

PRODUTO 04: MODELAGEM JURÍDICA

MATRIZ DE RISCOS

**REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO**

**SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE
DESEMPENHO**

VERIFICADOR INDEPENDENTE

**OUTROS TÓPICOS DA
MODELAGEM JURÍDICA**

Procedimento de Manifestação de Interesse
(PMI) n° 004/2023.

Outubro de 2024

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	3
2.	MATRIZ DE RISCOS.....	5
3.	REGULAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.....	6
4.	METODOLOGIA DE CÁLCULO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	8
5.	DIREITOS, OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DO PARCEIRO PÚBLICO E PRIVADO	9
6.	FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO, SANÇÕES E PENALIZAÇÕES	11
6.1.	A fiscalização do contrato	11
6.2.	Penalidades	12
6.3.	Processo administrativo de aplicação de penalidades	14
7.	MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
7.1.	Comitê de Solução de Disputas.....	16
7.2.	Arbitragem	16
8.	DAS GARANTIAS.....	17
9.	SISTEMA DE INDICADORES E MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO	18
10.	VERIFICADOR INDEPENDENTE	19
11.	QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.....	20

1. INTRODUÇÃO

Este documento tem como objetivo apresentar , de maneira resumida, os principais tópicos da modelagem jurídica do projeto de concessão do Mercado Municipal, quais sejam: (i) a matriz de riscos, (ii) os mecanismos de regulação econômico-financeira do contrato, (iii) a metodologia de cálculos do reequilíbrio econômico financeiro, (iv) os direitos, obrigações e encargos do parceiro público e privado, (v) as penalidades, (vi) os mecanismos de resolução de controvérsias, (vii) as garantias a serem providas pelo parceiro privado, (viii) o sistema de mensuração de desempenho, (ix) o verificador independente, e (x) a qualificação técnica.

O documento contempla, portanto, os itens 5.4.3, 5.4.4, 5.4.5 e 5.4.6¹ do Produto 4: Modelagem Jurídica, conforme previsão do Termo de Referência do “Procedimento de Manifestação de Interesse para elaboração de estudos de modelagem de engenharia e arquitetura, econômico-financeira e jurídica para a reforma, requalificação, operação, manutenção e exploração do mercado municipal Germano Kurt Freissler, no município de Joinville.”

Consiste, portanto, em documento técnico que contempla todos os aspectos abordados na etapa de análise de pré-viabilidade do Projeto e estrutura-se nos seguintes capítulos: (i) contextualização jurídica; (ii) solução jurídica; e (iii) conclusão.

Importante referendar que os elementos fático-normativos que pairam sobre a Administração Pública devem observar a legalidade. Nesse sentido, a legislação brasileira, além de fornecer amparo às contratações públicas no Brasil, confere à Administração Pública diferentes arranjos e modelos para a implementação de seus projetos estruturais.

Diante do variado arcabouço jurídico-formal existente, recorda-se que compete ao Poder Público empregar a solução mais adequada de acordo com as peculiaridades do projeto e da concretude dos mais variados elementos que podem incidir sobre este, cumprindo-lhe justificar as suas escolhas com esteio na legislação aplicável, e nos princípios constitucionais dedicados à Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (art. 37 da CF/88), assim como na proporcionalidade e razoabilidade do projeto.

Dessa maneira, nos capítulos a seguir, assim como em todos os documentos que comporão o “Produto 04 – Modelagem Jurídica”, pretende-se apresentar as justificativas relativas à estrutura jurídica da licitação e da contratação aconselhadas. Concomitantemente à descrição dessa estrutura e das demais diretrizes

¹ O presente relatório tem como escopo apresentar e justificar as decisões de modelagem. As minutas de instrumentos jurídicos, em si, estão em documento próprio.

perseguidas, serão compartilhadas as razões que levaram às formulações consolidadas no modelo de concessão proposto.

2. MATRIZ DE RISCOS

Um dos aspectos que contribuem para a clareza e transparência de concessões é a correta definição dos direitos e deveres de cada uma das partes a serem considerados durante a gestão contratual, assim como a correta alocação dos riscos e da parte que deverá arcar com a os resultados da sua ocorrência.

Riscos envolvem a ocorrência de eventos desfavoráveis, imprevistos ou de difícil previsão, que oneram os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes e, muitas vezes, com implicações econômico-financeiras. Ao longo do prazo contratual, esses riscos podem se materializar.

Tradicionalmente no país, os contratos administrativos costumavam tratar a questão atinente aos riscos suportados pelo contratante e pelo contratado de maneira estanque: deslocava-os para a responsabilidade da Administração Pública ou para debaixo da tutela da Concessionária.

Com o avanço da legislação atinente às contratações públicas, a alocação de riscos ganhou notoriedade e importância. Com efeito, a Lei Federal nº 8.987/95 transmitia, em sua redação, a ideia de que todos os riscos da concessão deveriam se dar “por conta e risco”, isto é, ser alocados à Concessionária. A Lei Geral de PPPs (Lei Federal nº 11.079/04) já previu a obrigatoriedade de uma “repartição de riscos objetiva entre as partes”. Por fim, a nova Lei de Licitações e Contratos (“NLLC” - Lei Federal nº 14.133/2021) ampliou o campo de obrigatoriedade da matriz de risco, estendendo-a para os contratos de obras e serviços de grande vulto e para os regimes de contratação integrada e semi-integrada (art. 22, § 3º, NLLC).

