



ANÁLISE JURÍDICA

Consulente: RNGD CONSULTORIA DE NEGÓCIO LTDA

CNPJ: 23.789.939/0001-82

Referente: Análise jurídica de minuta de edital e de contrato, documentos integrantes do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI para concessão do Complexo Esportivo de Brasília.

1. Do objeto

Esta Análise Jurídica tem por objetivo avaliar os seguintes quesitos:

- a. regime de concessão;
- b. modalidade de licitação adotada;
- c. tipo de licitação selecionada;
- d. prazo de concessão;
- e. cláusulas negociais;
- f. cláusulas editalícias obrigatórias; e
- g. cláusulas contratuais obrigatórias.

2. Das condições da análise

Condição bilateral assentada entre Consulente e Consultado é a isenção da análise, firmada em bases estritamente técnico-jurídicas, sob o pálio do livre convencimento pessoal do subscritor.

Convém rememorar que a análise deste causídico e de sua equipe é circunscrita aos aspectos jurídicos e se ampara nos documentos fornecidos, que serão a seguir elencados.

3. Dos subsídios para a presente análise

Para elaboração da presente Análise, foram examinados os seguintes documentos, fornecidos pela Consulente:

- a. minuta do edital;





b. minuta do contrato;

Referidos documentos, examinados em cópia, cuja autenticidade é de responsabilidade da Consulente, serão guardados no Centro de Informação e Conhecimento – CIC, unidade administrativa que integra o Consultado.

4. Do breve relato dos fatos

O presente PMI tem por objeto a concessão do Centro Esportivo de Brasília, com estipulação de encargos ao concessionário e direitos de exploração econômica do bem público.

Para isso, faz-se necessária a devida licitação, em observância ao dever constitucional de licitar, disposto no ar. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988.

5. Dos fundamentos jurídicos

No presente tópico serão analisados os quesitos propostos à luz do ordenamento jurídico, que versa sobre as licitações e contratos e da concessão de bem público.

5.1. Regime de concessão

Num primeiro momento se faz necessário afastar o equívoco de reduzir o instituto da concessão a uma de suas espécies: a concessão de serviço público. Esse reducionismo importa na limitação das possibilidades e abrangência no emprego do instituto na delegação de atribuições eminentemente públicas.

Conceito mais amplo e que inclui tantas outras possibilidades concessórias de diversas utilidades públicas é trazido por Marques Neto:

A concessão, na acepção aqui tratada (concessão-delegação), é o instituto jurídico pelo qual o Poder Público pactua transferir a um particular um plexo de direitos (prerrogativas) e obrigações que lhes são originalmente atribuídas, não se despojando, porém, nem da obrigação concernente, nem das prerrogativas relacionadas com essa utilidade (bem, serviço,



atividade) pública. Podem ser objeto de concessões, nesse sentido, utilidades muito mais amplas do que os chamados serviços públicos.¹

Por consequência, a pluralidade de objetos implica na impossibilidade de estabelecimento de um regime único para todas as espécies de concessões, deliberando ao contrato uma margem maior de negociação e de normatividade, adaptando-se o regime a cada objeto da outorga pela Administração Pública.

Ainda conforme Marques Neto, devem ser verificados os seguintes elementos que são comuns a todas as modalidades de licitação²:

- a. delegação do exercício de prerrogativas ao particular;
- b. existência de um objetivo de interesse geral;
- c. convergência e composição de interesse;
- d. natureza obrigacional: os vínculos recíprocos e a projeção sobre direitos de terceiros;
- e. temporalidade: finitude e estabilidade da relação jurídica.

Da análise do objeto a ser concedido, infere-se que o regime de concessão que se coaduna com a situação fática é a **concessão de uso de bem público**, também denominada de **concessão administrativa de uso**, com características peculiares que justificam um tratamento separado das demais concessões.

Em relação ao embasamento jurídico da concessão de uso de bem público, não há um fundamento legal único ou de referência. No âmbito federal, a Lei nº 9.636/1998, que trata do regime jurídico dos bens da União, dispõe sobre algumas referências sobre a aplicação do regime, com destaque ao art. 18 da referida Lei.³

¹ Marque Neto, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 158.

² Da análise dos elementos comuns, tem-se que “a concessão-delegação, portanto, corresponde ao instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral ([...] regrando a convergência de interesses e disciplinando as relações jurídicas entre concedente e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por um prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas relações jurídicas têm estabilidade.”

³ Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, art. 18: Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)



Em relação ao Complexo Esportivo de Brasília, a **concessão administrativa de uso** disporá sobre o uso privativo de um bem imóvel público, de uso especial. Assim sendo, não há de se falar em prestação de serviço público, já existindo o bem anteriormente à concessão.

A concessão de uso implicará na delegação ao particular, do direito de uso privativo de bem público, não significando o seu uso exclusivo pelo concessionário, já que o Complexo poderá ser utilizado por toda a população, mediante a exploração econômica por aquele.

