

PRODUTO 04: MODELAGEM JURÍDICA

ANÁLISE DE VIABILIDADE

Procedimento de Manifestação de Interesse
(PMI) nº 001/2025

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	4
2.	VIABILIDADE JURÍDICA.....	6
2.1.	Modalidade de delegação adequada ao Projeto e seu contexto	6
2.2.	Aspectos regulatórios	9
2.2.1.	Autorização Legislativa	9
2.2.2.	Qualificação técnica no Edital de Licitação.....	13
2.3.	Aspectos ambientais	15
2.4.	Aspectos urbanísticos	16
2.5.	Aspectos tributários	17
3.	ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL DO PROJETO	18
4.	ALTERNATIVAS DE MODELAGEM JURÍDICA.....	21
4.1.	Concessão Comum.....	21
4.2.	Concessão de Uso de Bem Público	24
4.3.	Concessão Patrocinada	25
4.4.	Concessão Administrativa.....	26
5.	PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONTRATO ENTRE O PARCEIRO PÚBLICO E O PARCEIRO PRIVADO .	27
5.1.	Encargos, obrigações e direitos do Parceiro Público e do Parceiro Privado.....	27
5.2.	Fiscalização e gerenciamento	30
5.3.	Sanções e penalidades	31
5.4.	Mecanismos de Resolução de Controvérsias.....	32
5.4.1.	Comitê de Prevenção e Solução de Disputas	32
5.4.2.	Arbitragem.....	33
5.5.	Estrutura de Garantias	34
5.5.1.	Garantias providas pelo Parceiro Privado	34
5.5.2.	Garantias providas pelo Poder Público.....	36

6. CONCLUSÃO.....	39
ANEXO I – MINUTA DO PROJETO DE LEI.....	41

1. INTRODUÇÃO

Este documento tem como objetivo apresentar a análise preliminar sobre a viabilidade jurídica institucional, legal e regulatória do projeto de concessão para a construção, gestão, operação, manutenção e exploração de um novo ginásio poliesportivo, denominado “Ginásio de Esportes”, no Município de Joinville (“Projeto”). Contemplará os aspectos regulatórios ambientais, urbanísticos, tributários, com olhar para a legislação federal, estadual e municipal aplicável.

O documento consolida o Produto 4: Modelagem Jurídica, conforme previsão do Termo de Referência do Procedimento de Manifestação de Interesse “[...] estudos de modelagem de engenharia e arquitetura, econômico-financeira e jurídico-institucional para a construção, gestão, operação, manutenção e exploração de um novo ginásio poliesportivo, doravante denominado ‘Ginásio de Esportes’ [...]”.

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: 1) Viabilidade Jurídica, no qual são analisados os aspectos jurídicos, regulatórios, ambientais, urbanísticos e tributários que deverão ser considerados nas demais etapas de modelagem do projeto; 2) Aspectos Procedimentais, no qual é apresentada uma síntese do procedimento que será observado pela Administração Pública anteriormente à publicação do edital; 3) Alternativas de Modelagem Jurídica, no qual é justificada a utilização do modelo de contratação de Parceria Público Privada (PPP) na modalidade concessão administrativa frente às demais modalidades possíveis; e 4) Principais Aspectos do Contrato entre o Parceiro Público e o Parceiro Privado, em que são apresentadas algumas considerações relativas às obrigações entre as partes, a fiscalização da concessão, o sistema de sanções e penalidades, os mecanismos de resolução de controvérsias e, por fim, a estrutura de garantias do projeto.

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

A seguir apresenta-se um quadro com os itens exigidos pelo Termo de Referência do Edital do PMI e a correspondência nas seções deste produto.

ITEM EXIGIDO – PRODUTO 4	SEÇÃO CORRESPONDENTE NO DOCUMENTO
5.4.1.1. Análise jurídico-institucional, legal e regulatória pertinentes ao projeto, levando em conta o modelo de contratação e operação escolhido, contemplando aspectos regulatórios ambientais, urbanísticos, tributários e quaisquer outros aspectos de natureza jurídicos regulatórios aplicáveis, municipais, estaduais e federais.	Seção 2
5.4.1.2. Análise dos fatores jurídicos, técnicos e procedimentais da Administração Pública Municipal necessários e condicionantes da publicação do edital do projeto, indicando as ferramentas jurídicas necessárias para as soluções propostas e formulando suas respectivas minutas, inclusive para fins de alteração legislativa, caso necessária.	Seção 3
5.4.1.3. As alternativas de modelagem jurídica sugerida e formas de contratação sugeridas deverão partir da premissa de concessão patrocinada, considerando o modelo sugerido no presente PMI, e a sugestão da modalidade de contratação deverá estar embasada em avaliação jurídica da viabilidade de modelos institucionais alternativos ou complementares para o financiamento e a implantação do projeto.	Seção 3
5.4.1.4. Descrição detalhada de direitos, obrigações e encargos do parceiro público e do parceiro privado.	Seção 5
5.4.1.5. Estruturação de sanções e penalizações, mecanismos de fiscalização, mecanismos de resolução de controvérsias e sugestão de estrutura de garantias a serem providas pelo parceiro privado e pelo poder concedente.	Seção 5
5.4.1.6. Análise dos impactos jurídicos da concessão da Arena Joinville com relação aos permissionários existentes (não relacionado com o mando de campo), detalhando os riscos jurídicos, eventuais custos indenizatórios, e as soluções jurídicas adequadas para minimização de riscos e danos.	Não se aplica

2. VIABILIDADE JURÍDICA

2.1. Modalidade de delegação adequada ao Projeto e seu contexto

O art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB/88” ou “CF/88”) prevê que os serviços públicos serão prestados pelo Poder Público de forma direta ou indireta, neste último caso através de concessão ou permissão, e sempre através de licitação pública. Este é o dispositivo constitucional que permite a delegação de serviços a parceiros privados no ordenamento jurídico brasileiro, a qual se dá por meio de diferentes modalidades e institutos.

Nesse sentido, a Lei Federal n.º 8.987/1995 (“Lei Geral das Concessões”) disciplina os institutos da concessão comum e permissão de serviços públicos, enquanto a Lei Federal nº 11.079/2004 (“Lei das PPPs”) normatiza os institutos da concessão patrocinada e administrativa. A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, além da cobrança de tarifa dos usuários, ao passo que a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta.

De maneira objetiva, entende-se que o Projeto encontra aderência à Lei das PPPs e está elegível a uma concessão administrativa pelos seguintes motivos principais:

- i. O Projeto não encontraria subsunção na concessão comum e patrocinada, visto que desprovido de receitas tarifárias e autossustentabilidade econômico-financeira;
- ii. Por outro lado, tem-se a aplicabilidade da concessão administrativa, visto que:
 - a) o objeto não se enquadra nas vedações previstas no §4º do art. 2º da Lei das PPPs; e
 - b) o objeto envolverá não apenas a realização de obras de construção de um Novo Ginásio de Esportes, mas também as atividades de gestão do equipamento e operação dos serviços de limpeza e manutenção (*facilities*) e, portanto, a Administração Pública encontra-se em posição de usuária direta do serviço, em conformidade com o conceito legal de concessão administrativa previsto no §2º do art. 2º da Lei das PPPs.

Essas são as razões que induzem – num juízo inicial – à conclusão pela aplicabilidade da concessão administrativa enquanto modalidade contratual do Projeto. A comparação mais pormenorizada com outras modalidades contratuais ocorrerá no tópico 4 deste documento.

Nesse sentido, ressalta-se que a Parceria Público-Privada (PPP) é instituto já bastante utilizado no direito brasileiro, inclusive na modalidade de concessão administrativa. Como já colocado, a concessão

administrativa, conforme estabelece o art. 2º, §2º, da Lei Federal nº 11.079/2004, é um tipo de contrato de parceria público-privada (PPP) em que a Administração Pública figura como usuária direta ou indireta dos serviços prestados — ainda que esses serviços envolvam a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens.

Em termos práticos, a Administração Pública realiza pagamentos periódicos ao concessionário pelos serviços contratados. Esses pagamentos, no entanto, podem ser complementados por outras fontes de receita, como receitas acessórias, alternativas, complementares ou provenientes de projetos associados.

Ao contrário da concessão comum, a concessão administrativa pode ter como objeto uma atividade de interesse público que não necessariamente se enquadra na definição clássica de serviço público. Como aponta a doutrina especializada, *“o objeto da concessão pode ser qualquer serviço de responsabilidade do Poder Público, seja ele prestado diretamente aos cidadãos ou voltado ao suporte das atividades da própria administração, podendo ser divisível ou indivisível”*.¹

Em tal tipo de contrato, a empresa privada passa a atuar em seu próprio nome, por sua conta e risco, enquanto o Estado reserva para si as atividades de regulação e de fiscalização do serviço prestado.

A celebração de uma PPP tem como principal objetivo o aumento na eficiência da prestação do serviço. Esse aumento é ocasionado por um alinhamento de interesses com o parceiro privado, gerado por meio da transferência de parcela dos riscos ao parceiro privado e pelos incentivos adequados na sua remuneração. Essa maior eficiência na prestação dos serviços traz um duplo benefício para a população: de um lado, há uma melhoria da qualidade dos serviços e a ampliação na cobertura; de outro, há a redução dos custos, o que desonera o orçamento e libera o ente estatal para a aplicação de recursos em áreas nas quais a necessidade é maior.

Adicionalmente, as PPPs contribuem para a dinamização da economia, gerando empregos e estimulando o desenvolvimento de novas tecnologias e práticas de gestão. A participação do setor privado também pode trazer inovações e melhorias nos serviços, uma vez que as empresas concessionárias têm incentivos para buscar soluções mais eficientes e inovadoras.

No presente caso, cujo contexto envolve a construção de um novo equipamento e a futura operação e manutenção dele, observa-se ainda mais vantagens na utilização do modelo de PPP. Já que é o mesmo

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 178.

parceiro privado que se encarregará da construção e da operação do ativo, a concessionária buscará integrar essas fases com a maior eficiência possível, visando uma minimização de custos global do projeto.