Portanto, é um instrumento cada vez mais importante que os contratos de Concessão, geralmente associados a projetos de médio e longo prazos, tenham definidos os riscos previsíveis, com a definição de impactos negativos ou positivos sobre o projeto, estando claramente explicitados com a respectiva alocação de responsabilidades entre as partes. Tal instrumento facilita a compreensão prévia do potencial empreendedor no que se refere às eventuais situações com impactos no projeto que estarão sob a sua responsabilidade, bem como, orienta, de forma objetiva, as discussões e encaminhamentos dos eventos que acometem o objeto da concessão, em especial os que possam impactar no seu equilíbrio econômico-financeiro.

Isso é materializado através da Matriz de Alocação de Riscos que consiste no documento que discrimina de forma clara e objetiva os riscos assumidos por cada uma das partes na celebração do contrato, registrando quais os riscos serão assumidos pela Concessionária, e, ainda, os eventuais riscos cujas responsabilidades serão assumidas em conjunto, de forma compartilhada entre o Poder Concedente e a Concessionária. Como regra geral para a alocação de riscos, seguiu-se a “regra do polegar” presente na

doutrina de que os riscos devem ser alocados à parte que, na prática da execução contratual, melhor tem condições de controlá-lo ou mitigá-lo.

Evidentemente não há como esgotar todos os possíveis eventos que poderão interferir na relação contratual, ainda mais em se tratando de projeto de longo prazo, como é o caso da Concessão do Mercado Municipal de Joinville.

No caso do presente Projeto, foram elencados, nas Cláusulas 30^a, 31^a e 32^a cerca de 63 riscos – segregados em 4 categorias: ambiental, engenharia e operações, econômico-financeiro e jurídico - cuja ocorrência pode ser vislumbrada ao longo do prazo da concessão, com a respectiva alocação – ao Poder Concedente, à Concessionária ou compartilhado. A alocação baseou-se nos benchmarks estudados para confecção desse projeto – em especial o contrato de concessão do Mercado Municipal de São Paulo – e riscos específicos ao Mercado Municipal de Joinville, como o risco de enchente do Rio Cachoeira.

Fixou-se que nas hipóteses de Caso Fortuito ou Força Maior, cujas consequências não sejam cobertas por seguro disponível no mercado securitário brasileiro e em condições comerciais viáveis, as partes acordarão se haverá lugar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou à extinção da concessão, tendo-se por base as consequências dos eventos para a continuidade do objeto contratual.

Quando da extinção da concessão, serão aplicadas as regras, no que couber, bem como os procedimentos válidos para a extinção por advento do termo contratual, fazendo-se jus a Concessionária ao recebimento da indenização pela(s) parcela(s) dos investimentos relacionados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, os quais tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Por fim, fixou-se em contrato o comprometimento das partes em empregar todas as medidas e ações necessárias para minimizar os efeitos decorrentes dos eventos de Caso Fortuito ou Força Maior.

Adicionalmente, foi elaborado o anexo de Matriz de Riscos que, além de reproduzir os riscos, sua alocação e categoria, ainda elenca medidas mitigadoras ou compensatórias ao risco e a probabilidade de sua ocorrência. Ressalta-se que a probabilidade é meramente orientativa e não vincula o Poder Concedente ou a Concessionária na execução do contrato.

3. REGULAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, garante a manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei.² Trata-se do direito ao equilíbrio econômico-financeiro, o qual remete ao momento da assinatura do contrato entre o particular e o Poder Público, cujas condições devem ser preservadas durante a sua execução.³ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua equilíbrio econômico-financeiro como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”.⁴

Trata-se de garantia que opera tanto em favor do particular, como em favor da Administração Pública, sendo dever de ambas as partes contratuais. O direito à recomposição da equação econômico-financeira em favor do contratado configura-se quando há desequilíbrio a seu desfavor, ou seja, a superveniência de fatos ou atos que não estejam na sua esfera de responsabilidade e que impactem no preço contratado. Ao revés, se tal desequilíbrio favorecer a Concessionária, cabe a recomposição da equação econômico-financeira em favor do Poder Concedente. Já a ocorrência de eventos ou situações cujo risco é assumido pela Concessionária não geram o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro às partes. Isto significa que a Concessionária arca com riscos da atividade econômica – como variação de custos e do cenário econômico – porém também tem a possibilidade de captar *upsides* do projeto caso exerça a atividade econômica de forma eficiente.

