte do Município;

Que na concessão da execução dos serviços públicos o Município delega, tão somente, a execução dos serviços e os investimentos necessários, por meio de um contrato administrativo, no qual o Município reserva e mantém seu poder de controle e fiscalização, podendo a qualquer tempo extinguir a concessão e retomar a execução dos serviços públicos delegados, caso a concessionária não cumpra com as obrigações e diretrizes legais e contratuais;

Que a Lei Complementar Municipal nº [NÚMERO], autorizou o Município a delegar a prestação dos serviços de [DESCRIÇÃO], através de procedimento licitatório, observadas as condições que especifica;

Os estudos e projetos realizados no âmbito do Município sobre o tema;

Que os estudos de viabilidade desenvolvidos consignaram vantajoso ao interesse público a outorga de concessão comum visando a delegação da execução dos serviços públicos [DESCRIÇÃO], pelos seguintes motivos: garantia de tarifa módica, efetivação de um plano de investimentos visando a eficiência dos serviços, seleção de empresas que tenham domínio técnico que assegurem a implementação de soluções competitivas, através de processo licitatório, pagamento de valor a título de outorga em favor do Município, que poderá ser aplicado em outras ações para a população, fiscalização e regulação através equipe técnica designada, facilidade de acesso a financiamentos pelo privado, capacidade de acompanhamento tecnológico - modernização, regularidade das ações ao longo do prazo do contrato, entre outros.

Que, analisando as vantagens e desvantagens, dos vários modelos de gestão para a prestação dos serviços, as autoridades municipais concluíram como mais adequado à população de [NOME] a realização de licitação pública para contratar empresa concessionária, em face das expressivas vantagens que essa modalidade institucional propicia, especialmente em contraste com o grande

volume de incertezas associadas às outras alternativas, especialmente às relacionadas a manutenção da prestação de serviços por órgão municipal;

Que o interesse público resta preservado na medida em que a população poderá efetivamente contar com a realização dos investimentos para a prestação de serviço adequado segundo a lei, garantindo perspectivas para o desenvolvimento social, econômico e o bem-estar da população;

O Prefeito do Município de [NOME], Estado de São Paulo, Chefe do Poder Executivo Municipal, com fundamento no artigo 5º, Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, vem apresentar a justificativa da conveniência e oportunidade da outorga da delegação, mediante concessão, dos serviços públicos de [DESCRIÇÃO] do Município; cujo prazo da mencionada concessão será de [NÚMERO] ([POR EXTENSO]) anos e abrangerá o território urbano do Município de [NOME].

Local e data.

Nome e assinatura.

8. LISTA DOS PROFISSIONAIS ENVOLVIDOS NO PROJETO

Os trabalhos do presente estudo foram coordenados e conduzidos pela equipe a seguir indicada, sem prejuízo da participação de outros profissionais:

➤ COORDENAÇÃO GERAL:

Arthur Ferreira Neves Filho - Engenheiro Civil: CREA/SP 0601528114.

Denise Pinink Silva - Advogada: OAB/SP 307.906.

➤ MODELAGEM JURÍDICA

Denise Pinink Silva - Advogada: OAB/SP 307.906.

➤ MODELAGEM TÉCNICA

Leonardo Henrique De Angelis – Advogado: OAB/SP nº 409.864.

➤ MODELAGEM ECONÔMICO-FINANCEIRA

Ruy Ignácio Moraes - Administrador de Empresas: CRA/SP nº 11.879.

9. CONCLUSÃO

Os governos locais necessitam de meios para manter-se, mas principalmente para desenvolver políticas sustentáveis de investimentos, tanto para suprir as demandas existentes quanto para ampliar a oferta dos serviços em face do crescimento vegetativo da população.

Para arcar com as despesas necessárias o governo, ou impõe a carga ao contribuinte, pela majoração da arrecadação de tributos, ou contrai financiamentos, em que sabemos que a carga de juros é elevada, afundando-se ainda mais na dívida pública.

A modalidade aqui vislumbrada – Concessão Comum - possui características que possibilitam maiores investimentos e incentivos para melhoria da prestação do serviço público, tais como ganhos de eficiência e acompanhamento da evolução tecnológica.