É o que estudos acadêmicos da área apontam, conforme Cláudio José Oliveira dos Reis e Sandro Cabral em publicação acadêmica da Revista de Administração Pública da FGV EBAPE:

(...) observa-se que modalidades de PPP em que há maior integração de atividades por parte do setor privado favorecem a eficiência produtiva (European Commission, 2003; IMF, 2004; World Bank, 2012). De acordo com Hart (2003), as modalidades BOT e DBOT estão associadas ao fato de o parceiro privado ser o responsável ao mesmo tempo pela construção do equipamento e operação do serviço público, o que é comumente chamado de modalidade bundling. Nessa perspectiva, de acordo com o World Bank (2012), a integração completa (bundling) possibilitada pelas PPP estimula o parceiro privado a finalizar cada uma das fases do projeto (construção, operação e manutenção) com mais eficiência operacional, minimizando os custos totais gerados na provisão do equipamento e serviço público. Na verdade, a integração entre construção e operação cria incentivos adicionais para mitigar comportamentos que levam à deterioração na qualidade ex post (Cabral e Saussier, 2013).

Esclarecidas tais vantagens do modelo contratual de uma PPP, ressalta-se que a Lei Federal de PPPs não afasta, no entanto, a aplicação de outras normas estaduais e municipais específicas. É importante observar, portanto, que este projeto observará a aplicação, no que competir, da Lei Federal nº 11.079/2004, subsidiariamente, da Lei Federal nº 14.133/21 (Lei Geral de Licitações e Contratos).

Assim, no plano estadual, a Constituição Estadual de Santa Catarina disciplina, em seu artigo 112, V, que *“compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”*. Ainda que reflita mandamento insculpido no artigo 3, I, da Carta Maior, é inquestionável, portanto, a competência municipal para organizar e prestar, inclusive por meio de concessão, os serviços públicos de interesse local.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por sua vez, editou a Instrução Normativa TC nº 22/2015, a qual estabelece os procedimentos que os entes sob seu controle (Estado de Santa Catarina e seus Municípios) devem observar quando do planejamento, licitação, contratação e execução de concessões comuns e parcerias público-privadas. A instrução normativa estabelece um conteúdo mínimo de instrução de um processo de licitação de concessão comum ou PPP, bem como um procedimento de análise deste processo pelo Tribunal.

No âmbito municipal, o município de Joinville instituiu, por meio da Lei Municipal nº 9.048/21 o seu Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas. Esta lei disciplina sobre normas gerais, assim como regras de governança dos projetos correspondentes.

Pondera-se, ainda, que uma PPP de concessão administrativa que envolvem obras e prestação de serviços em equipamentos esportivos e culturais não será novidade no direito brasileiro. Neste sentido, é possível referenciar as concessões administrativas de outros estádios e arenas esportivas, como a Arena Fonte Nova na Bahia² e o Mineirão em Minas Gerais.³

2.2. Aspectos regulatórios

A concessão de arenas, ginásios e equipamentos esportivos em geral não está sujeita à regulação de uma agência estatal, seja ela federal, estadual ou municipal. Neste contexto, o contrato de concessão assume papel central de pacto regulatório. Será por meio dele que as principais obrigações e direitos das partes serão estabelecidos. Neste mesmo sentido, preceitua a doutrina:⁴

Especialmente importante em relação ao conteúdo da lei federal é o fato de que, no seu art. 1º, ela reconhece o caráter normativo do contrato de concessão, referindo-se ao fato de que a juridicidade de cada concessão se dá no plano de articulação entre as suas normas (regime geral da concessão de serviço público), as normas constantes de lei específica disciplinadora do serviço ou de cada concessão e as normas do pacto concessório ou, nos termos da lei, “[as] cláusulas dos indispensáveis contratos”. Tal prescrição reforça o caráter que vislumbramos no contrato de concessão, entendido como um contrato relacional que se caracteriza por ser um acordo regulatório que tem o condão de equilibrar os interesses envolvidos em cada concessão.

Nesse sentido, o contrato de concessão deverá reger e abordar procedimentos relativos à implantação, operação e manutenção do Novo Ginásio de Esportes, seja em seu próprio clausulado ou por meio de anexos com documentos técnicos. Logicamente, deve estar em linha com legislação e normas técnicas aplicáveis, as quais serão abordadas em subtópicos posteriores, bem como à lei que regula as concessões e PPPs no Município de Joinville, a já mencionada Lei Municipal nº 9.048/2021.

2.2.1. Autorização Legislativa

Um dos aspectos normalmente tratados na viabilidade e execução de concessões e PPPs é a necessidade ou não de autorização legislativa específica.

Quanto a isso, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) já exarou entendimentos quanto à constitucionalidade de leis autorizativas genéricas e quanto à inconstitucionalidade de autorização

² Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/ppp/projetos/projetos-em-execucao/arena-fonte-nova/>.

³ Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/mineirao>.

⁴ Azevedo Marques Neto, Floriano. Concessões (Portuguese Edition) (p. 307). Edição do Kindle.

legislativa específica em Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Vale destacar alguns entendimentos a seguir.

Assim, primeiramente, cite-se o quanto aduzido pelo Ministro Gilmar Mendes em sede de decisão monocrática no Agravo de Instrumento n.º 755.058 Minas Gerais:

ADIN – ARTIGO 179, da Lei Orgânica do Município de Ubá, que condiciona a concessão ou permissão de serviço público à prévia autorização do Legislativo – Violação ao princípio da separação, independência e harmonia dos poderes – CF, art. 173 – **Inconstitucionalidade parcial declarada, relativa à expressão ‘com autorização da Câmara Municipal (...)’.**
(Grifou-se)

O próprio STF em sede de Plenário já se manifestou sobre o tema no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 462/BA⁵, quando reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição baiana que previa a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para concessão e permissões de serviço público.

Ademais, o STF referendou situação semelhante à posta: lei autorizativa genérica que institui um programa de parcerias para o respectivo ente federativo. No caso, trata-se a ADI nº 5551/DF, em que se discutiu a constitucionalidade da Lei Federal nº 13.334/2016, a qual institui no âmbito da União o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), voltado à ampliação e ao fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada para contratos de parceria para empreendimentos públicos de infraestrutura.

Nesses termos, o Plenário do STF, em 2021, decidiu pela constitucionalidade do PPI, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 727/2016, CONVERTIDA NA LEI N. 13.334/2016. PROGRAMA DE PARCERIAS E DE INVESTIMENTOS – PPI. INTERAÇÃO ENTRE ESTADO E INICIATIVA PRIVADA. CONTRATOS DE PARCERIA PARA EMPREENDIMENTOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUTURA. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. INEXISTENTE AFRONTA À AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. PERDA DE OBJETO QUANTO AOS ARTS. 4º, 5º, 7º E 8º, ALTERADOS PELA LEI N. 13.901/2019. AÇÃO IMPROCEDENTE QUANTO AO INC. II DO § 1º E AO CAPUT DO ART. 1º, AO ART. 6º E AO ART. 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 727/2016. (STF. Plenário. ADI 5551/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 13/3/2021)

⁵ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266365>.

Ressalta-se que um dos artigos questionados no âmbito da referida ADI é o art. 15⁶ da Lei Federal nº 13.334/2016, o qual dispõe sobre a desnecessidade de autorização legislativa para os projetos que constem do PPI, com exceção do quanto disposto no §3º do art. 10⁷ da Lei Federal nº 11.079/2004. Assim, apesar do questionamento expresso por parte daqueles que propuseram a ADI, o STF manteve a constitucionalidade do dispositivo.

Em outros entes federativos, vale destacar que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pacificou entendimento ao decretar a inconstitucionalidade de necessidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos, conforme julgado na ADI n.º 3112-60.2012.8.26.0000⁸ – que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo, do art. 74, da Lei Orgânica do Município de Taubaté.

No entanto, apesar das referidas considerações, fato é que deve ser priorizado a segurança jurídica da formalização e execução do Projeto frente à legislação municipal, a qual é mais estrita com autorizações legislativas para concessões no geral.

Nesse sentido, primeiramente, tem-se a Lei Orgânica do Município de Joinville (“LOM”), que dispõe em seu art. 105, §§1º e 2º o seguinte:

Art. 105 O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, permissão ou autorização, conforme o caso e quando houver interesse público, devidamente justificado.
§ 1º A concessão administrativa dos bens públicos de uso especial e dominicais dependerá de lei e concorrência e far-se-á mediante contrato sob pena de nulidade do ato. A concorrência poderá ser dispensada, mediante lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidades assistenciais ou quando houver interesse público relevante, devidamente justificado.
§ 2º A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente será outorgada mediante autorização legislativa.

Além disso, há a já mencionada Lei Municipal nº 9.048/2021, a qual regula as PPPs no âmbito municipal, e que deverá ser observada quando da estruturação do Projeto, tendo em vista a adoção da concessão administrativa enquanto modalidade contratual para a sua operacionalização.

⁶ “[i]ndepende de lei autorizativa, geral ou específica, para a licitação e celebração de parcerias dos empreendimentos públicos do PPI, ressalvada previsão expressa em sentido contrário contida em lei da entidade titular editada posteriormente à presente lei, e sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 10 da Lei nº 11.079, de 2004”.

⁷ “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...]. § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.”.

⁸ Disponível em: <https://bit.ly/44UJSFC>.

Nesse sentido, o §1º do art. 2º lista o rol de objetos que se submetem ao Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, abarcando as atividades vislumbradas no Projeto:

Art. 2º As Parcerias Público-Privadas são mecanismos de colaboração entre a Administração Pública Municipal e agentes do setor privado, podendo ter como objeto todas as atividades que não sejam definidas normativamente como indelegáveis.

§ 1º As Parcerias Público-Privadas serão preferencialmente adotadas na concessão de atividades nas seguintes áreas:

I - implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infraestrutura pública;

II - prestação de serviço público;

III - exploração de bem público;

IV - execução de atividades voltadas ao incentivo do turismo, cultura e lazer;

V - execução de projetos que incentivem o esporte;

VI - construção, ampliação, manutenção, reforma e gestão de bens de uso público em geral, incluídos os recebidos em delegação do Estado ou da União;

VII - serviços na área da saúde, educação, cultura e assistência social;

VIII - condições habitacionais, saneamento básico, inclusive o destino final de resíduo sólido e seu tratamento;

IX - execução de atividades e projetos relacionados à conservação/proteção do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Agronegócio;

X - ciência, pesquisa e tecnologia, inclusive tecnologia da informação;

XI - exploração de parques, unidades de conservação, praças e estacionamentos públicos;

XII - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Município, tais como marcas, patentes, bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão;

XIII - outras áreas públicas de interesse social ou econômico.