Nessa linha, a minuta do contrato regra o procedimento de solicitação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, prevendo um procedimento extraordinário, que pode ser iniciado por qualquer uma das partes, bem como revisões ordinárias do contrato, a cada 5 (cinco) anos, para (i) rever as especificações

² Constituição Federal: “Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³ Neste sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que “(...) é na proposta efetuada pelo particular e aceita pela Administração que se encontra o equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado envolvidos na avença. Há satisfação do interesse público, pois a Administração seleciona a proposta que considera mais vantajosa e que atende às necessidades expostas no edital de licitação. Há satisfação do interesse privado pois o particular propõe as condições que julga economicamente exequíveis para levar a cabo as exigências formuladas pelo Poder Público. É este equilíbrio inicial que deverá ser preservado e buscado ao longo de todo o contrato.” (Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias - Critérios de aferição. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out. / dez. 2006, p. 3, grifamos). No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 644

⁴ Curso de Direito Administrativo, 22ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 619-620. No mesmo diapasão, Hely Lopes Meirelles entende por equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.” (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 1993 p.197). Marçal Justen Filho, por sua vez, define-o como “a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo. Dialética. 2009. pp. 746/749).

do objeto do contrato, em especial para incorporar eventuais avanços tecnológicos, quando for o caso, e aprimorar os serviços e as atividades objeto da concessão, em atenção ao princípio da atualidade (art. 6º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.987/95); (ii) analisar criticamente e eventualmente alterar os encargos contratuais; (iii) rever o conteúdo dos planos previstos como de apresentação obrigatória pela Concessionária; e (iv) rever os critérios e formas de avaliação da Concessionária previstos no Anexo IV do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho.

Estabeleceu-se, ainda, em contrato, que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será efetivada, a critério do Poder Concedente, mediante as seguintes modalidades: (i) prorrogação ou redução do prazo da concessão; (ii) readequação dos índices que compõem o Índice de Desempenho; (iii) revisão dos encargos e obrigações assumidos pela Concessionária, inclusive prazos vinculantes à Concessionária; (iv) revisão do valor devido a título de parcela de outorga variável ao Poder Concedente, para mais ou para menos; (v) pagamento de indenização em dinheiro; (vi) outra forma definida em comum acordo entre o Poder Concedente e a Concessionária; (vii) combinação das modalidades anteriores ou, ainda, (viii) quaisquer outras medidas legalmente admitidas e aptas a estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

4. METODOLOGIA DE CÁLCULO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Para manutenção da regra ao longo da execução contratual, e assim evitar eventuais conflitos e discricionariedade, é prevista na minuta de contrato uma metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro com base no fluxo de caixa marginal. Recomenda-se que o valor do prêmio de risco seja calculado com base no Plano de Negócios referencial realizado nos estudos deste PMI, e não no Plano de Negócios realizado pela licitante vencedora. Isso porque essa segunda metodologia poderia gerar incentivos perniciosos para que o licitante modelasse um estudo não factível, porém com TIR elevada, a fim de gerar ganhos desproporcionais nos processos de reequilíbrio.

A taxa de desconto é baseada na taxa bruta de juros utilizada para venda do título Tesouro IPCA+ com Juros Semestrais, com vencimento em 2050 (NTN-B), adicionada a um prêmio de risco, de forma que a taxa de desconto de reequilíbrio seja equivalente à TIR do modelo econômico referencial da concessão, elaborado pelo Poder Concedente (10,90% a.a.), e absorva a dinâmica inflacionária incorrida até a data do efetivo impacto do desequilíbrio (ou da data de formalização do reequilíbrio).

Trata-se de praxe do setor utilizar a diferença entre a taxa livre de risco de longo prazo (representado pelo título NTN-B) e o custo de capital do projeto, sendo o *spread* entre as taxas o ganho adicional pelo investimento na concessão. Foi escolhido aquele com vencimento em 2050 por representar o título com

vencimento de prazo mais próximo estimado para o do fim da concessão, tornando assim próxima a rentabilidade exigida para o investimento de longo prazo.

No período de três meses analisado, a taxa média de venda foi de 6,25% ao ano. Assim, a diferença para os 10,90% ao ano foi de 4,65% (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento) ao ano, sendo este o valor estabelecido na minuta de Contrato.

$$\text{Prêmio de risco} = TIR_r - R_{NTN-B}$$

Onde:

Prêmio de risco: é a taxa que iguala a Taxa de Desconto de reequilíbrio à TIR referencial do projeto;

TIR_r : é a TIR do projeto referencial;

R_{NTN-B} : é a média da taxa bruta de juros de venda do título Tesouro IPCA+ com Juros Semestrais, com vencimento em 2050, nos últimos 90 dias, de 6,25% ao ano.

5. DIREITOS, OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DO PARCEIRO PÚBLICO E PRIVADO

O rol das obrigações previstas no contrato foi elaborado tendo em vista que o objeto será executado por conta e risco da Concessionária, cabendo ao Poder Concedente a transferência da área da concessão e a sua posterior fiscalização.

