PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

CHAMAMENTO PÚBLICO PMI Nº 0012/2023

Xanxerê/SC

CADERNO 4

MODELAGEM JURÍDICA

ambiental

CUIDANDO DA NOSSA CIDADE

/ ambientalcomvoce

ambiental
CUIDANDO DA NOSSA CIDADE

CHAMAMENTO PÚBLICO – PMI Nº 0012/2023
PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE – PMI Nº 0012/2023 VISANDO A OBTENÇÃO DE ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICO-FINANCEIRA E JURÍDICA, PARA A CONCESSÃO PATROCINADA DOS SERVIÇOS REFERENTES AO MANEJO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA URBANA.

CADERNO 4
MODELAGEM JURÍDICA

RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DOS ESTUDOS

CONSULTORIA DE APOIO

ambiental
CUIDANDO DA NOSSA CIDADE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 5

2. ANÁLISE JURÍDICO INSTITUCIONAL 6

2.1. Competência para a concessão dos serviços de saneamento básico 6

2.2. Legislação autorizativa da concessão dos serviços de saneamento básico 6

2.3. Legislação autorizativa de PPP 6

2.4. Legislação municipal autorizativa da cobrança de tarifa 7

2.5. Demais exigências jurídicas para celebração de PPP 8

2.6. Responsabilidade fiscal 10

3. ESTRUTURAÇÃO DA MODELAGEM JURÍDICA 12

3.1. Aspectos licitatórios 12

3.1.1. Modalidades de contratação 12

3.1.1.1 Modalidades de contratação juridicamente possíveis 12

3.1.1.2 Modalidade de contratação adotada 15

3.1.2. Modalidade de licitação adotada 18

3.1.3. Critério de julgamento adotado 19

3.1.4. Sugestão dos critérios para habilitação das licitantes 30

3.1.5. Participação de consórcios 34

3.1.6. Ordem das fases do certame licitatório 35

3.1.7. Garantia de proposta 39

3.1.8. Diretrizes para o licenciamento ambiental 40

3.1.9. Processo administrativo licitatório 40

3.1.10. Procedimento para realização de audiência e consulta pública 44

3.2. Aspectos contratuais 45

3.2.1. Prazo da concessão 45

3.2.2. Procedimento para assinatura do contrato 45

3.2.3. Obrigações das partes envolvidas 46

3.2.4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato 48

3.2.5. Garantias contratuais exigidas e estrutura de garantias 50

3.2.6. Regulação e fiscalização 51

3.2.7. Penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das obrigações contratuais 51

3.2.8. Casos de extinção da concessão e reversão dos bens 52

3.2.9. Mecanismos amigáveis de solução de divergências 52

3.3. Diretrizes regulatórias relevantes 53

4. ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA 55

4.1. Pagamento de contraprestação pública 55

4.2. Garantia do pagamento da contraprestação pública 56

4.2.1. Modalidades de garantia juridicamente possíveis 56

4.2.2. Modalidade de garantia adotada 65

4.3. Cobrança de tarifa 66

4.4. Fase de transição 66

4.5. Avaliação de desempenho da concessionária 67

4.5.1. Sistema de mensuração de desempenho 67

4.5.2. Revisão dos indicadores de desempenho 69

4.6. Fluxo correspondente às etapas de pagamento 70

5. AVALIAÇÃO DE IMPACTOS E RISCOS 75

5.1. Riscos do projeto e distribuição entre as partes 77

6. MINUTAS DE INSTRUMENTOS LICITATÓRIOS E DEMAIS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO 80

6.1. Anexo I – Minuta do edital de licitação e seus anexos 80

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SIGLAS	DEFINIÇÃO
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
LGC	Lei Geral de Concessões
LLC	Lei de Licitações e Contratos Administrativos
LPPP	Lei de Parceria Público-Privada
NR	Norma de Referência
PEA	Programa de Educação Ambiental
PNRS	Política Nacional de Resíduos Sólidos
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PPP	Parceria Público-Privada
SLU	Serviço de Limpeza Urbana
SMRS	Serviço de Manejo de Resíduos Sólidos
TMR	Tarifa de Manejo de Resíduos

1. INTRODUÇÃO

O Município de Xanxerê publicou o PMI nº 0012/2023 visando a obtenção de estudos e projetos de interessados que tragam soluções ou indicações, com a finalidade de contratação de parceria público-privada ou de concessão, objetivando soluções para os serviços referentes ao manejo dos resíduos sólidos e limpeza pública, conforme detalhamento previsto nos anexos do PMI.

A Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento Ltda. foi autorizada a realizar os estudos jurídicos por meio da publicação nº 5380454, realizada na edição nº 4395 do DOM/SC. Os estudos técnicos elaborados para a viabilização do projeto foram realizados por uma equipe multidisciplinar, com reconhecida capacitação técnica em suas respectivas áreas de atuação.

O presente Caderno 4 – Estudo de Modelagem Jurídica (“Caderno”) retrata a modelagem jurídica pensada para o projeto, após o desenvolvimento dos estudos pertinentes. Este documento apresenta, além desta introdução, as seguintes seções:

- Seção 2: Análise jurídico institucional;
- Seção 3: Estruturação da modelagem jurídica;
- Seção 4: Estrutura de remuneração da concessionária;
- Seção 5: Avaliação de impacto e riscos.

2. ANÁLISE JURÍDICO INSTITUCIONAL

Esta seção analisa e justifica a viabilidade jurídico-institucional da modelagem ora proposta para o projeto de concessão patrocinada dos serviços de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana do município de Xanxerê/SC, cujos detalhes serão descritos nas seções seguintes.

Como se verá adiante, a modelagem jurídica sugerida consiste na outorga da prestação dos serviços públicos supracitados mediante concessão patrocinada – uma das modalidades juridicamente possíveis de parceria público-privada (PPP). A contratação deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência, do tipo técnica e preço para obtenção da melhor proposta, resultante da combinação da melhor técnica com o menor preço, sendo vencedor aquele licitante que alcançar a maior nota final, decorrente das pontuações obtidas na proposta técnica e proposta econômica.

2.1. Competência para a concessão dos serviços de saneamento básico

Tendo em vista o impacto local dos serviços prestados no bojo da Concessão, tem-se a aplicação do art. 32, §1º e art. 30, inciso V c/c art. 175, da Constituição Federal, segundo os quais compete aos municípios prestarem, de forma direta ou indireta, sob o regime de concessão ou de permissão, sempre precedido de licitação, os serviços públicos de interesse local.

2.2. Legislação autorizativa da concessão dos serviços de saneamento básico

A Lei Federal nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga das concessões de serviços públicos, prevê, em seu art. 2º que, com exceção dos casos de saneamento básico e limpeza urbana, é vedado aos entes federativos executarem serviços públicos por meio de concessão sem lei que lhes autorize e fixe os termos.

2.3. Legislação autorizativa de PPP

Quanto à possibilidade legislativa de criação de PPP para essa finalidade, verifica-se a aplicação do instituto das parcerias público-privadas a nível nacional por meio da LPPP, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos

Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além disso, a Lei Municipal nº 4.034/2018 institui o Programa de Parceria Público-Privada e Concessões, com o objetivo de promover, fomentar, coordenar, disciplinar, regular e fiscalizar parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública Municipal de Xanxerê/SC.

2.4. Legislação municipal autorizativa da cobrança de tarifa

A Lei Orgânica do Município prevê, em seu art. 69, que as tarifas dos serviços concedidos devem ser fixadas pelo Poder Executivo:

> *"Art. 69. Compete privativamente ao prefeito, as atribuições:*
> *(...)*
> *XXI - Fixar tarifas de serviços públicos, concedidos ou permitidos, bem como dos prestados diretamente pelo município, observada a legislação municipal;"*

Ademais, a Norma de Referência nº 1/2021 (NR1) editada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), com o objetivo de dispor justamente sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, orienta o seguinte em seu item 6.1:

> *"6.1. Fixação do valor inicial da tarifa*
>
> *A TARIFA pode ser instituída mediante:*
> *I) contrato de concessão, de acordo com o mecanismo de definição do valor inicial da TARIFA no edital de concessão;*
> *II) ato administrativo do TITULAR, quando o serviço for prestado pela administração direta, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista controlados pelo TITULAR, ou por concessão administrativa regida pela Lei nº 11.079/2004;*
> *III) ato da ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU, de maneira subsidiária, nos termos do item 6.1.3.*
>
> *6.1.1. Fixação do valor inicial por contrato*
>
> *6.1.1.1. Considera-se que a TARIFA prevista em contratos de concessão atende ao disposto nesta Norma de Referência caso a ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU tenha se manifestado formalmente sobre a adequação da minuta do contrato às disposições da Norma, anteriormente à publicação da consulta pública do edital para seleção do PRESTADOR DE SERVIÇO.*
> *6.1.1.2. Caso, na data da publicação de consulta pública do edital para seleção do PRESTADOR DE SERVIÇO, ainda não exista a ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU, a manifestação prevista no item 6.1.1.1 deve ser feita pelo TITULAR ou pela ESTRUTURA DE PRESTAÇÃO REGIONALIZADA.*
>
> *6.1.2. Fixação do valor inicial por ato administrativo*

Salvo expressa disposição legal em contrário, a TARIFA pode ser definida mediante ato administrativo do Distrito Federal, do Município ou da ESTRUTURA DE PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, atendidas as diretrizes para a política tarifária previstas na Lei no 11.445/2007.