(Grifou-se)

Assim sendo, a partir do quanto descrito do objeto do Projeto em comento, nota-se que se trata de PPP que adentra ao Programa de PPPs do Município de Joinville destacado no trecho acima. Há, porém, de se destacar os §§ 2º e 3º do mesmo artigo, que dispõem o seguinte:

§ 2º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do Parceiro Privado for paga pela Administração Pública Municipal dependerão de autorização legislativa específica.

§ 3º As concessões que envolvam direito real e direito de uso de bem público em benefício do Parceiro Privado dependerão de autorização legislativa específica.

Tendo em vista as disposições da LOM e, em especial, o §3º do art. 2º da Lei Municipal nº 9.048/2021,⁹ são razoáveis as interpretações de que, no âmbito da legislação municipal de Joinville, seria necessária lei autorizativa para concessão administrativa. Assim, de forma a zelar por uma sólida e robusta a segurança jurídica do Projeto, recomenda-se a edição de uma lei específica que autorize a concessão relativa ao presente

⁹ A concessão do presente Projeto, embora não seja estritamente uma concessão de uso de bem público, envolverá o uso e a exploração de um bem público a ser construído, o Novo Ginásio de Esportes, de propriedade do Município de Joinville.

projeto. Não foi encontrada, nas bases de dados disponíveis na rede mundial de computadores, esta lei e, por este motivo, o Anexo I deste documento contém uma minuta do Projeto de Lei que poderá ser apresentado pelo Executivo para obter a referida autorização.

A minuta de lei ora apresentada, além da autorização expressa para a contratação da concessão, elenca parâmetros mínimos para o contrato de concessão e autoriza a utilização de “*naming rights*” pela concessionária, assim como a indenização pelos investimentos não amortizados.

Ressalta-se o caráter meramente preliminar e sugestivo da presente minuta, e que a competência para envio do Projeto de Lei ao Poder Legislativo permanece reservada ao Poder Executivo Municipal.

2.2.2. Qualificação técnica no Edital de Licitação

Antes de serem tratados outros aspectos do Projeto, vale registrar algumas breves considerações sobre a qualificação técnica pensada para o Edital de Licitação da PPP do Novo Ginásio de Esportes.

A qualificação técnica envolve a aptidão e conhecimento prático para execução do objeto do contrato. 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)¹⁰. A exemplo dos demais requisitos de habilitação disciplinados na legislação, as exigências quanto aos elementos técnicos também precisam estar devidamente ajustadas para, a um só tempo, afastar o ingresso de licitantes sem a capacitação necessária para a execução do objeto da licitação e não comprometer a competitividade do certame.

No caso em tela, a habilitação técnica partiu da premissa de que o cerne desta concessão é a implantação, manutenção e conservação de um novo ginásio poliesportivo na cidade de Joinville.

¹⁰ O artigo 30, II da Lei Federal de Licitações prevê a qualificação técnico-operacional. O inciso III do mesmo artigo foi objeto de veto presidencial, motivado pelo entendimento de que os termos definidos no dispositivo para definir a qualificação técnico-operacional tornariam tal exigência demasiadamente restritiva à participação. A corrente interpretativa que prevalece é que mesmo com o veto do referido inciso é possível se exigir a qualificação técnico-operacional. Nesse sentido, veja-se o REsp nº 155.861 da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (“a exigência, no edital, da comprovação de capacidade técnica operacional não fere o caráter de competição do certame licitatório”). No mesmo sentido: STJ, REsp 295.806/SP; TCU, Decisão 395/1995; TCU, Decisão 217/1997; TCU, Acórdão 32/2003, 1ª Câmara.

Assim, a partir de uma pesquisa que buscou se ater à *benchmarks* de escopo semelhante ao do presente projeto, exigiu-se a comprovação de experiência na realização de investimentos em obras e em gestão e operação, nos seguintes termos do Edital:

19.9 - Qualificação técnica – A demonstração da qualificação técnica da LICITANTE se dará mediante a apresentação dos seguintes documentos:

19.9.1 - Comprovação de aptidão para o desempenho de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, por meio de certidões ou atestados de capacidade técnica emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, o(s) qual(is) comprove(m) que o LICITANTE individual ou, no caso de consórcio, por pelo menos 01 (um) dos seus integrantes, possui experiência:

19.9.1.1 - na operação, gerenciamento e manutenção de instalações internas e externas de equipamento esportivo, turístico, comercial ou de lazer e entretenimento, continuamente, pelo período mínimo de 1 (um) ano, com capacidade de atender, no mínimo, 1.630 (mil e seiscentos e trinta) pessoas concomitantemente; e

19.9.1.2 - na realização prévia de investimentos, aplicados na construção e/ou requalificação e/ou recuperação de, no mínimo, R\$ 22.815.044,03 (vinte e dois milhões, oitocentos e quinze mil, quarenta e quatro reais e três centavos), em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros.

Ressalta-se que o quantitativo relativo à comprovação de experiência em operação, gerenciamento e manutenção de instalações de equipamento esportivo, turístico, comercial ou de lazer foi determinado a partir de um racional de se exigir aproximadamente 30% da capacidade projetada para o Novo Ginásio de Esportes em configuração esportiva (5.611 pessoas), correspondendo a 1.630 pessoas. Na mesma linha, o quantitativo relativo à comprovação de realização prévia de investimentos aplicada em obras de construção, requalificação ou recuperação partiu de um racional de 25% do Valor dos Investimentos do Novo Ginásio de Esportes, estimado em R\$ 91.260.176,12, correspondendo a R\$ 22.815.044,03.

Alguns dos aspectos da qualificação técnica pensados tiveram como *benchmark* o projeto da Farma Conde Arena,¹¹ localizada no município de São José dos Campos (SP), pelas semelhanças tanto em termos de investimentos quanto em termos de dimensões materiais com o projeto do Novo Ginásio de Esportes de Joinville. Trata-se de equipamento multiuso com capacidade aproximada para 5 mil espectadores em eventos esportivos e até cerca de 8 mil pessoas em shows e grandes apresentações, a depender da configuração. O complexo possui aproximadamente 40 mil m² de área total, cerca de 10,7 mil m² de área construída e

¹¹ Fontes: <https://www.sjc.sp.gov.br/noticias/2021/agosto/03/grupo-farma-conde-se-habilita-para-administrar-a-arena-de-esportes>; <https://www.farmacondearena.com.br/sobre>; <https://www.meon.com.br/noticias/vale-do-paraiba-regiao/especial-farma-conde-arena-um-presente-para-o-futuro>; <https://ge.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/dezoito-empresas-disputam-a-retomada-da-construcao-da-arena-municipal-de-sao-jose-dos-campos.ghtml?>

estacionamento com mais de 700 vagas. A retomada das obras ocorreu em 2019 e sua conclusão integral se deu em 2021, com a operação efetiva do equipamento em março de 2022 sob a marca “Farma Conde Arena”.

Com isso, pode-se concluir que a qualificação técnica pensada para o edital do presente projeto apresenta um equilíbrio entre selecionar licitantes qualificados e atrair competitividade ao certame, satisfazendo-se de forma plena o interesse público.

2.3. Aspectos ambientais

A competência constitucional para legislar sobre direito ambiental é concorrente da União e dos Estados (art. 24, VI, da CF/88), com competência suplementar aos Municípios para a edição de leis de assuntos sobre interesse local (art. 30, I e II, da CF/88). Por este motivo, é importante, na análise de fatores locais, observar a legislação dos três níveis federativos pertinentes ao projeto.

No plano federal, deve-se observar a incidência do Código Florestal (Lei Federal nº 12.651, de 2012), o qual prevê a existência de Áreas de Preservação Permanente nas faixas marginais de cursos d’água. O art. 8º do Código Florestal, por sua vez, dita que a intervenção em Áreas de Preservação Permanente *“somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.”*

De acordo com o Plano Diretor vigente e os dados da Secretaria de Meio Ambiente do Município, parte significativa do território urbano de Joinville está inserida em bacias hidrográficas sujeitas à ocorrência de alagamentos, presença de nascentes, canais e rios urbanos canalizados ou parcialmente encobertos. Próximo ao terreno, do lado oposto à Avenida Edigar Nelson Meister, localiza-se o Rio Amazonas e outros tributários, indicando que se trata de uma planície fluvial.

Nota-se também presença significativa de massas arbóreas no terreno e no entorno, o que indica a necessidade de processos de licenciamento relativo à supressão de vegetação. Não há, no entanto, incidência de unidades de conservação ou zonas de amortecimento no terreno – não parecendo ser uma situação de se incidir, no primeiro momento, a disposição do art. 8º do Código Florestal acima destacada.

No plano estadual, a Lei Estadual nº 14.657, de 2009, institui o Código Estadual do Meio Ambiente e outorga ao CONSEMA (Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina) a competência para a edição de normas regulamentadoras do processo de licenciamento ambiental. Com base nesta autorização, foi editada a Resolução do CONSEMA nº 250/2024 e 251/2024 as quais, dentre outras providências, *“Aprova, nos termos do inciso XIII, do art. 12, da Lei Nº 14675/2009, a listagem das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, define os estudos ambientais necessários e estabelece outras providências”* e *“Aprova, nos termos*

da alínea a, do inciso XIV, do art. 9º da Lei Complementar federal nº 140, de 8 de dezembro de 2011, listagem das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, sujeitas ao licenciamento ambiental municipal e estabelece outras providências”.

Estabelecido isso, tem-se que atividade a ser desenvolvida no Novo Ginásio de Esportes não parece estar listada no Anexo VI da Resolução CONSEMA nº 250/2024 e no Anexo I da Resolução CONSEMA nº 251/2024.

Por fim, destaca-se que o processo do correto enquadramento da atividade desenvolvida, assim como o procedimento de obtenção de licenças e alvarás necessários trata-se de risco alocado à concessionária, de modo que as análises ora apresentadas têm como finalidade exclusiva subsidiar a elaboração dos estudos deste PMI.

2.4. Aspectos urbanísticos

O município de Joinville, com base na competência outorgada pelos artigos 182, §1º, da Constituição Federal, art. 40 da Lei Federal nº 10.257, de 2001 (“Estatuto da Cidade”) e no artigo 4º, inciso 7, de sua Lei Orgânica, editou a Lei Complementar nº 620, de 2022, a qual institui o seu Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável.

