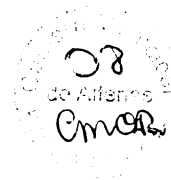




SOLUÇÕES
GESTÃO PÚBLICA



CONSULTA/0181/2021/JG/G

(CÓDIGO: 000606)

INTERESSADA: CÂMARA MUNICIPAL DE ALFENAS – MG

At.: Sra. Bruna Aquino – Contratos

EMENTA:

Câmara Municipal – Projeto de lei – Iniciativa do Chefe do Poder Executivo – Disciplina a contratação de Parceria Público-Privada – Autorização para a contratação de parceria público-privada na área de Zeladoria Pública - Modernização, gestão, operação e manutenção do sistema de Serviços Públicos – Zeladoria Urbana e Zeladoria Virtual - Considerações gerais.

CONSULTA:

"Atualmente, existe em tramitação um Projeto de Lei (anexo) encaminhado pelo Poder Executivo a esta Casa Legislativa, que disciplina sobre a autorização para contratação de parceria público-privada na área de Zeladoria Pública, incluindo modernização, gestão, operação e manutenção do sistema de Serviços Públicos do Município de Alfenas (MG) e estabelece outras providências.

O escopo do termo: Zeladoria Pública, também inclui a integração de duas zeladorias distintas, mas interdependentes que podemos denominar de 'zeladoria urbana' e 'zeladoria virtual'.

A matéria ora submetida à apreciação dessa egrégia Casa do Legislativo visa estruturar e dotar o Município de condições para o desenvolvimento de ações nesta área de parcerias público-privadas que se revela cada vez mais importante para o avanço da administração pública em termos de investimentos, interação, efetividade e melhoria de índices de satisfação das demandas dos serviços públicos básicos por parte da população e da própria organização administrativa na outra ponta.

Isto posto, com o advento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, foram estabelecidos os parâmetros para a compatibilização da necessidade de obtenção de recursos pelo setor público para a realização de investimentos com o desejo do setor privado de novas oportunidades de negócios.

Ante todo exposto, pergunta-se:

1- O referido projeto encontra-se em consonância com a legalidade e constitucionalidade?

Tecer maiores comentários pertinentes sobre o conteúdo abordado".

ANÁLISE JURÍDICA:

Inicialmente, registre-se que o art. 30, inc. I, da Constituição Federal dispõe que os Municípios podem “legislar sobre assuntos de interesse local”.

Conforme ensina Nathalia Masson, “[...] os Municípios legislam sobre ‘assuntos de interesse local’. Como a expressão é juridicamente indeterminada, as competências municipais decorrentes desse inciso serão construídas casuisticamente, segundo percepções doutrinárias e decisões do STF” (cf. *in Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., JusPodivm, Salvador, 2015, p. 542).

E continua:

“Como ponto de partida, lembremos que sob a égide do documento constitucional anterior, doutrina e jurisprudência reputavam ser de ‘interesse local’ o ‘interesse peculiar’, isto é, aquele que mais intimamente estivesse ligado ao Município, em que predominasse seu interesse em confronto com os interesses da União e dos Estados-membros. Nos dizeres de Michel Temer, ‘Interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse’” (cf. *in ob. cit.*, p. 542). Michel Temer afirma exatamente isto: “Peculiar interesse significa interesse predominante, Interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse” (cf. *in Elementos de Direito Constitucional*, 22ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 108).

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O que deve ser entendido é que ‘assuntos de interesse local’, expressão utilizada pela CF/88, art. 30, I, é equivalente a ‘peculiar interesse’ das Constituições anteriores” (cf. in Recurso Extraordinário nº 194.704, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Redator p/ o acórdão Min. Edson Fachin, *DJe* de 16/11/2017).

Vê-se, portanto, que o interesse local exige uma predominância da relevância da matéria para a coletividade local. Há uma sintonia mais aproximada entre a matéria a ser tratada e a comuna. O interesse regional ou nacional é inexistente ou menos importante.

No caso sob análise, o tema pode ser disciplinado pelos Municípios e a iniciativa pertence ao Chefe do Poder Executivo local.

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 11.079/2004 trata das “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” e dispõe:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.



§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

No escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público” (cf. *in Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 10ª ed., Atlas, São Paulo, 2015, p. 149).

Na lição de Fernanda Marinela, a parceria público-privada “[...] tem como mola propulsora dois pontos fundamentais: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a busca da eficiência da gestão de serviços atingida pelo setor privado” (cf. *in Direito Administrativo*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 581).