5.2 Da modalidade de licitação adotada

Por se tratar de concessão de uso para exploração econômica e, por isso, ser viável a competição, torna-se imperativo a realização do procedimento licitatório, em virtude do mandado constitucional do dever de licitar, disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

Como afirmado anteriormente, no regime de concessão de uso de bem público, não há um marco legal único que disponha sobre os procedimentos do regime. Seno assim, faz-se necessária a remissão a outras legislações que tratam das licitações e contratos, bem como das concessões de serviços públicos.

A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, no artigo 2º adota o critério da espécie de concessão para determinar que a modalidade de licitação a ser adotada é a **concorrência**.⁴

Por sua vez, a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 adota o critério quantitativo para a eleição da modalidade licitatória. No presente caso, pelo longo tempo da concessão, certamente os valores da outorga superarão os

§ 1º A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 2º O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

⁴ Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. 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 de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, **mediante licitação, na modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio [...]



limites das modalidades mais simples, devendo-se adotar a modalidade **concorrência**, conforme o art. 23, inc. I e II e §3º.⁵

5.3. Tipo de licitação selecionada

O tipo de licitação adotada se refere ao critério de julgamento das propostas a ser empregado. Nesse sentido, deve-se observar o que dispõe o art. 45, § 1º, no que tange os tipos de licitação estabelecidos pela Lei nº 8.666/93, que são: i) o menor preço, ii) a melhor técnica, iii) a de técnica e preço e iv) a de maior lance ou oferta.

Na concessão em tela foi selecionado o critério de julgamento de técnica e preço, cuja pontuação final será obtida por meio da equação: proposta econômica vezes 40% mais proposta técnica vezes 60%.

Entende-se que, no presente edital, o critério de julgamento é pertinente em razão da natureza do objeto, ao permitir que os licitantes apresentem diversos planos de negócio para a concessão pretendida, valorando as propostas técnicas que demonstrem mais vantajosas para a Administração Pública, conforme dispõe o art. 46 da Lei nº 8.666/93.

Em relação à desproporção atribuída aos critérios econômicos e técnicos, em observância ao art. 46, § 2º, II da Lei 8.666/93, é necessária a atribuição de pesos que servirão de base para a composição de nota final, devendo ser razoável e proporcional.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem entendimento pacífico de que a definição de pesos que valorizem a técnica em detrimento do preço, devem ser **objetivamente** justificada, devendo ser analisadas as circunstâncias que envolvem cada caso.⁶

⁵ Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

[...]

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior

[...]

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

[...]

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão-546-07/2011- Plenário. Min. Relator Augusto Sherman. Julg. em 02.03.2011.



Assim sendo, entende-se cabível e razoável a previsão editalícia que atribui pesos diferentes para a técnica e para o preço, em razão da complexidade da concessão pretendida, com poucas empresas atuando no mercado e de que a Administração deve privilegiar os licitantes que apresentarem planos de negócios inovadores, com técnicas que incrementem a exploração econômica.

5.4. Prazo de concessão

A legislação é silente quando do tratamento do prazo máximo para a concessão de uso, o que não significa que o contrato tenha prazo indefinido. Sendo assim, faz-se necessário que sejam fixados os prazos de vigência e os critérios e prazos para sua prorrogação.

O que definirá a razoabilidade do prazo de vigência do contrato será o estudo e a modelagem econômica-financeira, que indicará o tempo necessário a amortizar os investimentos demandados para a exploração econômica do bem público concedido.

5.5. Cláusulas negociais

A concessão em tela a ser celebrada pela Administração Pública e o concessionário é regida por regras de Direito Público, devendo obedecer a requisitos e formalidades legais para que possa ser firmada, vez que está presente o interesse primário do Estado. Não obstante, pela característica de cooperação entre as partes na presente modalidade contratual e a fim de tornar o negócio atrativo ao mercado, regras de direito privado poderão ser estabelecidas, por meio de cláusulas negociais, no exercício do poder discricionário estatal e que se denomina de mérito administrativo.

Assim sendo, cláusulas como, por exemplo, a forma de outorga, condições suspensivas do contrato, regras de transição, exigências de performance e qualidade do serviço e alocações de risco podem ser construídas em processos de diálogos com a iniciativa privada, por meio de apresentação de PMI, audiências e consultas públicas, sempre observadas os limites legais e a supremacia do interesse público.