Foi promulgada, ainda, a Lei Complementar nº 470, de 2017, com diversas alterações, a qual trata do Zoneamento e Ordenamento Territorial do Município – Lei de Ordenamento Territorial (“LOT”). A implantação do Novo Ginásio de Esportes deve observar os parâmetros urbanísticos incidentes advindos de tal lei.

Assim, nos termos da Lei de Ordenamento Territorial, o imóvel em questão está inserido no Setor Especial SE-03, integrante da Área Urbana de Adensamento Secundário (AUAS). Para essa zona, aplicam-se os seguintes parâmetros urbanísticos:

- Coeficiente de Aproveitamento do Lote (CAL): 1,0;
- Taxa de Ocupação (TO): 60%;
- Taxa de Ocupação do embasamento: 70%;
- Taxa de Permeabilidade: 20%;
- Gabarito máximo: 30 metros;
- Recuo frontal mínimo: 5,0 metros;

- Afastamentos laterais e de fundos: conforme a fórmula $(\text{Altura}/6) + 0,5$ metro, observando-se o afastamento mínimo de 1,5 metro.

No que se refere à exigência de vagas para estacionamento de veículos, o Setor SE-03 adota como referência a proporção de 1 (uma) vaga para cada 50 m² de área construída. Para veículos de carga e descarga, é exigida a previsão mínima de 1 (uma) vaga, acrescida de 1 (uma) vaga adicional a cada 1.000 m² de área construída.

Cumprе observar que, para os usos vinculados às atividades de comércio, indústria e prestação de serviços, a previsão de vagas de estacionamento é facultativa, servindo os parâmetros mencionados apenas como referência para o dimensionamento das vagas destinadas a pessoas idosas (5% do total) e a pessoas com deficiência (3% do total), conforme a legislação vigente.

Adicionalmente, a LOT recomenda a previsão de vagas para bicicletas em edificações de uso não residencial com área construída superior a 250 m², na proporção de 4 (quatro) vagas fixas, acrescidas de 10% do número total de vagas de garagem destinadas a veículos automotores.

2.5. Aspectos tributários

Embora os aspectos tributários sejam tratados de forma pormenorizada na modelagem econômica do Projeto, cumpre destacar que deverá ser observada a incidência de impostos municipais, estaduais e federais sobre a atividade empresarial da concessionária.

No plano municipal, destaca-se que, apesar do futuro Ginásio Esportivo ser de propriedade do Município de Joinville, após a PPP, não estará imune à incidência de IPTU. Este custo deverá ser considerado pela futura concessionária na sua modelagem econômica.

Nesse tema, destaca-se o Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Município de Joinville, datado de 11 de junho de 2025 (encaminhado aos consorciados em 22/06/2025), em resposta ao MEMORANDO SEI Nº 0024374784/2025 - SAP.UCP.PPP:

Sendo assim, diante do exposto, consideramos necessária a alteração de nosso posicionamento, pela necessidade de previsão da incidência do IPTU nos contratos de concessão de imóveis, com fins econômicos, firmados pelo Município, a exemplo da nova Concessão do Mercado Público Municipal e de outros próprios municipais cuja concessão esteja em estudo, ainda que pendente de decisão final do STF sobre o Tema de Repercussão Geral, diante do Princípio da Precaução, que pode aqui ser aplicado em matéria tributária.

O Princípio da Precaução, embora mais evidente no âmbito ambiental, também pode ser considerado no direito tributário, especialmente quando há incerteza sobre os efeitos de

novas leis ou decisões judiciais, impondo uma postura mais proativa do Estado para evitar ou mitigar riscos, mesmo que ainda não totalmente conhecidos.

No plano federal, a concessionária estará sujeita à incidência das contribuições e impostos sobre a receita e o lucro. O regime de tributação considerado será aquele mais vantajoso à concessionária.

Sobre os impostos incidentes sobre a prestação de serviços e a circulação de mercadorias, considerar-se-á a incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS), conforme legislação municipal atualmente vigente, e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), conforme legislação estadual. É sabido que a Emenda Constitucional nº 132 alterou o regime federativo dos impostos incidentes sobre esses fatos geradores, com regime de transição que, apesar de longo, ocorrerá durante o prazo da Concessão. Ocorre que tal Emenda Constitucional ainda pende de diversas regulamentações, de modo que a alteração tributária deverá ser avaliada por meio de reequilíbrio econômico-financeiro em revisão extraordinária, conforme autorizado pelo art. 9º, §3º da Lei Federal nº 8.987, de 1995, comumente também aplicado às PPPs.

3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL DO PROJETO

O artigo 11, §1º da Lei Municipal nº 9.048, de 2021, estabelece que os projetos aprovados pelo Conselho Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas deverão ser submetidos a uma consulta pública, preferencialmente por meio de audiência pública. Esta consulta deverá ser publicada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada no Diário Oficial do Município até 15 (quinze) dias úteis antes da data prevista para sua realização.

Os meios de consulta aos cidadãos de projetos de lei e de contratualização da administração pública são importantes instrumentos de concretização da democracia, não apenas em seu aspecto formal, mas também no material. Desse modo, sugere-se uma diferenciação conceitual entre os procedimentos de consulta e de audiência pública.

A consulta constitui na publicação – por meio do Diário Oficial do Município e de sítio na rede mundial de computadores – da minuta dos documentos. Deve haver mecanismo (como um endereço de e-mail) para o recebimento de contribuições, com prazo razoável (sugere-se o prazo de 30 dias).

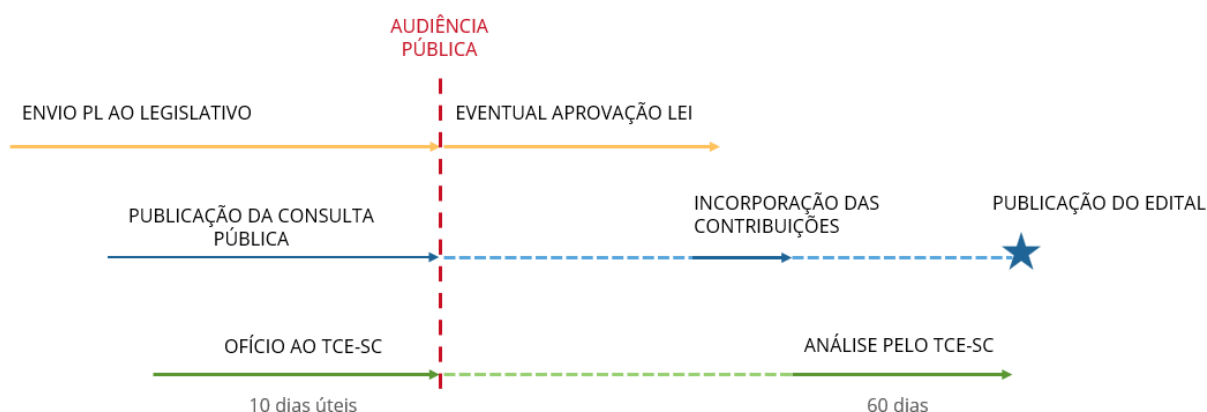
Já a audiência pública constitui em uma sessão de apresentação do projeto, com espaço para as manifestações dos cidadãos. Ainda, a participação deve ser efetiva, de modo que se deve prever prazo para a modificação de elementos do projeto apontados durante a consulta/audiência pública.

Ainda, a Instrução Normativa TC nº 22/2015 prevê, em seu artigo 7º, que o Conselho Gestor da PPP encaminhará ao Tribunal de Contas os documentos do projeto de concessão com antecedência de 60

(sessenta) dias da publicação do edital. Sugere-se que a versão encaminhada ao TCE seja aquela após a incorporação das manifestações dos cidadãos no processo de consulta pública. Por fim, o artigo 8º da mesma Instrução normativa prevê que quando for realizada a consulta pública ou a audiência pública, o Tribunal de Contas deverá ser comunicado por ofício, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis.

Esquemáticamente, então, deverá ser observado o seguinte fluxo:

Figura 1 - Esquema de procedimentos prévios à publicação do edital



Elaboração própria

Por fim, pelo fato do Projeto se enquadrar como uma PPP, também devem ser observados os requisitos que a Lei Federal nº 11.079/2004 indica para a abertura do processo licitatório:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
- c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Os requisitos dos incisos II, IV e VII são atendidos com os estudos de modelagem técnico, econômico-financeira e jurídica que resultam nos documentos editalícios publicados para consulta pública (inciso VI) e, posteriormente, licitação.

É importante destacar, no entanto, que o atendimento constante do inciso I, alíneas “a)” e “b)” e inciso III depende de uma ação de coordenação da Prefeitura Municipal de Joinville, em especial da secretaria-fim (no caso, a Secretaria de Esportes – SESPORTE) com a Secretaria da Fazenda e Joinville, sendo esta o órgão competente para se manifestar formalmente sobre impactos orçamentários nos respectivos exercícios previstos nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias Anuais.

Por fim, quanto ao inciso V do art. 10 da Lei Federal nº 11.079/2004, informa-se que o objeto constou previsto no Plano Plurianual (PPA) vigente quando da elaboração desta primeira versão (PPA 2022-2025), conforme se observa a seguir:

Figura 2 - PPA 2022-2025

Despesa PPA:		75 - 0 . 4001 . 4 . 130 . 9 . 1.3054 . 0 . 000000						
Estrutura Organizacional								
Unidade gestora:		0 - Prefeitura Municipal de Joinville - PMJ						
Unidade orçamentária:		4001 - Secretaria de Administração e Planejamento - SAP						
Classificação Funcional								
Função:		4 - Administração						
Subfunção:		130 - Administração de Concessões						
Classificação Programática								
Programa:		9 - Joinville Parcerias						
Objetivo:		Promover a implantação de Programa de Parcerias e Investimentos com o objetivo de proporcionar a interação entre o Município e a iniciativa privada por meio da formalização de contratos de parceria e de outras medidas que visem ampliar a qualidade da prestação do serviço público.						
Problema:		Promover a implantação de Programa de Parcerias e Investimentos com o objetivo de proporcionar a interação entre o Município e a iniciativa privada por meio da formalização de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização, que visem ampliar a qualidade da prestação do serviço público.						
Justificativa:		Necessidade de atuação no desenvolvimento de meios adequados de planejamento, avaliação e suporte à viabilização de projetos de investimento de relevância para o desenvolvimento econômico e social do Município.						
Público alvo:		População do município						
Valores Previstos R\$								
Fonte de recurso		Valor global		2022	2023	2024	2025	Total
100 - Recursos Ordinários		0,00		1.850.000,00	2.600.000,00	2.501.000,00	2.801.120,00	9.752.120,00
Ação	Tipo	Produto		2022	2023	2024	2025	Total
Meta física		Unidade de medida		No período do PPA				
3054 - Implantação e gestão das Concessões e PPPs - SAP		1 - Projetos		Implantação realizada				
18 - Processo de PPPs finalizado		UN		Quantidade:	1,00000	1,00000	1,00000	4,00000
				Índice desejado:	4,00000	1,00000	1,00000	

Fonte: Prefeitura Municipal de Joinville, 2025.