A mesma autora relata que a concessão patrocinada envolve, “[...] adicionalmente, duas fontes de recursos: a tarifa cobrada dos usuários e a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (cf. *in ob. cit.*, p. 582).

No caso, aparentemente parece excluída a hipótese do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004, pois não existe a previsão de “tarifa cobrada dos usuários”, com “contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na hipótese de concessão administrativa, "[...] o objeto principal é a prestação de serviço" (cf. in ob. cit., p. 155).

A mesma autora prossegue:

"Na concessão administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço" (cf. in ob. cit., p. 155).

Bruno Vianna Espírito Santo escreve:

"Nessa linha, cumpre atentar para a lição de Renato Poltronieri sobre as concessões patrocinadas:

'A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas cujo pagamento ao parceiro privado será feito por meio de contraprestação pecuniária composta pela tarifa cobrada dos usuários acrescida por um valor complementar do Poder Público (parceiro público). Em resumo, na parceria patrocinada o ressarcimento do parceiro privado será feito parte pelo usuário e parte pela administração contratante' " (cf. "Natureza Jurídica da Contraprestação Pecuniária e Tributação das Parcerias Público-Privadas", in *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, out./2010, p. 1.173).

Cabível, portanto e aparentemente, a concessão administrativa de que trata o art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004.

Também é importante ressaltar que os Municípios possuem plena capacidade para adotar a parceria público-privada em relação aos serviços que sejam da sua competência.

Nesse sentido leciona Marcos Augusto Peres: "[...] o município tem ampla autonomia para realizar PPP nas matérias que sejam da sua competência" (cf. "A PPP Municipal", *in* *Tratado de Direito Municipal*, Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 673).

E prossegue:

"Além disso, pode o município suplementar a legislação federal de concessões e PPP (art. 30, II) no que couber, fixando, por exemplo, normas sobre PMI, criando programas, prioridades ou incentivos próprios na área de concessão de serviços" (cf. *in* ob. cit., p. 673).

Entretanto, Marcos Augusto Perez afirma que "[...] não é imprescindível que o município edite uma legislação suplementar sobre PPP. Para que possa realizá-las. A legislação federal na matéria já é suficientemente abrangente para possibilitar a realização de concessões comuns ou PPP em sentido estrito, sem a necessidade de suplementação" (cf. *in* ob. cit., p. 673).

Especificamente em relação ao projeto de lei sob apreciação, alguns aspectos merecem ser repensados.

Embora o escopo da Orientação SGP seja a avaliação da iniciativa e a competência dos projetos de lei, é possível perceber que a modalidade patrocinada poderá ser adotada para a Zeladoria Urbana (art. 8º do projeto de lei), o que envolve a "tarifa cobrada dos usuários" e a "contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

Por sua vez, o art. 6º do projeto de lei abarca a "sinalização vertical e horizontal" e a "pintura de sarjetas e meio-fio" (incs. IV e V), dentre outros.



SOCIEDADE GESTORA DE PATRIMÔNIO PÚBLICO
GESTÃO PÚBLICA

15
CmOR

Se bem compreendida a pretensão manifestada, tais serviços são indivisíveis, o que exigiria uma solução técnica que autorizasse sua integração, de modo a permitir a adoção da concessão patrocinada.

Em princípio, a concessão patrocinada seria, em tese, incompatível com esses serviços indivisíveis.

Assim sendo, não vemos óbice ao projeto de lei sob análise em relação à *competência* e à *iniciativa*.

Essas são as considerações a serem feitas a respeito da presente consulta, sem embargo de outros entendimentos em sentido contrário, para com os quais manifestamos, desde já, o nosso respeito.

São Paulo, 23 de abril de 2021.

Elaboração:

João Gabriel Lemos Ferreira

OAB/SP 145.358

Consultor Jurídico

Aprovação:

Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

OAB/SP 151.849

Diretor Jurídico



SISTEMA DE
GESTÃO PÚBLICA

16
CmAR

CONSULTA/0330/2021/JG/G

(CÓDIGO: 000606)

INTERESSADA: CÂMARA MUNICIPAL DE ALFENAS – MG

At.: Sra. Bruna Aquino – Contratos

EMENTA:

Câmara Municipal – Projeto de lei – Iniciativa do Chefe do Poder Executivo – Parceria Público-Privada – Necessidade de autorização legislativa para a imposição de tarifas aos usuários no caso de concessão patrocinada – Contraprestação pecuniária do Poder Público – Considerações gerais.