Atualmente se verifica uma tendência no mercado, onde os gestores públicos municipais buscam soluções por meio dessa modalidade de delegação, tendo em vista que enfrentam restrições financeiras, dificuldades de obter financiamentos, ausência de mão de obra qualificada, enquanto o modelo traz a possibilidade de um maior equilíbrio no compartilhamento de riscos, abrange de forma ampla os serviços, possui metas de efficientização, fiscalização de agentes técnicos, sem falar que o parceiro privado tem grande disponibilidade de financiamento e consegue atuar de forma mais eficiente frente às normas regulatórias do setor.

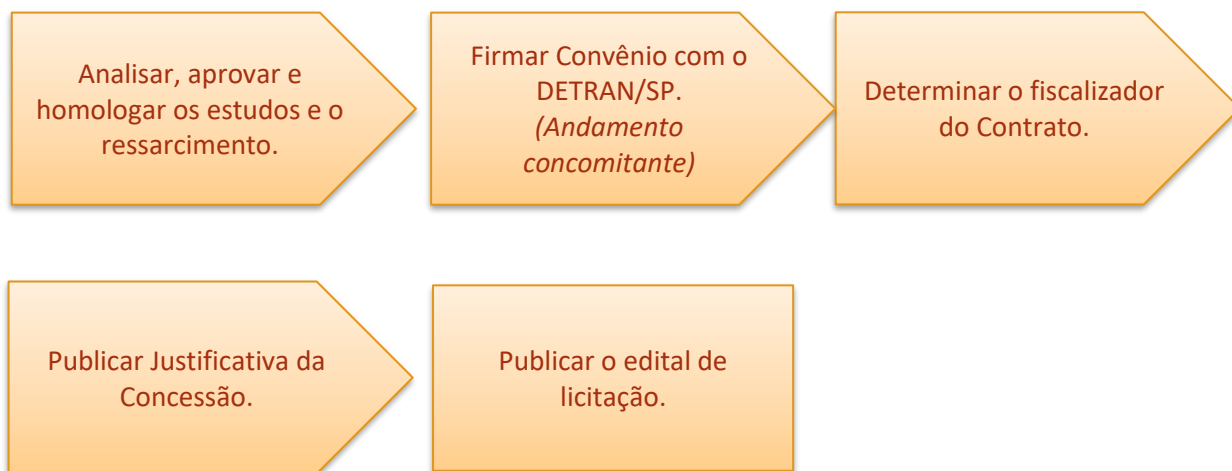
A viabilidade da implantação do projeto foi amplamente exposta nestes estudos, e não resta dúvidas de que a delegação dos serviços trará maiores benefícios ao Município.

Após o recebimento dos estudos, deverá o Município realizar a análise e avaliação destes estudos. O resultado deverá ser devidamente publicado, com a homologação da escolha do estudo e o valor do ressarcimento pretendido pelos autores.

Esse valor deverá ser atualizado quando da publicação do edital de licitação, caso já tenha decorrido muitos meses da entrega dos estudos. O Edital sugerido também inclui cláusula de atualização desses valores, quando do pagamento pela Licitante Vencedora.

Ressaltamos que decorrendo mais de 6 (seis) meses entre a data de entrega dos estudos e a abertura da licitação, sugerimos a atualização dos dados, principalmente dos estudos econômico-financeiros, para que não seja motivo de questionamentos futuros.

As etapas posteriores a entrega dos estudos, até a publicação do edital, estão abaixo desenhadas para ilustração.



Dentro desta realidade, é de nossa opinião que a estrutura do Edital e Minuta de Contrato proposto para a Concessão Comum, cujo objeto é a delegação dos serviços de recolhimento e acondicionamento de veículos, é a modelagem jurídica apropriada, viável e legalmente prevista para a delegação dos serviços.

Revisado Outubro/2023

Equipe Kappex Assessoria e Participações Eireli

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em condição de eficácia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto Federal nº 8.428, de 02 de abril de 2015. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

TCE-SP. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

TCE-SP. Súmulas. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/boletim-de-jurisprudencia/sumulas>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

TCU. Súmulas. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

11. MINUTA DO EDITAL E SEUS ANEXOS