4. ALTERNATIVAS DE MODELAGEM JURÍDICA

Como já apontado anteriormente no subtópico 2.1, entende-se que o modelo contratual ideal para a construção, manutenção e operação do Novo Ginásio de Esporte é o de uma PPP na modalidade concessão administrativa.

Neste tópico, porém, serão apresentadas e descritas outras formas contratuais e as respectivas justificativas do porquê não serem entendidas como as mais adequadas para a execução do Projeto, quais sejam: (i) concessão comum; (ii) concessão de uso de bem público; e (iii) concessão patrocinada.

Adianta-se que, na realidade, a resposta para a escolha da modalidade jurídica que será adotada vem da equação econômico-financeira do projeto, que não pode ser determinada de forma apriorística, mas somente após fechadas outras premissas, como o modelo arquitetônico e a modelagem econômica que serão adotadas.

4.1. Concessão Comum

As concessões comuns, como supramencionado, são as regidas pela Lei federal nº 8.987/1995, e podem ser genericamente definidas como:

(...) exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria

exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários dos serviços.¹²

A Lei federal nº 11.079/2004, a Lei das PPP, surgiu quase uma década após esta lei, desta forma, até a edição desta não existia a distinção entre os tipos de concessões, utilizando-se simplesmente a nomenclatura concessão. Foi com o advento da Lei das PPP que a concessão da Lei de Concessões passou a ser chamada de concessão comum.

As concessões comuns também são reconduzidas à figura da concessão de obra pública. Nesta, o Poder Público atribui ao particular o encargo de realizar uma obra pública (ou promover melhorias nas obras já existentes), conferindo a ele o direito de explorá-la. Assim, sua remuneração decorre da exploração da obra pública, principalmente por meio de tarifas, mas sendo possível também a obtenção de receitas alternativas, complementares ou acessórias. É justamente isso o que ocorre, por exemplo, em algumas concessões de rodovias.

A rigor, a concessão de serviço público e de obra pública diferem apenas quanto ao objeto. O seu regime jurídico é idêntico, com aplicação da Lei federal nº 8.987/1995. Justamente por tal motivo, apenas por convenção semântica, ao se falar em concessão de serviço público aí estará abrangida a concessão de obra pública. Têm-se como características primordiais das concessões comuns os seguintes elementos:

- o concessionário presta os serviços que lhe foram concedidos por sua conta e risco;
- há a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, isto é, deve haver a preservação da equação entre encargos assumidos pela concessionária e a sua remuneração; e
- a remuneração da concessionária provém da exploração do serviço, o que ocorre, normal e principalmente, por meio das tarifas cobradas dos usuários dos serviços, sendo lícita, contudo, a exploração de receitas extraordinárias, desde que haja autorização contratual para tanto e que esse acréscimo da receita da concessionária contribua para a modicidade tarifária.

Portanto, como se nota, a concessão comum é o modelo contratual ideal para os projetos cujo objeto possuam uma autossustentabilidade financeira, haja vista que toda a remuneração da concessionária provém da exploração do serviço, sem haver remuneração direta do Estado.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 652.

No entanto, é justamente neste aspecto em que se entende a não viabilidade da concessão comum para a implantação, operação e manutenção do Novo Ginásio de Esportes. Conforme indicado nos Produtos relativos à Modelagem Econômico-Financeira, não haveria viabilidade suficiente para que o equipamento por si só se sustentasse, ainda mais considerando que é um equipamento ainda a ser construído.

Ou seja, de certa maneira, ainda haveria a necessidade de se construir uma demanda, algo que por exemplo não ocorre com já existente Arena Joinville.

Ademais, apesar de não ser o fator preponderante para a inadequação do modelo de concessão comum de serviços públicos ao Projeto, entende-se que poderia haver um certo nível de insegurança jurídica do modelo em razão de pontos relativos a conceitos que envolvem a concessão comum de serviços públicos segundo a doutrina publicista.

Nesse sentido, como a concessão comum envolve a concessão de serviços públicos, teoricamente, haveria a necessidade do serviço concedido se enquadrar como um serviço público em sentido estrito. Nesse sentido, explica Victor Rhein Schirato:¹³

Embora a noção de serviço público seja das mais controvertidas do Direito Administrativo, é possível, sem qualquer chance de erro, entender que seu substrato, desde os primórdios de sua construção no direito francês, refere-se *a atividades essenciais que devem ser prestadas pelo Estado à população, ou, no mínimo, ter sua prestação garantida pelo Estado*.

Esse substrato não se refere a uma simples convenção, ou entendimento meramente doutrinário. Tem expresso amparo constitucional em nossa ordem jurídica. Isso ocorre, pois o art. 175 da Constituição Federal é inequívoco em afirmar que os serviços públicos têm que ser prestados pelo Estado, diretamente ou por meio de concessão ou permissão. Isto é, o Estado é obrigado a oferecer a atividade à população, ou, no mínimo, garantir sua prestação.

Dessas notas introdutórias, é possível extrair que os serviços públicos não são qualquer atividade. São atividades essenciais; tão essenciais que sua prestação corresponde a uma obrigação jurídica imposta ao Estado pelo texto constitucional. Com isso, independente de conjunturas fáticas, políticas ou sociais, aquelas atividades consideradas pelo ordenamento jurídico serviços públicos têm que ter sua prestação garantida pelo Estado, seja por meio de sua direta exploração por um ente estatal, seja por meio da delegação a terceiros, sob o controle do Poder Público.

Ainda, tendo em vista também a necessidade do serviço prestado ser divisível e quantificado para a cobrança de tarifa, Floriano de Azevedo Marques¹⁴ também coloca que a concessão deve contemplar uma atividade a ser prestada (i) sobre a qual o Poder Público tem um dever de oferta, (ii) que possa ser objeto de

¹³ SCHIRATO, Victor Thein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 178.

uma relação econômica pelo privado e (iii) cuja exploração econômica possa ser valorada em unidades individuais de fruição, o que obriga a que tal prestação seja divisível e quantificável.

Esses conceitos, conforme expostos, são essenciais para a definição de uma concessão comum de serviços públicos. Entende-se, assim, que haveria dificuldades de adequar o que envolve o Projeto em tais conceitos, em especial na dificuldade de enquadrar os serviços do Projeto como serviços públicos em sentido estrito, bem como na dificuldade de haver o enquadramento de uma cobrança de tarifa aos usuários em sentido estrito, especialmente ao se comparar com as cobranças tarifárias presentes concessões de meios de transportes ou parques ecológicos.

Essas questões indicam que o modelo de concessão comum não é adequado para o Projeto de implantação, operação e manutenção do Novo Ginásio de Esportes.

4.2. Concessão de Uso de Bem Público

Na concessão de uso de bem público, por sua vez, existe um contrato administrativo por meio do qual a administração pública cede a utilização de um bem público a um particular, para que este o utilize em seu próprio interesse, sem que haja transferência de propriedade.

Assim, há uma autorização de forma específica, por um período determinado e para finalidades previamente estabelecidas. Como exemplo, podemos citar a concessão de uso de espaços públicos para instalação de quiosques, barracas de praia, estacionamentos, entre outros.

Destaca-se, também, que as distintas concessões estão sob regimes jurídicos distintos. A concessão de serviço público é regida, em âmbito nacional, pela Lei nº 8.987/95, como já foi visto, e pela regulamentação específica em âmbito municipal.

A concessão de uso de bens públicos, por sua vez, não possui uma normatização geral em caráter nacional. Neste mesmo sentido, é a lição de renomada doutrina¹⁵:

A concessão de uso de bem público (ou, como prefere parte importante da doutrina, a concessão administrativa de uso) é uma modalidade concessória bastante peculiar, pois ela em algumas situações se confunde com outras aplicações do instituto. Como vimos, no âmbito da concessão de serviços públicos muita vez há uma cessão de uso privativo de bem público. (...) A concessão de uso não tem um fundamento legal único ou mesmo que possamos tratar como referência. A principal razão para isso parece ser o fato de que, em

¹⁵ Azevedo Marques Neto, Floriano. Concessões (Portuguese Edition) (p. 424). Edição do Kindle.

matéria de uso de bens públicos, não há uma competência normativa reservada à União, nem mesmo para normas gerais.

No âmbito municipal, é regida pelo artigo 105 da Lei Orgânica Municipal e pela Lei Municipal nº 4.014, de 1999.

De qualquer forma, mesmo que não haja a normatização em caráter nacional, é uníssono, na doutrina, o entendimento de que as regras gerais da Lei Federal nº 8.987/95, que regulamenta a concessão de serviço público aplicam-se subsidiariamente às concessões de uso. Assim, as formas de extinção da concessão de serviço público, a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, entre outras características previstas para a concessão de serviço público, se aplica às concessões de uso.

E, por isso mesmo, da mesma forma que na concessão comum, há a necessidade de autossustentabilidade do uso do bem concedido, já que nesta modalidade contratual também não há a previsão de pagamento do Poder Concedente à concessionária.

Por essa razão, da mesma forma como explanado no subtópico anterior quanto à concessão comum, entende-se que o modelo de concessão de uso de bem público não seria adequado para o Projeto em questão, já que a modelagem econômico-financeira indica a extrema dificuldade de autossustentação do Novo Ginásio de Esportes.

4.3. Concessão Patrocinada

O § 1º do art. 2º, da Lei federal nº 11.079/2004, assim estabelece:

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

§ 1.º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A concessão patrocinada pode ser definida como sendo a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que, necessariamente, envolve a contraprestação pelo Poder Público e os valores cobrados dos usuários, sob o regime da Lei das PPPs, tendo como objeto uma atividade prestacional atribuída ao Estado, passível de exploração econômica e apta a permitir a fruição individualizada pelo cidadão.