Nesse sentido, o contrato dedicou o seu Capítulo IV para tratar das obrigações das partes, sendo que, de forma detalhada, estabeleceu na:

- a) Cláusula 11ª: as obrigações gerais das partes, que tem por fim estabelecer que as partes se comprometem, reciprocamente, a cooperar e a prestar o auxílio necessário ao bom desenvolvimento das atividades da Concessão;
- b) Cláusula 12ª: as regras quanto à execução do Programa de Intervenção, considerando o seu prazo máximo para conclusão (18 meses após o período de transição) e início das obras em até 12 meses do início da execução do contrato;
- c) Cláusula 13ª: regras quanto à aceitação das obras, que, em linhas gerais, define que a Concessionária deverá solicitar ao Poder Concedente a realização de vistoria, que será efetuada, em conjunto, pelas partes, por meio de representantes especialmente designados, no prazo

máximo de 30 (trinta) dias da solicitação, após o término do Programa de Intervenção (previsto no contrato); e após a realização de quaisquer obras ou serviços de engenharia;

- d) Cláusula 14ª: estabelece as relações da Concessionária com os atuais permissionários e com os futuros, inclusive com o direito de preferência para celebração dos futuros contratos e manutenção das condições atuais. Ressalta-se quanto a esse ponto, que o Termo de Referência do PMI estabelecia como condicionante *“permanência dos atuais concessionários dos boxes por no mínimo dois anos, garantindo aos mesmos o direito de preferência na locação após este período, quando ofertadas as novas condições comerciais”*. A atual modelagem considera que o prazo de permanência começa a contar a partir do término do Programa de Intervenção – sendo, portanto, mais favorável aos atuais permissionários -, a fim de considerar que eles terão dois anos com o mercado já renovado e mantidas as condições atuais;
- e) Cláusulas 15ª e 16ª: estabelecem as obrigações e proibições da Concessionária e as obrigações do Poder Concedente, respectivamente, quanto à execução do objeto, de acordo com o disposto no contrato, no edital, na proposta comercial e na legislação brasileira;
- f) Cláusula 17ª: os direitos da Concessionária, sem prejuízo e adicionalmente a outros direitos previstos na legislação aplicável;
- g) Cláusula 18ª: A disciplina da exploração de fontes de receitas no Mercado Municipal;
- h) Cláusula 19ª: as prerrogativas do Poder Concedente, sem prejuízo e adicionalmente a outras prerrogativas e direitos previstos na legislação aplicável;
- i) Cláusula 20ª: os direitos e obrigações dos usuários, além do já previsto na legislação.

Por fim, cabe salientar que a execução das atividades da concessão pode ser objeto de subcontratação, haja vista o art. 25, §1º da Lei Federal nº 8.987/1995, de atribui grande liberdade empresarial à Concessionária para definir a forma de melhor atender as suas obrigações.⁵

⁵ Sobre esse tema, apontamos algumas manifestações da doutrina: “No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez da Concessionária exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela Concessionária e não pelo Poder Concedente, não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado(grifamos).” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed.,

Em todo caso, a Concessionária responderá perante o Poder Concedente e terceiros pelos serviços subcontratados.

6. FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO, SANÇÕES E PENALIZAÇÕES

6.1. A fiscalização do contrato

A fiscalização e o gerenciamento da concessão consistem no controle das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, a obrigatoriedade de prestação de contas periódicas, e a definição do responsável pela supervisão da execução contratual, nos termos o art. 23, VII e XIII da Lei Federal nº 8.987/95.⁶

Assim, para o projeto em questão, a fiscalização da concessão abrangerá todas as atividades da Concessionária durante o prazo de vigência contratual, de modo que esta será executada pelo Poder Concedente, podendo este último se valer de apoio técnico de terceiros.

Destarte, serão fiscalizadas, em qualquer época, as áreas, instalações, locais, documentos e dados referentes à concessão e à Concessionária, incluindo estatísticas, registros administrativos e contábeis e contratos com terceiros. O objetivo principal da fiscalização consiste em supervisionar informações de natureza técnica, operacional, econômica, financeira e contábil, bem como medições e prestações de contas, conferindo, quando necessário, prazo razoável para que a Concessionária preste os esclarecimentos que lhe forem formalmente solicitados.

Caso a Concessionária se recuse a acatar as determinações realizadas pelo Poder Concedente, este poderá adotar, diretamente ou por meio de terceiros, as providências necessárias para corrigir a situação, correndo os respectivos custos por conta da Concessionária, bem como a aplicação das sanções e penalidades

p. 105)“11. Naquilo que aqui importa, é também expressa a previsão legal no sentido de que a Concessionária poderá transferir a terceiros a execução de atividades que integram o rol de escopos da concessão (ou seja, atividades necessárias para implementar e prestar os serviços concedidos). A clareza da prescrição legal não me parece admitir dúvidas sérias quanto a esta possibilidade. Diz o artigo 25, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95: (...) Ora, nos limites de minha capacidade de cognição não consigo ver possibilidade de se sustentar que, no regime da Lei Federal nº 8.987/95, não possa o Concessionária contar com terceiros (portanto sem vínculo com o licitante vencedor ou com os controladores da Concessionária) para executar parcelas integrantes do rol de atividades que integram a concessão (lembremos o texto legal: atividades inerentes ao serviço concedido). Se a lei faculta esta possibilidade (e ela não se refere apenas a parcelas anclares ao escopo principal), não poderá o edital ou o contrato interditar essa possibilidade à Concessionária.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Admissão de atestados de subcontratadas nomeadas licitações para concessão de serviços público. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 238, p. 121-130.)