CONSULTA:

"Reiterando as informações contidas na Consulta/0181/2021/JG/G anteriormente encaminhada e devidamente respondida através do Parecer com Código nº 000606, remanescendo dúvidas quanto ao Projeto de Lei de autoria do Executivo (em anexo), que disciplina a contratação de Parceria Público-Privada e dá outras providências, pergunta-se:

1- Em estudo junto a consulta, parece excluída a hipótese do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079, de 2004 (concessão patrocinada), pois não existe a previsão de 'tarifa cobrada dos usuários', com 'contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado'. Correto?

2- Todavia, o art. 6º do citado projeto de lei abrange a 'sinalização vertical e horizontal' e a 'pintura de sarjetas e meio-fio' (incisos IV e V), dentre outros. Desta forma, se bem compreendida a pretensão manifestada, tais serviços são indivisíveis, o que exigiria uma solução técnica que autorizasse sua integração, de modo a permitir a adoção da concessão patrocinada? Contradizendo o disposto acima.

3- Especificamente em relação ao projeto de lei sob exame, quais aspectos merecem ser revistos?

Tecer maiores comentários pertinentes sobre o conteúdo abordado".

ANÁLISE JURÍDICA:

Primeiramente, não é por demais lembrar que escapa das atribuições deste Corpo Jurídico a análise do mérito de proposições legislativas, sendo nossa orientação restrita à verificação da *competência* e da *iniciativa*.

Porém, a fim de tentarmos auxiliá-los nesta oportunidade, teceremos considerações gerais a respeito do assunto proposto, bem como indicaremos as respectivas manifestações jurisprudenciais que localizarmos a respeito do tema.

Conforme esclarecido na Consulta nº 0181/2021/JG/G, os Municípios possuem plena capacidade para adotar a Parceria Público-Privada, em relação aos serviços que sejam da sua competência.

Em nosso sentir, não há óbice ao projeto de lei sob análise em relação à *competência* e à *iniciativa*.

Pois bem, em relação aos aspectos materiais que envolvem o projeto de lei, que “disciplina a contratação de Parceria Público-Privada e dá outras providências”, fizemos uma pequena abordagem para contribuir com o processo de reflexão sobre o assunto pela Câmara Consulente.

Esclarecemos que, *se bem compreendida a pretensão manifestada*, os serviços são indivisíveis, o que exigiria uma solução técnica que autorizasse sua integração, de modo a permitir a adoção da concessão patrocinada.

Dissemos que, em princípio, a concessão patrocinada seria, em tese, incompatível com esses serviços indivisíveis e que, em relação ao projeto de lei sob apreciação, alguns aspectos poderiam ser repensados.

A concessão patrocinada envolve a tarifa paga pelos usuários e “um pagamento em dinheiro e não em bem, porque está consignada na lei a expressão ‘contraprestação pecuniária’” (cf. Ivan Barbosa Rigolin, *in* *Comentários às Leis das PPPs, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 8).



No escólio de Renato Poltronieri:

"Em resumo, na parceria patrocinada o ressarcimento do parceiro privado será feito parte pelo usuário e parte pela administração contratante. Este pagamento pela administração é uma espécie de subsídio ao serviço prestado, que por razões de mercado não é auto-sustentável somente com a receita oriunda da cobrança de tarifas" (cf. *in* *Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, p. 102).

Conforme dito anteriormente, o art. 2º da Lei nº 11.079/2004 trata das "normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública" e dispõe:

"Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado" (grifo nosso).

Hely Lopes Meirelles, ensina:

"Preços públicos – A *tarifa* é o preço público que a Administração fixa, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços industriais, prestados diretamente por seus órgãos, ou, indiretamente, por seus delegados – concessionários e permissionários – sempre em caráter facultativo para os usuários. Nisto se distingue a tarifa da taxa, por que, enquanto esta é obrigatória para os contribuintes, aquela (a tarifa) é facultativa para os usuários: a



SOCIEDADE GESTORA DE
GESTÃO PÚBLICA

tarifa é um preço tabelado pela Administração; a taxa é uma imposição fiscal, é um tributo. Distingue-se, ainda, a tarifa (preço público) da taxa (tributo) porque esta só pode ser instituída, fixada e alterada por lei, ao passo que aquela pode ser estabelecida e modificada por decreto ou por outro ato administrativo, desde que a lei autorize a remuneração da utilidade ou do serviço por preço" (cf. *in Direito Municipal Brasileiro*, 19ª ed., Malheiros, São Paulo, 2021, p. 141) (grifo nosso).