Diante dessa consideração, a lei define tal modalidade de concessão de maneira semelhante à concessão de serviços públicos disciplinada pela Lei federal nº 8.987/1995, porém a remuneração do concessionário consiste no valor das tarifas somado a uma contraprestação pecuniária pelo poder concedente.

Tal como no caso da concessão comum, na concessão patrocinada, o poder concedente delega ao parceiro privado a prestação dos serviços públicos, acompanhada ou não da execução de obra pública, ficando o parceiro privado encarregado de atuar de maneira eficiente, prestando adequadamente os serviços concedidos. Por sua vez, ao poder concedente incumbe a fiscalização e o monitoramento da qualidade dos serviços, de modo a garantir aos usuários a qualidade esperada na prestação dos serviços públicos, além do dever de pagamento da contraprestação pecuniária, de modo a complementar as receitas advindas da cobrança de tarifa.

A concessão patrocinada adequa-se aos serviços passíveis de prestação individualizada para os quais os usuários contribuem por meio de tarifa, ressaltando que o pagamento desta tarifa por parte do usuário não amortiza o investimento do concessionário e não lhe garante a remuneração justa e suficiente, necessitando, desta forma, de complementação através do pagamento de contraprestação pelo poder concedente.

Assim, apesar dos problemas relativos à autossustentabilidade serem superados no modelo contratual da Concessão Patrocinada, novamente, da mesma forma como explanado no subtópico relativo à concessão comum, em razão da similaridade da natureza jurídica de ambos os modelos, em especial no que concerne à essencialidade dos conceitos de serviço público e tarifas nesses, entende-se que este também não seria o modelo juridicamente adequado ao Projeto.

4.4. Concessão Administrativa

Diante de todo o exposto, e conforme já pontuado no subtópico 2.1, entende-se que uma PPP na modalidade de concessão administrativa é a modalidade contratual adequada para a construção, manutenção e operação do Novo Ginásio de Esportes de Joinville, em especial, pelos seguintes motivos, resumidamente:

- i. O Projeto não encontraria subsunção na concessão comum e patrocinada, visto que desprovido de receitas tarifárias e autossustentabilidade econômico-financeira;
- ii. Por outro lado, tem-se a aplicabilidade da concessão administrativa, visto que:
 - a) o objeto não se enquadra nas vedações previstas no §4º do art. 2º da Lei das PPPs; e
 - b) o objeto envolverá não apenas a realização de obras de construção de um Novo Ginásio de Esportes, mas também as atividades de gestão do equipamento e operação dos serviços de limpeza e manutenção (*facilities*) e, portanto, a Administração Pública encontra-se em posição de usuária direta do serviço, em conformidade com o conceito legal de concessão administrativa previsto no §2º do art. 2º da Lei das PPPs.

5. PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONTRATO ENTRE O PARCEIRO PÚBLICO E O PARCEIRO PRIVADO

5.1. Encargos, obrigações e direitos do Parceiro Público e do Parceiro Privado

De início, é importante esclarecer que a Lei Municipal nº 9.048/2021 define de maneira geral tanto as incumbências do Parceiro Público quanto as do Parceiro Privado no âmbito dos contratos de concessão, na forma dos incisos dos arts. 5º e 6º, respectivamente:

Art. 5º Incumbe ao Parceiro Público:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
 - II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
 - III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
 - IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
 - V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
 - VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
 - VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários em conjunto com o Parceiro Privado, que serão cientificados das providências tomadas;
 - VIII - promover a decretação de utilidade pública dos bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
 - IX - promover a decretação de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
 - X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
 - XI - incentivar a competitividade;
 - XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.
- [...]

Art. 6º Incumbe ao Parceiro Privado, sem prejuízo das obrigações previstas no respectivo contrato eventualmente firmado:

- I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- II - assumir compromisso de resultado definido pelo Parceiro Público;
- III - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- IV - prestar contas da gestão do serviço ao Parceiro Público e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- V - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VI - submeter-se à fiscalização do Parceiro Público, sendo livre o acesso dos agentes públicos às instalações, informações e documentos relativos ao contrato, incluídos os registros contábeis;
- VII - submeter-se ao controle permanente dos resultados pelo Parceiro Público;
- VIII - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo Parceiro Público, conforme previsto no edital, no contrato e, por autorização desta Lei, nos termos do art. 3º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941.
- IX - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente;

- X - demonstrar capacidade econômica e financeira para a execução do contrato e captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço;
- XI - sujeitar-se aos riscos do empreendimento, ressalvados os casos expressamente previstos no contrato.

Ainda, no âmbito da mesma Lei Municipal, o art. 7º busca estabelecer obrigações a ambas as partes no que se refere a regras de governança corporativa, conforme se observa:

Art. 7º As partes ficam obrigadas a assumir o compromisso de manter-se em conformidade com a legislação, inclusive alterações editadas posteriormente, adotando-se regras de governança corporativa, especialmente:

I - capacidade de resposta em tempo hábil aos cidadãos, especialmente aos usuários do objeto do contrato;

II - integridade nas ações das partes, no sentido de buscar de forma proativa a prevenção da corrupção;

III - melhoria regulatória no sentido de estar frequentemente se adequando às legislações vigentes;

IV - prestação de contas e responsabilidade fiscal;

V - transparência durante toda a execução do contrato e na prestação dos serviços.

§ 1º Os parceiros deverão estabelecer medidas internas voltadas ao desenvolvimento de integridade e conformidade, inclusive quanto à proteção de dados, na forma da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD).

Trata-se de dispositivos que devem ser tidos em mente no momento de execução do eventual contrato de concessão.

O projeto em análise contempla um conjunto abrangente de encargos e obrigações específicas a serem assumidas pela futura concessionária, os quais se desdobram desde a fase inicial de implantação até a plena operação do Novo Ginásio de Esportes. Tais encargos encontram-se delineados no Contrato e em seu Caderno de Encargos da Concessionária (CEC), constituindo um rol de compromissos que visam assegurar a efetiva implantação, gestão e manutenção do equipamento público, em conformidade com as diretrizes estabelecidas no Termo de Referência do PMI.

No tocante à fase de implantação, cumpre à concessionária elaborar e submeter ao Poder Concedente os documentos técnicos necessários ao adequado detalhamento das intervenções, incluindo Estudo Preliminar, Plano Diretor (Masterplan), Projeto Básico, Projeto Executivo e, ao término das obras, a documentação “as built”. Cada um desses instrumentos possui prazos claramente estipulados no CEC, contados da data da Ordem de Início, variando de 30 dias, no caso do Estudo Preliminar e do Plano Diretor, até 130 dias, no caso do Projeto Executivo. Ademais, prevê-se prazo de até 180 dias para apresentação do Plano de Operação, documento essencial para a definição de rotinas, periodicidades, dimensionamento de serviços e procedimentos de gestão do Ginásio.

Tabela 1 – Prazos de entrega

Obrigação	Marco	Prazo
Estudo Preliminar e Plano Diretor (<i>Masterplan</i>)	DATA DA ORDEM DE INÍCIO	30 dias
Projeto Básico	DATA DA ORDEM DE INÍCIO	80 dias
Projeto Executivo	DATA DA ORDEM DE INÍCIO	130 dias
PLANO DE OPERAÇÃO	DATA DA ORDEM DE INÍCIO	180 dias
Documentação do Projeto Como Construído (<i>As Built</i>)	Emissão do TERMO DEFINITIVO DE ACEITAÇÃO DE OBRA	30 dias

Elaboração: Consórcio Stadium

As obrigações da concessionária no âmbito do programa de implantação compreendem a execução da implantação do Novo Ginásio de Esportes em até 18 (dezoito) meses. Entre os encargos assumidos, destaca-se a adoção de parâmetros de sustentabilidade e a responsabilidade pela obtenção de todas as licenças e autorizações necessárias junto aos órgãos competentes.¹⁸

Superada a fase de implantação, a concessionária passa a responder pela integralidade do programa de operação. Tal programa abrange a conservação e manutenção preventiva, corretiva e preditiva do Ginásio e de suas instalações; a limpeza e higienização de áreas internas e externas; a gestão de resíduos e o controle de pragas; a segurança patrimonial, o monitoramento por CFTV e o atendimento a emergências; o fornecimento de utilidades, como água, energia, gás e telecomunicações; e, ainda, a disponibilização gratuita do equipamento ao Poder Concedente em determinadas condições, observando-se o limite de vinte dias anuais – os quais poderão ser utilizados para a realização dos Jogos Estudantis de Joinville (JEVILLE).

De igual modo, os encargos operacionais englobam obrigações relacionadas à gestão administrativa, comunicação com usuários e comunidade do entorno, capacitação e dimensionamento de pessoal, observância das normas trabalhistas e previdenciárias, bem como a prestação de contas per dica ao Poder Concedente. Estão previstos relatórios trimestrais e anuais de execução de encargos, devendo a concessionária manter rotina de transparência ativa, inclusive por meio de disponibilização eletr nica das informações relevantes.

Em síntese, o conjunto de encargos e obrigações do projeto revela-se amplo e detalhado, perpassando todas as etapas da concessão e sendo permeado por prazos específicos para a apresentação de planos e projetos, execução de obras e início da operação. Esses encargos foram concebidos de modo a compatibilizar a necessária implantação do Novo Ginásio de Esportes com uma gestão operacional de qualidade, sempre em observância às diretrizes do PMI e ao interesse público que inspira a concessão.

Por fim, vale ressaltar que o Poder Concedente possui como principais prerrogativas e direitos no âmbito do contrato o quanto colocado a seguir:

- intervir na prestação das atividades que compõem o Objeto, podendo retomá-las e extingui-las, nos casos e nas condições previstas no Contrato e na legislação aplicável;
- contratar terceiros para, nos termos e limites da legislação, apoiarem no exercício das competências de regulação, supervisão e fiscalização do Contrato;
- solicitar à Concessionária o uso do Novo Ginásio de Esportes para realização de eventos de interesse do Município, sendo garantido a este pelo menos 20 (vinte) dias ao ano para utilização não onerosa; e
- receber anualmente o valor relativo ao compartilhamento de receitas advindas da exploração do Novo Ginásio de Esportes, definido nos termos do Contrato e do seu Anexo V – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação.

5.2. Fiscalização e gerenciamento

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.