⁶ Lei Federal nº 8.987/95: “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; (...) XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da Concessionária ao Poder Concedente;”

pertinentes, sejam elas judiciais ou no âmbito do próprio contrato de concessão. O que se deve clarificar é que a fiscalização assim posta não se trata de um vigiar e punir administrativo. Ou seja, a fiscalização não implica – necessariamente – numa atividade sancionatória. Sem prejuízo, esta atividade pode existir e, caso impere, será consequência da fiscalização, exteriorizando-se de forma correlata.⁷ Válido acrescentar que o Poder Concedente, poderá, ainda, utilizar-se do apoio técnico de terceiros para auxiliá-lo no acompanhamento da execução do Contrato. Esta possibilidade, por sua vez, decorre da própria Lei Geral de Concessões, ao estabelecer que a fiscalização das concessões realizar-se-á com a cooperação dos usuários, consoante o disposto no art. 3º da mencionada Lei.⁸

6.2. Penalidades

As penalidades pelo inadimplemento contratual contam com um capítulo próprio – o Capítulo XIII - no contrato, que, em linhas gerais, estabelece que descumprimento do contrato, bem como das normas da legislação e regulamentação aplicáveis pela Concessionária, ensejará, sem prejuízo das responsabilidades civil e penal e de outras penalidades previstas na legislação e na regulamentação vigentes, a cominação, isolada ou concomitantemente, das penalidades fixadas no referido contrato.

Procurou-se estabelecer gradações que pudessem abranger distintas infrações por parte do parceiro privado, conforme a gravidade e culpabilidade da infração cometida. Foram, assim, estipulados quatro tipos diferentes de sanções, variando conforme a natureza “Leve”, “Média”, “Grave” ou “Gravíssima” da conduta da Concessionária.

Destarte que a infração será considerada “Leve” quando decorrer de conduta praticada pela Concessionária cujo potencial de dano não impacte diretamente o objeto. As penalidades cabíveis nesse caso consistirão em advertência por escrito, bem como na aplicação multa no valor de até 0,01% (um centésimo por cento) do valor do contrato, caso haja reincidência de uma mesma conduta que caracterize infração leve dentro do período de 4 (quatro) meses consecutivos.

⁷ Interessante anotar a visão de Egon Bockmann Moreira sobre o tema em liça, a respeito do poder de fiscalização e a sua instrumentalidade ao dever de garantir a adequada prestação do serviço: Para assegurar o serviço a todo o universo de usuários (reais e potenciais), o concedente há de se coordenar com o projeto de concessão e suas variações. Essa convivência diligente não importa apenas a inspeção do comportamento alheio, mas implica a responsabilidade específica de fazer o que é devido a fim de que o projeto seja bem executado e tenha sucesso. Só o real cumprimento do contrato revelará se foi adequada a escolha daquele modelo de concessão, e isso será exposto pela respectiva fiscalização. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 173.)

⁸ Lei Federal nº 8.987/1995: Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

A infração será considerada “Média” quando decorrer de conduta praticada pela Concessionária, cujo potencial de dano impacte diretamente o objeto. Para além da advertência por escrito, está prevista a incidência de multa valor de até de 0,01% (um centésimo por cento) a 0,1% (um décimo por cento) do valor do contrato.

Configura-se como infração “Grave”, para fins do contrato, quando decorrer de conduta praticada pela Concessionária da qual se constate prejuízo econômico em detrimento do Poder Concedente. Para tais casos, será adotada advertência por escrito, aplicação de multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor do contrato, bem como a suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimentos de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 (dois) anos.

Por fim, a infração será considerada “Gravíssima” quando o Poder Concedente constatar, diante das características do serviço prestado e do ato praticado pela Concessionária, que suas consequências se revestem de grande lesividade ao interesse público, prejudicando o meio ambiente, o erário ou a própria continuidade do objeto da concessão. Para tais situações, será aplicada multa no valor de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor do contrato, suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 (dois) anos e/ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

O valor das penalidades foi definido considerando (i) a proporcionalidade da gravidade das infrações e; (ii) resulte em um valor final que, ao mesmo tempo, seja suficiente para inibir a ocorrência das infrações, mas, por outro lado, não prejudique a capacidade financeira da Concessionária de modo que inviabilize o prosseguimento da Concessão.

Isto posto, sem prejuízo da aplicação das penalidades discriminadas no presente Relatório, a reiteração, no tempo, do inadimplemento contratual pela Concessionária conferirá ao Poder Concedente a prerrogativa de cominar multa moratória, observados os seguintes intervalos:

a) no mínimo R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta) e no máximo R\$ 700,00 (setecentos reais) por dia, até a efetiva regularização da situação que caracterize infração de natureza leve ou média; e

b) no mínimo R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais) e no máximo R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos) por dia, até a efetiva regularização da situação que caracterize infração de natureza grave ou gravíssima.

Como forma de facilitar a aplicação de penalidades e em prol da transparência para com a Concessionária, ficou estabelecido no contrato limites de penalidades para determinadas infrações as quais, para fins de melhor organização do instrumento contratual, foram em anexo próprio. Trata-se de medida que, inclusive, angaria maior segurança às partes, uma vez que a referida cláusula insere na estrutura contratual um rol taxativo de condutas e suas respectivas sanções. Entretanto, cabe a ressalva de que a referida lista não afasta a aplicação de penalidade a condutas que não estejam arroladas.