5.6. Cláusulas editalícias obrigatórias

Nesse tópico serão analisadas as cláusulas do edital que, por determinação legal disposta no art. 40 da Lei nº 8.666/93, são obrigatórias. Assim, serão apresentados os dispositivos legais que versam sobre o tema e as respectivas cláusulas constantes na minuta do edital⁷:

⁷ Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;



Dispositivo legal – Lei nº 8.666/93	Cláusula da minuta do edital
Art. 40, caput	Cláusulas 1 e 4
Art. 40, inc. I	Cláusula 2
Art. 40, inc. II	Cláusulas 2, 3.6, 10 e 16
Art. 40, inc. III	Cláusula 19
Art. 40, inc. IV	Cláusula 1
Art. 40, inc. V	Anexo 8
Art. 40, inc. VI	Cláusulas 5, 6 e 11
Art. 40, inc. VII	Cláusulas 7, 8, 9, 11 e 12
Art. 40, inc. VIII	Cláusula 1.4
Art. 40, inc. IX	Não se aplica
Art. 40, inc. X	Cláusula 12.3, letra C
Art. 40, inc. XI	Cláusulas 3.2 e 3.3
Art. 40, inc. XII	Não se aplica
Art. 40, inc. XIII	Não se aplica
Art. 40, inc. XIV	Cláusula 3
Art. 40, inc. XV	Cláusula 13
Art. 40, inc. XVI	Cláusulas 16, 17 e 18
Art. 40, inc. XVII, § 2º, I	Anexo 8
Art. 40, inc. XVII, § 2º, II	Anexo 8 e cláusula 3.1
Art. 40, inc. XVII, § 2º, III	Anexo 3 e cláusula 15
Art. 40, inc. XVII, § 2º, IV	Anexos 1, 2, 4 e 5

Diante do exposto, infere-se que a minuta de edital apresentada, em relação às exigências legais dispostas no art. 40 da Lei nº 8.666/93, não apresenta omissões de dispositivos obrigatórios.

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.



5.7. Cláusulas contratuais obrigatórias

No que se refere às cláusulas exigíveis no contrato, por força do art. 55 da Lei nº 8.666/93, será utilizada a mesma metodologia empregada quando da análise das cláusulas editalícias, com a citação do dispositivo legal e a correlação com o texto da minuta do contrato:⁸

Dispositivo legal – Lei nº 8.666/93	Cláusula da minuta do contrato
Art. 55, inc. I	Cláusula segunda
Art. 55, inc. II	Anexo 5 ao contrato
Art. 55, inc. III	Cláusulas Quinta, Sexta, Décima Quinta e Vigésima Primeira
Art. 55, inc. IV	Cláusulas Décima Segunda, Vigésima Sétima e Vigésima Oitava
Art. 55, inc. V	Não se aplica, por se tratar de contrato de receita
Art. 55, inc. VI	Cláusula Vigésima
Art. 55, inc. VII	Cláusulas Sétima, Nona e Décima Primeira

⁸ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.



Art. 55, inc. VIII	Cláusula Trigésima Primeira
Art. 55, inc. IX	Cláusula Vigésima Sétima, Vigésima Nona, Trigésima, Trigésima Primeira e Quadragésima
Art. 55, inc. X	Não se aplica
Art. 55, inc. XI	Cláusula Primeira – “edital
Art. 55, inc. XII	Cláusula Segunda e Quadragésima
Art. 55, inc. XIII	Cláusula 9.2
Art. 55, inc. I	Não se aplica
Art. 55, inc. I	Cláusulas Quadragésima Primeira, Quadragésima Terceira e Quadragésima Quarta
Art. 55, § 1º	Cláusula segunda
Art. 55, § 2º	Anexo 5 ao contrato

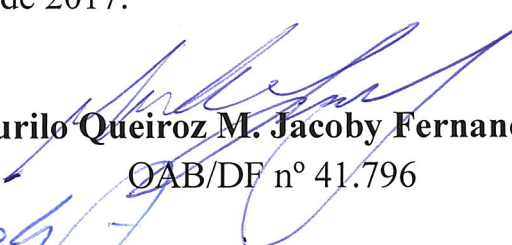
Face ao apresentado, infere-se que a minuta de contrato apresentada, em relação às exigências legais dispostas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, não apresenta omissões de dispositivos obrigatórios.

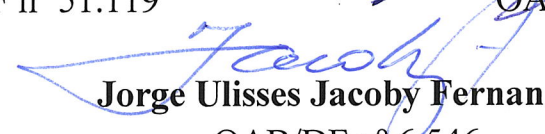
6. Conclusão

Pode-se, pois, concluir que a minuta do edital e a minuta do contrato, no que se refere a escolha do regime de concessão, a modalidade licitatória e o critério de julgamento estão em consonância com o que dispõe a Lei nº 8.666/93 e com o interesse público, estando presentes todas as cláusulas obrigatórias estabelecidas em lei, tanto na minuta do instrumento convocatório, como na minuta do contrato.

Brasília-DF, 31 de janeiro de 2017.


André Jansen do Nascimento
OAB/DF nº 51.119


Murilo Queiroz M. Jacoby Fernandes
OAB/DF nº 41.796


Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
OAB/DF nº 6.546