Para a presente concessão administrativa, compete ao Poder Concedente, na forma da Secretaria de Esportes – SESPORTE, realizar a fiscalização e regulação do contrato. A minuta de contrato prevê a contratação, pela Concessionária, de apoio de terceiros nessa atividade, de modo a capturar sua expertise e conferir maior eficiência a essa atividade, por meio da contratação dos Terceiros Independentes, compostos pelo Verificador Independente e Instituto de Pesquisa, nos termos, prazos e diretrizes expressas no Anexo IV do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho.

O Poder Concedente, na condição de responsável pela fiscalização e regulação da execução contratual, poderá exercer excepcionalmente a aferição do fator de desempenho na hipótese de não terem sido contratados algum dos Terceiros Independentes, obrigando-se a atuar em estrita observância ao Contrato e seus anexos.

O gerenciamento do Contrato é complementado pelo Sistema de Mensuração de Desempenho ("SMD"), constante do Anexo IV da Minuta de Contrato. O SMD permite que o Poder Concedente avalie o nível

de serviço prestado pela Concessionária no Ginásio Poliesportivo e utilize tal avaliação para o cálculo do Fator de Desempenho, que compõe a contraprestação mensal efetiva a ser paga à Concessionária pelo Poder Concedente.

Já no que se refere à regulação do contrato, a Minuta de Contrato estabelece a possibilidade de o Poder Concedente propor a celebração de termo aditivo ao Contrato, com o objetivo de esclarecer e detalhar as questões de regulação contratual. Trata-se de forma relevante para permitir o preenchimento de lacunas na gestão do contrato, estabelecendo-se definições supervenientes à assinatura do contrato, porém sem que isso configure alteração das obrigações contratuais.

Em outros termos, preocupou-se em criar mecanismos capazes de atender a regulação da mutabilidade contratual, ante a essencialidade de prover a integração pelas partes, além da impossibilidade de rigidez normativa, devendo o contrato ser capaz de se adaptar às mudanças inelutáveis.

5.3. Sanções e penalidades

As penalidades pelo inadimplemento contratual contam com um capítulo próprio na Minuta de Contrato, além de um Anexo próprio (Anexo VII do Contrato – Penalidades). Trata-se, juntamente com o Caderno de Encargos da Concessionária e com o Sistema de Mensuração de Desempenho, de mecanismo contratual de alinhamento de condutas com a finalidade de evitar eventuais desvios, bem como o descumprimento de obrigações por parte da Concessionária.

Nos documentos editalícios mencionados, procurou-se estabelecer sanções para infrações determinadas, mas também uma regra geral, com gradações que pudessem abranger distintas infrações por parte da Concessionária, conforme a gravidade e culpabilidade da infração cometida, garantido a abrangência de todo o contrato.

Para as penalidades específicas, foi descrita a conduta infringente e a sanção respectiva, indicada a forma de incidência (se por ocorrência, ou por dia, por exemplo). Já para o caso da regra geral, foram estabelecidos quatro tipos diferentes de sanções, variando conforme a natureza “leve”, “média”, “grave” ou “gravíssima” da conduta da Concessionária.

Sem prejuízo da aplicação das penalidades discriminadas, a reiteração, no tempo, do inadimplemento contratual pela Concessionária conferirá ao Poder Concedente a prerrogativa de cominar multa moratória, observados os intervalos previstos na minuta de contrato.

Por fim, o Poder Concedente, na definição das espécies de penalidade, multa e das dosimetrias mencionadas nos parágrafos anteriores, 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.

5.4. Mecanismos de Resolução de Controvérsias

O regime legal das concessões no Brasil trouxe uma série de inovações sobre as formas tradicionais de contratação do setor público. Aqui, em especial, merecem destaque os mecanismos de resolução alternativos dos conflitos surgidos entre as partes, dentre os quais se prevê, inclusive, a arbitragem.

Para o projeto em questão, a resolução de controvérsias foi contemplada por meio da previsão das seguintes instâncias: Comitê de Prevenção e Solução de Disputas e Arbitragem. A primeira modalidade consiste em forma consensual de solução de litígios, em que se busca a solução da controvérsia por meio da deliberação entre representantes do poder concedente e da Concessionária, eventualmente com a participação de terceiros.

5.4.1. Comitê de Prevenção e Solução de Disputas

O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, comumente chamado de “*Dispute Board*” no âmbito do direito da infraestrutura em cenário internacional, consiste em um mecanismo que visa prevenir e solucionar conflitos em contratos administrativos, relativos a eventuais controvérsias de natureza técnica ou econômico-financeira decorrente do contrato relativas a direitos patrimoniais disponíveis, tais como aquelas referentes ao projeto, execução, medição, recebimento e remuneração de obras realização, que não tenham sido solucionadas amigavelmente entre as partes.

No âmbito do Município de Joinville, a Lei Municipal nº 9.097, de 05 de janeiro de 2022, regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados com o Município. A Minuta de Contrato partiu das disposições da Lei Municipal para estruturar os procedimentos presentes na cláusula 45ª, em especial aqueles relativos à composição e indicação dos membros do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas.

Para além da referida Lei Municipal, a Lei Federal nº 14.133/2021 também dispõe acerca da possibilidade de utilização de tal Comitê nas contratações públicas, conforme disposição do art. 151, *in verbis*:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Nesse sentido, uma vez que muitas questões técnicas ou econômico-financeiras demandam, para sua resolução, conhecimentos específicos e sobretudo celeridade, contar com uma comissão para a solução de conflitos mais corriqueiros, de notório saber, poderá acelerar e facilitar o entendimento entre as partes.

O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá tanto recomendar quanto decidir sobre conflitos, por apresentar natureza híbrida, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa. (inciso III do art. 2º da Lei Municipal nº 9.097/2022). É o seu caso neste Projeto, nos termos da subcláusula 45.5 da Minuta Contratual.

Ressalta-se que foi atribuída tal competência ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para possibilitar, mesmo na ausência de contratação da certificadora de obras, a satisfação dos créditos devidos à concessionária pela conclusão das metas de avanço físico. Buscou-se, assim, fornecer instrumentos que garantam ao parceiro privado de que receberá os valores devidos a título do aporte e, ao mesmo tempo, manter uma instância independente responsável pela validação das obras entregues, possibilitando desembolsos eficientes pelo Poder Público.

A minuta contratual cuidou igualmente de disciplinar os prazos e procedimentos adotados no âmbito das controvérsias dirigidas ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas. Ressalte-se, ademais, que a disciplina contratual permite que eventual questão seja remetida à arbitragem na hipótese de uma das partes não aceitar a recomendação proferida pelo Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (§2º do art. 2º da Lei Municipal nº 9.097/2022).

Assim, nos termos da Minuta do Contrato, as partes poderão ainda submeter a qualquer tempo suas divergências diretamente à arbitragem independentemente de recurso prévio ou decisão prévia do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas.

Por fim, em linha com o art. 8º da Lei Municipal nº 9.097/2022, a Minuta de Contrato estabeleceu que a remuneração dos membros do Comitê deverá compor o orçamento da contratação, sendo certo que à contratada caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e à manutenção do Comitê, enquanto ao Poder Público competirá o dever de reembolsá-la da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no Contrato.

5.4.2. Arbitragem

Com relação à arbitragem, ressalta-se que o artigo 18 da Lei Municipal nº 9.048/2021 permite a previsão de arbitragem nos contratos de PPPs do Município, nos seguintes termos:

Art. 18. O contrato de Parceria Público-Privada poderá prever mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

Parágrafo único. Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos entre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento de matéria, devendo o procedimento ser realizado em conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou especializada.

Ainda, 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, sendo que aquela será instaurada e administrada pela Câmara a ser eleita, conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro, sendo vedado o juízo por equidade. Convém observar 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 e do regulamento da Câmara a ser eleita.

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.

5.5. Estrutura de Garantias

5.5.1. Garantias providas pelo Parceiro Privado

5.5.1.1. Garantia de Proposta

No âmbito do Edital de Licitação, as licitantes precisarão apresentar garantia de proposta como requisito de pré-habilitação, conforme indicações do Edital e nos termos do art. 58 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Adotou-se a garantia de proposta (também conhecida como *bid bond*) como um instrumento que confere seriedade à participação dos interessados no certame. Isso ocorre porque esse instrumento permite que um valor seja garantido durante todo o procedimento licitatório, podendo ser executado caso o adjudicatário se recuse injustificadamente a assinar o contrato ou não atenda às condições precedentes para a assinatura do contrato.

Assim, foi definido o valor máximo de 1% do Valor dos Investimentos, em atenção ao § 1º do art. 58 da Nova Lei de Licitações.¹⁶

Cabe ressaltar que se optou por não elevar o valor exigido a título de garantia de proposta para o consórcio, conforme autoriza o art. 15, § 1º, da Lei Federal nº 14.133/2021, com o objetivo de não restringir em demasiado a competitividade no certame.

Ressalta-se que, para além das modalidades tradicionalmente utilizadas em licitações, adicionou-se também a possibilidade de que os licitantes apresentem garantia de proposta por meio de título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.

Ressalta-se que a inclusão de tal disposição no edital encontra lastro no art. 96, §1º da Nova Lei de Licitações, recentemente alterado pela Lei Federal nº 14.770/2023, que incluiu a nova modalidade de garantia.

5.5.1.2. Garantia de Execução do Contrato

Não apenas a Lei Federal nº 11.079/2004, mas também a Lei Federal nº 14.133/2021 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. 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.

¹⁶ “Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação. § 1º **A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.**” (grifou-se).

O valor da garantia a ser prestada pelo adjudicatário correspondente ao primeiro limite legal, qual seja, 5% do valor do contrato (art. 98 da Lei Federal nº 14.133/2021).

Outro aspecto que merece registro em relação à garantia de execução prevista diz respeito à regra de liberação parcial do montante garantido, conforme sejam cumpridas as obrigações da Concessionária. Estabeleceu-se a liberação de 50% da garantia de execução após a conclusão do Programa de Implantação.

O saldo da garantia de execução deverá ser recomposto integralmente caso tenha sido parcialmente liberada, nos últimos cinco anos de vigência da Concessão, nos termos da subcláusula 38.2 da Minuta de Contrato. Tal regra foi incluída a fim de garantir a reversão adequada dos bens vinculados à concessão ao Poder Concedente.

Verifica-se que foram previstas as modalidades de garantia admitidas na Lei Federal nº 14.133/2021. 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 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,¹⁷ e tem por objetivo confirmar a robustez das entidades que firmarão o compromisso de garantir as obrigações da Concessionária perante o Poder Concedente.