O mesmo autor prossegue:

"Quanto aos serviços concedidos ou permitidos, a tarifa há de corresponder à justa retribuição do capital investido, para não desestimular a iniciativa particular na prestação de serviços de utilidade pública e possibilitar seu melhoramento e expansão, sem prejuízo do equilíbrio econômico e financeiro que deve existir nesses negócios administrativos – princípio mantido pela atual Constituição da República sob a denominação de 'política tarifária' (art. 175, parágrafo único, III)" (cf. *in ob. cit.*, pp. 141 e 142).

Para Marçal Justen Filho:

"O regime da tarifa é de direito administrativo" (cf. *in Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 784).

E continua:

"O edital e o contrato devem consagrar um modelo tarifário. O poder concedente deverá buscar a menor tarifa inicial. Em se tratando de serviço público, a competência para determinar a tarifa será, sempre, do poder concedente. Mas essa asserção não exclui a solução de o poder concedente determinar o valor da tarifa a partir de uma proposta do particular.

Deverá ser indicada de modo expresse a escolha quanto a custo médio ou marginal e os critérios de avaliação de investimento, tal como a solução quanto a reajuste" (cf. in ob. cit., p. 795).

Dessa forma, passamos a responder:

1) "Em estudo junto a consulta, parece excluída a hipótese do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079, de 2004 (concessão patrocinada), pois não existe a previsão de 'tarifa cobrada dos usuários', com 'contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado'. Correto?"

A inexistência de previsão de tarifa e contraprestação do Poder Público para a implementação da concessão patrocinada parece descaracterizar o instituto previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004 (concessão patrocinada).

2) "Todavia, o art. 6º do citado projeto de lei abrange a 'sinalização vertical e horizontal' e a 'pintura de sarjetas e meio-fio' (incisos IV e V), dentre outros. Desta forma, se bem compreendida a pretensão manifestada, tais serviços são indivisíveis, o que exigiria uma solução técnica que autorizasse sua integração, de modo a permitir a adoção da concessão patrocinada? Contradizendo o disposto acima".

Em princípio, a concessão patrocinada parece inaplicável a alguns itens do art. 6º do projeto de lei sob análise.

Como forma de colaborar com a Câmara Consultante, sugerimos, naquela oportunidade, que os serviços previstos naquele dispositivo do projeto de lei (art. 6º) fossem submetidos a estudos para avaliar a indivisibilidade dos serviços e a impossibilidade (ou não) de submissão à concessão patrocinada.

Compreendemos, respeitosamente, que não houve contradição, na medida em que não houve uma conclusão peremptória sobre o art. 6º do projeto de lei.

Reafirmamos que houve uma sugestão do referido dispositivo, pois a tarifa é elemento imprescindível da concessão patrocinada, bem como a existência de "[...] um adicionamento de suma importância: o Poder Público garante ao concessionário um adicional à tarifa cobrada dos usuários, isto é, haverá sempre uma contraprestação pecuniária do parceiro público" (cf. Sidney Bittencourt, *in* *Parceria Público-Privada Passo a Passo*, 4ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 49).

Consta da resposta anterior:

"Em princípio, a concessão patrocinada seria, em tese, incompatível com esses serviços indivisíveis" (grifo nosso).

Cabe, pois, ao Município, verificar se a divisibilidade dos serviços será possível, de modo a autorizar a fixação de tarifas aos usuários.



SECRETARIA DE
GESTÃO PÚBLICA

23
cmor

3) Especificamente em relação ao projeto de lei sob exame, quais aspectos merecem ser revistos?

Cremos que as ponderações pertinentes foram realizadas no bojo da Consulta nº 0181/2021/JG/G e da presente consulta.

Essas são as considerações a serem feitas a respeito da presente consulta, sem embargo de outros entendimentos em sentido contrário, para com os quais manifestamos, desde já, o nosso respeito.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

Elaboração:


João Gabriel Lemos Ferreira

OAB/SP 145.358

Consultor Jurídico

Aprovação:


Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

OAB/SP 151.849

Diretor Jurídico