Por fim, o Poder Concedente, quanto à definição das espécies de penalidade, às multas e às dosimetrias mencionadas, levará em consideração as circunstâncias de cada caso de maneira motivada, observando, sempre, a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, garantindo ainda o direito à ampla defesa e ao contraditório por parte da Concessionária.

6.3. Processo administrativo de aplicação de penalidades

Sempre assegurados os preceitos do contraditório e da ampla defesa, mediante a instauração do competente processo administrativo, a Concessionária poderá sofrer sanções administrativas em virtude da incursão de uma infração. A sanção, nesse caso, corresponderá à direta e imediata consequência jurídica a ser imposta no exercício da função administrativa.

O processo administrativo previsto no Contrato foi construído por uma lógica sequencial que enuncia um encadeamento de atos até a aplicação da penalidade, assegurado o contraditório e o exercício do direito à ampla defesa, garantindo-se, ainda, ao interessado a produção de provas, a apresentação de alegações e a interposição de recursos.

Saliente-se que o processo de aplicação de penalidades terá início com a lavratura do auto de infração correspondente pelo Poder Concedente, contendo os detalhes da infração cometida, a indicação da sanção potencialmente aplicável, bem como de prazo para regularização da falha geradora da infração. Após tal lavratura, a Concessionária será intimada para apresentação de defesa prévia, no prazo de 15 (quinze) dias úteis. Há a possibilidade de a Concessionária sanar a falha em prazo razoável cominado pelo Poder Concedente, nunca inferior a 5 (cinco) dias úteis.

Durante a instrução processual, a Concessionária pode requerer diligências e perícias, assim como pode anexar aos autos documentos e pareceres. Por fim, cabe ainda prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentação das alegações finais. Após o encerramento da instrução, o Poder Concedente decidirá sobre a matéria objeto do processo, cabendo a este realizar a devida motivação.

A Concessionária possui, ainda, a faculdade de interpor recurso para a autoridade superior ou apresentação do pedido de reconsideração, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da intimação do ato, conforme disciplinado nos artigos 166 a 168 da NLLC.

Caso a sanção imposta implique no pagamento de multa, a Concessionária terá 10 (dez) dias úteis para realizar o pagamento; período que, findo, implicará na atualização do débito pelo índice de reajuste e acréscimo de juros moratórios de 1% ao mês.

Faculta-se, ainda, ao Poder Concedente a concessão de período adicional para correção das falhas, com suspensão dos processos sancionatórios. Essas disposições têm como finalidade privilegiar o cumprimento da finalidade pública e da função social do contrato, de interesse dos cidadãos e dos usuários do Mercado Municipal.

7. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O regime contratual apresenta o mecanismo da mediação como alternativa de resolução dos conflitos surgidos entre as partes, conforme a autorização conferida pelo art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/1995. Os mecanismos alternativos de solução de disputas privilegiam a composição do conflito pelas partes antes destas se socorrerem à jurisdição do Estado.

Há, com efeito, uma valorização ao cumprimento do princípio constitucional da eficiência, uma vez que, esta regra visa à solução de questões no menor espaço de tempo, privilegiando a redução de gasto do dinheiro público.⁹ Para o projeto em questão, a resolução de controvérsias foi contemplada por meio da previsão das seguintes instâncias: Comitê de Solução de Disputas, em linha com o disposto na Lei Municipal nº 9.097/22, e a Arbitragem, conforme autorizado pela Lei Federal nº 9.307, de 1996. Naturalmente, nenhum desses mecanismos exclui a possibilidade de que as partes recorram ao Poder Judiciário para a solução de conflitos.¹⁰ Por outro lado, tais mecanismos de solução de conflitos somente poderão versar sobre direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública.

⁹ Sobre o assunto, na definição de José dos Santos Carvalho Filho: “O núcleo do princípio [eficiência] é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 31.)

¹⁰ CF, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

7.1. Comitê de Solução de Disputas

Nos termos do Contrato, poderá ser instaurado Comitê de Solução de Disputas para a resolução de conflitos de execução contratual. Esse mecanismo é previsto na Lei Municipal nº 9.097/22, e a sua aplicação para contratos de obras públicas, permissão e concessão é presumida, de modo que a sua não utilização deverá ser justificada.¹¹

O Comitê de Solução de Disputas terá, conforme facultado pela lei, caráter híbrido. Isso significa que os pareceres do Comitê poderão ter natureza revisora – isto é, não vinculante – ou adjudicativa – vinculante – às partes. No caso concreto, a parte que provocar a atuação do Comitê decidirá a natureza do parecer por ele expedido.

O Comitê é composto por três membros, sendo um representante do Poder Concedente, um representante da Concessionária e um terceiro escolhido por comum acordo, dentre profissionais independentes, de reputação ilibada e notório conhecimento técnico.

A atuação do Comitê poderá ser substituída, por acordo das partes, pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou por câmaras de mediação credenciadas no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

7.2. Arbitragem

Não aceitando as partes a solução proposta pelo Comitê de Solução de Disputas, ou não havendo sequer acordo quando à instauração dessa seara decisória, poderá ser iniciado procedimento arbitral.