Ressalta-se que foi adicionada a possibilidade de modalidade de garantia de execução por meio de título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total, emitido por Sociedade de Capitalização, de acordo com a regulação específica da SUSEP, nos termos da subcláusula 38.12 do Contrato.

5.5.2. Garantias providas pelo Poder Público

Sabe-se que o sucesso de contratos de parcerias público-privadas está diretamente relacionado à estruturação de garantias dos pagamentos públicos a serem feitos à concessionária. A prestação de garantia

¹⁷ É o caso da licitação para as concessões dos aeroportos no Brasil (veja, por exemplo, os contratos decorrentes do Leilão nº 01/2016, dos aeroportos de Porto Alegre/Salgado Filho, de Salvador/Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis/Hercílio Luz, e de Fortaleza/Pinto Martin). Também o caso o contrato de concessão da Rodovia Tamoios, firmado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, decorrente do Edital de Concorrência nº 01/2014. No âmbito do Município de São Paulo, disposição no mesmo sentido consta no contrato 003/SMSO/2018, tendo por objeto a contratação da Parceria Público-Privada - PPP, na modalidade de Concessão Administrativa, para Modernização, Otimização, Expansão, Operação, Manutenção e Controle Remoto e em tempo real da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo.

pelo Poder Público está prevista na Lei Federal nº 11.079/2004 e funciona como um mecanismo mitigador do risco decorrente do inadimplemento do pagamento da contraprestação pelo Poder Concedente, além de garantir maior segurança jurídica à PPP. Nesse sentido, Vernalha Guimarães pondera que:

Um sistema de garantias que assegure ao parceiro privado vias mais céleres e previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento do parceiro público favorecerá o fortalecimento da segurança jurídica e a redução dos custos transacionais, tornando a contratação mais econômica e vantajosa à Administração.¹⁸

Assim, por mais que sejam uma faculdade conferida à Administração Pública, as garantias acabam se tornando parte essencial das PPPs, de modo que quanto maior a avaliação dos riscos relativos ao projeto contratado, maior o requerimento dessas garantias. Dessa forma, entende-se que elas servem para construir confiança no modelo de negócio e provar o comprometimento do Poder Público.¹⁹

Considerando especificamente o escopo da PPP tratada neste Relatório, tem-se que justamente por se tratar de uma concessão administrativa, em que a concessionária se remunerará em partes pela contraprestação do Poder Público, faz-se necessária a constituição de um sistema de garantias adequado. Isso porque, na remota hipótese de *default* do Poder Concedente, apesar da Concessionária auferir outras receitas, tal ausência de pagamento pode impactar negativamente sua operação e, por consequência, no serviço prestado.

Ademais, é preciso ressaltar que o Projeto está inserido em um contexto de mercado ainda em desenvolvimento, o que aumenta a pertinência da prestação de garantia. O mercado de PPPs para infraestrutura social, cultural e esportiva ainda não é consolidado em comparação com outros mais bem estabelecidos (como o setor de infraestrutura relativo à, energia e rodovias por exemplo), sendo a garantia uma forma do Poder Público demonstrar e construir confiança no modelo e atestar o comprometimento com eventual parceiro privado.

Assim, com relação às modalidades de garantia pública possíveis de serem prestadas, o art. 8º da Lei Federal nº 11.079/2004 dispõe o seguinte:

¹⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. R. Jurídica, Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 11-56, 2009-2.

¹⁹ DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Divisão de Conectividade, Mercados e Finanças. IV. Título. V. Série. IDB-MG-564, p. 18-19, 2017.

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal ;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Considerando a legislação municipal de Joinville, a Lei Municipal nº 9.048/2021 replica o quanto disposto na Lei Federal nº 11.079/2004, indicando em seu art. 3º que “Art. 3º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública Municipal, no âmbito de contratos de Parceria Público-Privada, poderão ser garantidas nos mesmos moldes previstos no art. 8º da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.”.

Diante do quanto posto, entende-se que uma proposta razoável para o Projeto é o de oferecimento de garantia pública por meio do depósito do valor equivalente a seis contraprestações mensais máximas em *escrow account* (conta caução de movimentação restrita junto a Instituição Depositária) em favor da Concessionária.

Conforme antes demonstrado, a Lei Federal nº 11.079/2004 prevê em seu artigo 8º, inciso IV, que a as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública podem ser garantidas por “*outros meios admitidos em lei*”, o que abre margem para a utilização de instrumentos como a conta caução vinculada, desde que haja previsão contratual expressa e respaldo na legislação orçamentária.

A adoção dessa *escrow account* confere importantes vantagens. Primeiro, mitiga o risco de inadimplemento público, ao garantir que parcela dos recursos necessários ao pagamento das contraprestações esteja previamente alocada em conta vinculada, com regras claras para liberação em caso de atraso. Essa previsibilidade confere maior segurança ao fluxo de receitas da Concessionária, sendo crucial em empreendimentos com elevado investimento inicial.

Segundo, a existência de garantia líquida e acessível aprimora a bancabilidade do Projeto. A previsibilidade no pagamento reduz o risco percebido por financiadores e investidores, facilitando o acesso a crédito em condições mais vantajosas, o que pode, por sua vez, reduzir o valor agregado à contraprestação pública.

Além disso, o formato de *escrow account* reforça a transparência e a governança contratual. Tratando-se de conta vinculada exclusivamente ao Contrato do Projeto, com movimentação por parte de Instituição Depositária independente restrita à ocorrência de inadimplemento do Poder Concedente, o instrumento assegura conformidade com os princípios constitucionais da legalidade, eficiência e publicidade, bem como facilita o controle por parte dos órgãos competentes.

Outra vantagem relevante é que os recursos permanecem sob titularidade pública até eventual utilização, o que salvaguarda a responsabilidade fiscal e permite compatibilidade com os instrumentos orçamentários do município, especialmente se houver regulamentação específica na Lei Orçamentária Anual (LOA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Por fim, ressalta-se que o valor de seis contraprestações mensais é constantemente utilizado em outros projetos que se utilizam da mesma modalidade de garantia, haja vista consistir em um valor que, ao mesmo tempo, cobre ao menos metade do valor de contraprestação anual e não representa um dispêndio muito significativa aos cofres do Tesouro Municipal. Nesse sentido, pode-se mencionar como benchmark recente a PPP na modalidade de concessão administrativa para a adequação, gestão e manutenção do estádio Governador Alberto Tavares Silva (“Albertão”) do Governo do Estado do Piauí, cuja minuta de contrato em sua cláusula 10 indica a constituição de garantia pelo Poder Concedente com o depósito em conta vinculada de três parcelas de “contraprestação máxima de operação” e de “contraprestação mensal máxima de operação” – resultando, no todo, um valor de seis parcelas de contraprestação mensal.

Sendo assim, conclui-se que o Sistema de Garantia proposto será capaz de garantir maior segurança jurídica às partes e à execução do Contrato, garantindo a contínua prestação dos serviços, além do cumprimento das obrigações pelo Poder Concedente. Ademais, eleva-se a atratividade e financiabilidade do Projeto diante do mercado e instituições financiadores.

6. CONCLUSÃO

Este documento do Produto 04 buscou apresentar, de modo preliminar, as questões relativas viabilidade jurídica do projeto de concessão do Novo Ginásio de Esportes. O objetivo principal do estudo é fornecer uma visão geral dos principais aspectos – jurídicos, regulatórios, ambientais, urbanísticos e tributários – que deverão ser considerados e aprofundados ao longo da elaboração do projeto.

Foi apresentada, ainda, uma síntese do procedimento que deverá ser observado pela Administração Municipal até a publicação do edital, bem como uma sugestão de minuta de projeto de lei que deverá autorizar a concessão.

Por fim, destacou-se a superioridade do modelo de contratação de PPP na modalidade concessão administrativa frente a outros modelos de contratação que, embora juridicamente possíveis, são economicamente desfavoráveis e não aproveitam as sinergias inerentes ao Projeto.

Em resumo, este produto representa um passo importante na compreensão da viabilidade da PPP do Novo Ginásio de Esportes e fornece informações essenciais para os próximos passos da modelagem.

ANEXO I – MINUTA DO PROJETO DE LEI

Projeto de Lei do Executivo nº XX de 20XX

Autoriza o Executivo Municipal a celebrar contrato de Parceria Público-Privada na modalidade de concessão administrativa com a iniciativa privada para a construção, gestão, operação, manutenção e exploração do Novo Ginásio de Esportes de Joinville, nos termos da Lei Municipal nº 9.048, de 2021, bem como da Lei Federal nº 11.079, de 2004.

O Prefeito de Joinville, no exercício de suas atribuições, conforme artigos 42 e 68, VI, Lei Orgânica do Município, faz saber que a Câmara de Vereadores de Joinville aprovou e ele sanciona a presente lei ordinária:

Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a celebrar contrato de Parceria Público-Privada na modalidade de concessão administrativa com a iniciativa privada para a construção, gestão, operação, manutenção e exploração do Novo Ginásio de Esportes de Joinville

§ 1º. O objeto da concessão é a administração, a gestão, a realização de futuras obras de implantação, a operação, a exploração comercial e a manutenção do Novo Ginásio de Esportes, nos termos estabelecidos no edital de licitação.

§2º. A concessionária poderá explorar os direitos de denominação ("*naming rights*") do equipamento público.

Art. 2º. Do contrato de concessão deverão constar, dentre outros, os seguintes elementos:

I – O objeto e prazo da concessão;

II – A descrição das condições necessárias à execução;

III - Os direitos e obrigações do Município e da concessionária em relação ao contrato de concessão;

IV – A autorização para que a concessionária celebre ajustes de direito privado para a exploração comercial dos espaços físicos e outros espaços de uso comum, dos quais não emergirão quaisquer direitos oponíveis ao poder público, ressalvado exclusivamente o direito à inscrição municipal para fins do exercício da sua atividade comercial no respectivo espaço;

V - Os indicadores de desempenho a serem observados pela entidade concessionária e as sanções a serem aplicadas na hipótese de seu não atingimento; e

VI - As hipóteses de extinção do contrato de concessão de uso do bem público, inclusive as condições para decretação de sua caducidade.

Art. 3º. Extinta a concessão autorizada por esta Lei Ordinária, a concessionária fará jus à indenização pelos investimentos não amortizados, nos casos e no montante autorizados pela Lei Federal nº 11.079, de 2004 e previstos no contrato de concessão.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.