A Lei Federal nº 8.987/1995 permite expressamente a utilização da arbitragem para solução de conflitos decorrentes dos contratos de concessão, previsão que foi reforçada com a publicação da Lei Federal nº 13.129/2015, que alterou a Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), deixando expressa a possibilidade de utilização da arbitragem por entidades da Administração Pública direta e indireta, com o escopo de mediar conflitos atinentes a direitos patrimoniais disponíveis.

A minuta de contrato estabelece que serão dirimidas por arbitragem as controvérsias decorrentes ou relacionadas ao contrato, sem definir, a priori, qual será a Câmara competente. Deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro, sendo vedado o juízo por equidade. Convém observar

¹¹ Art. 1º, §2º da Lei Municipal nº 9.097, de 2022

que poderá ser escolhida Câmara de Arbitragem diversa daquela previamente definida no contrato, mediante comum acordo entre as partes.

O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, sendo observadas, quanto ao procedimento, as disposições da Lei Federal nº 9.307/1996.

Em relação aos custos do procedimento arbitral, estes caberão à parte vencida, vedada a condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora. Na hipótese de procedência parcial do pleito levado ao Tribunal Arbitral, os custos serão divididos entre as partes, na proporção da sucumbência de cada uma, em conformidade com o aquilo que for definido pelo Tribunal Arbitral.

Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Um último ponto deve ser atentado: as decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

8. DAS GARANTIAS

A Lei Federal nº 14.133/21 e a Lei Federal nº 8.987/1995 admitiram a possibilidade de se exigir, nos contratos por elas regidos, garantia do contratado em favor da Administração Pública.¹² Para essa finalidade, a minuta de contrato prevê a prestação de garantia de execução do contrato pelo privado, nas modalidades caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro garantia, como condição precedente à assinatura do contrato de concessão. Verifica-se que foram previstas as modalidades de garantia admitidas na Lei Federal nº 14.133/21.

O valor da garantia a ser prestada pelo adjudicatário correspondente ao primeiro limite legal, qual seja, 5% (cinco por cento) do valor do contrato (art. 98, *caput*, da NLLC).

Relativamente à garantia de execução prestada na modalidade fiança bancária, é importante justificar os requisitos trazidos na minuta de contrato quanto à classificação das instituições financeiras aptas a prestá-la (classificação em escala nacional superior ou igual a "Aa2.br", "brAA" ou "A(bra)", conforme divulgado pelas

¹² NLLC, Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.
Lei 8.987/95: Art. 18: XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.

agências de risco Moody's, Standard & Poors ou Fitch). Esse tipo de exigência tem sido uma prática comum adotada dos recentes contratos de concessão e parcerias público-privadas licitados no país, e tem por objetivo confirmar a robustez das entidades que firmarão o compromisso de garantir as obrigações da Concessionária perante o Poder Concedente.

9. SISTEMA DE INDICADORES E MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO

Com o intuito de gerar incentivos para que o parceiro privado execute as obrigações com o nível de serviço desejável, o Anexo IV do Contrato estabelece o Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD). O SMD complementa o Caderno de Encargos e estimula a ótima execução contratual por meio de incentivos financeiros.

O SMD produz o Fator de Desempenho (FD), variável entre zero e 1, que compõe o cálculo da Outorga Variável, a fim de promover incentivos econômicos para a manutenção dos serviços nos níveis de qualidade desejados. A aferição do SMD é trimestral, sendo a média simples das medições realizadas em um dado ano calendário utilizada para fins de cálculo da Outorga Variável.

Para o cálculo do FD, são considerados três Índices de Desempenho: (i) Índice de Operação, que contém os indicadores de Limpeza e de Vigilância; (ii) Índice de Manutenção, que contém o indicador de Conservação e Manutenção; e (iii) Índice de Conformidade, que contém o indicador de Conformidade, conforme a seguinte ponderação:

ÍNDICE DE DESEMPENHO	INDICADOR	PESO DO INDICADOR NO FD	RESPONSÁVEL PELAS INFORMAÇÕES
Índice de Operação (IO)	Indicador de Limpeza (L)	30%	VERIFICADOR INDEPENDENTE
Índice de Satisfação do USUÁRIO (IS)	Indicador de Satisfação do USUÁRIO (SU)	30%	VERIFICADOR INDEPENDENTE
Índice de Manutenção (IM)	Indicador de Conservação e Manutenção (CM)	30%	VERIFICADOR INDEPENDENTE
Índice de Conformidade (IC)	Indicador de Conformidade (CF)	10%	VERIFICADOR INDEPENDENTE

Cada indicador possui uma tabela de ocorrências a serem observadas pelo Verificador Independente, resultando em pontuação que, por sua vez, é ponderada conforme pesos preestabelecidos no cálculo do FD.

Adicionalmente, a fim de promover incentivos à ampliação da área bruta locável do Mercado, bem como a subsequente ativação comercial, foi incluído o Índice de Ponderação, que proporciona (mediante cumprimento de metas estabelecidas) desconto no valor da Outorga Variável por meio de adição no cálculo do FD. Esse índice é composto pelos indicadores de ampliação da Área Bruta Locável – que busca estimular que a Concessionária construa os anexos presentes no projeto referencial – e pelo indicador de ativação comercial – que busca incentivar uma maior promoção da diversidade de atividades e ocupação da ABL do Mercado Municipal.

10. VERIFICADOR INDEPENDENTE

O verificador independente é nova metodologia de acompanhamento de contratos de longa duração, que tem como estruturas de governança, ao invés de políticas de mero controle.

Neste novo desenho, é alocado a um terceiro neutro a base de equilíbrio contratual. Trata-se portanto, de um mecanismo negocial e consensualizador – em linha com outras cláusulas de contratação modernas, tais como os mecanismos extrajudiciais de solução de disputas e a matriz de risco – o que aumenta o campo de atuação democrático dos serviços concedidos.

O verificador independente tem, portanto, o papel de técnico que afere o cumprimento das obrigações e dos indicadores de desempenho da concessão. Como consequência dessa aferição, seria responsável por definir o valor da outorga variável a ser paga pela Concessionária ao poder concedente. sendo o fiel da balança no momento de aquilatar a remuneração variável paga pelo poder concedente. Importante destacar que o verificador independente não substitui as figuras do fiscal e do gestor do contrato, que se mantem necessárias e obrigatórias em todas as contratações, inclusive nas concessões.

O Tribunal de Contas da União (“TCU”) tem se debruçado sobre a figura do verificador independente e traçado diretrizes para sua regular contratação. O Tribunal, ao tratar e concessões de vias federais, entendeu que:

- a) a fiscalização do cumprimento das condições da concessão e das cláusulas contratuais pelas Concessionárias cabe ao poder concedente, o que deve ser feito por ele ou por entes conveniados;
- b) o estabelecimento da independência e isenção do avaliador, quando contratado e remunerado diretamente pela Concessionária, escapa da jurisdição do poder concedente e do TCU;
- c) há risco na atuação efetiva e independente do verificador quando remunerado pela Concessionária.

Nesse passo, muito embora não vincule os demais entes federados, as diretrizes do TCU atuam como métrica de governança para a contratação dos verificadores independentes.

No presente projeto de concessão do Mercado Municipal, considera-se que o contrato de concessão será de simples aferição e fiscalização. Também, orientou-se pela premissa de que a Administração Municipal não vê como conveniente ter custos com o contrato de concessão, e a contratação de um verificador independente representaria um custo, ainda que indireto, decorrente do contrato.

Por tais motivos, entende-se e disciplinou-se no contrato que a contratação do verificador independente seja facultativa à Administração Municipal. Caso ela não ocorra, a aferição dos indicadores poderá ocorrer diretamente pelo Poder Concedente. Caso a Administração Municipal contrate um Verificador Independente, o custo estimado será de cerca de R\$ 180 mil ao ano.¹³

Ressalta-se, por fim, que o papel do verificador independente não se confunde com o da auditoria contábil e financeira. Esta última, regulada pelas normas da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), tem a missão de averiguar se as demonstrações da Concessionária foram elaboradas de acordo com as normas contábeis vigentes e se estão, nos limites técnicos de atuação do auditor, livre de distorções relevantes.

11. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A qualificação técnica envolve a aptidão e conhecimento prático do licitante para execução do objeto do contrato, reunindo o conjunto de condições técnicas e/ou profissionais que comprovem tal capacidade, objetivando afastar o risco de se sagrarem vencedoras da licitação empresas desprovidas da qualificação técnica adequada, e sem, todavia, criar barreiras intransponíveis para os licitantes aptos a executarem com sucesso a futura concessão.

Tradicionalmente, tal requisito é aferido por meio da avaliação de atestados comprobatórios de experiências pretéritas dos proponentes, que podem dizer respeito à pessoa do licitante (qualificação técnico-operacional) ou ao quadro técnico de profissionais que a compõe (qualificação técnico-profissional).

No caso, a habilitação técnica prevista no instrumento convocatório proposto, considerou como critério o escopo do contrato, considerando, inclusive, a complexidade do seu objeto. Exigiu-se dos concorrentes a apresentação de atestado que comprovem sua qualificação técnico-operacional.

¹³ Valor calculado com base no contrato N.º35/2022-SGM, da Prefeitura de São Paulo.

Nesse sentido, para efeito da qualificação técnico-operacional, o impôs-se a apresentação de atestado que comprove a aptidão para o desempenho da atividade, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, o(s) qual(is) comprove(m) que o licitante tenha realizado obras em edificações ou atuado na operação, gerenciamento e manutenção de instalações com área construída de, no mínimo, 778m², ou, ainda ter atuado na administração e exploração de espaços comerciais com ABL de, no mínimo, 377 m².

As áreas acima correspondem a 20% de, respectivamente, da área construída e da ABL do Mercado Municipal, considerando o projeto arquitetônico referencial após a reforma. Ainda, em observância ao art. 15, §1º, da NLLC, estipulou-se que, caso o licitante seja um consórcio, as áreas deverão ser acrescidas em 20%. Tais percentuais têm como objetivo garantir que os licitantes terão qualificação e expertise para a execução do objeto, ao mesmo tempo em que garantem a competitividade do certame licitatório.