6.1.3. Fixação do valor inicial pela Entidade Reguladora

Na ausência de INSTRUMENTO DE COBRANÇA definido mediante contrato ou por ato administrativo do Distrito Federal, do Município ou de ESTRUTURA DE PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, até 31 de dezembro de 2021, a ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU deve consultar o TITULAR ou a ESTRUTURA DE PRESTAÇÃO REGIONALIZADA quanto à sua intenção de instituí-lo. Caso, após 60 dias, não haja resposta ou seja negativa, a ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU, que possuir atribuição legal, deve definir a TARIFA do SMRSU, seguindo as diretrizes desta Norma de Referência."

Assim, diante das hipóteses permitidas pela legislação aplicável, recomenda-se para o caso concreto, pelos princípios da economicidade e eficiência, que a definição do valor inicial da tarifa seja por meio do próprio contrato de concessão, cuja minuta será submetida à agência reguladora competente.

2.5. Demais exigências jurídicas para celebração de PPP

É sabido que a escolha pela contratação na modalidade de concessão patrocinada requer também que haja a demonstração de ganhos de eficiência para a Administração Pública.

Para tanto, e seguindo as lições aprendidas com a experiência internacional em contratos de PPP, o projeto vem sendo estruturado de forma que tanto a realização das obras, quanto a prestação dos serviços, sejam contempladas dentro da mesma licitação. A não segregação das atividades em licitações distintas encontra justificativa nos ganhos consideráveis de eficiência e qualidade, bem como na redução de custos e riscos, resultantes de execução das obras e prestação dos serviços por empreendedor único.

Nesse sentido, a prestação integrada dos serviços maximiza a economicidade da contratação e gera ganhos de escala e de eficiência, tanto na qualidade dos serviços prestados, quanto na sistemática de fiscalização, garantidas justamente em razão do parceiro privado ser responsável por promover todas as etapas de execução dos serviços e assumir todos os riscos inerentes à essa execução.

Além disso, a junção do escopo permite que seja efetivamente praticada a gestão integrada de resíduos sólidos, perpassando o ciclo amplo e completo, desde a limpeza urbana até a destinação ambientalmente adequada, envolvendo um conjunto de ações integradas para a

busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, sob a premissa do desenvolvimento sustentável, conforme definição da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010).

Do ponto de vista econômico-financeiro a prestação integrada dos serviços ainda possibilita:

- Ganhos de escala, com a queda do custo marginal (custo necessário à produção de mais uma unidade do bem ou serviço) na medida que se aumenta o volume produzido; e

- Ganhos de escopo, devido ao aproveitamento da estrutura de ativos e de operação para os serviços, por exemplo, a economia advinda da necessidade de somente uma estrutura administrativa para gerir todos os escopos pretendidos neste projeto e de melhor negociação com fornecedores.

Além disso, por força das previsões da LPPP, o procedimento licitatório também está condicionado a:

- Autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação; a justificativa pela opção da PPP; que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais; a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar Federal nº 101/2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato (art. 10, I);

- Elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP (art. 10, II);

- 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 (art. 10, III);

- 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 (art. 10, IV);

- Seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado (art. 10, V);

- Submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, 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 (art. 10, VI); e

- Licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, VII).

2.6. Responsabilidade fiscal

A responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs é diretriz imposta pela LPPP, a qual traz uma série de exigências e limitações à contratação de PPPs.

Como visto anteriormente, a primeira exigência diz respeito à comprovação de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na lei de diretrizes orçamentárias do município, devendo seus efeitos financeiros decorrentes do aumento de despesa, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Tal imposição, como já mencionado, é condição precedente à abertura do procedimento licitatório e dispõe basicamente sobre a aplicação dos arts. 15 a 17 da Lei Complementar nº 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”) às PPPs, os quais estabelecem mecanismo para controle dos fluxos de pagamento da contraprestação criada em virtude da celebração do contrato de concessão patrocinada.

Outra condicionante imposta pela LPPP à abertura do certame é a elaboração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que a PPP deve vigorar, a qual consiste em estudo similar ao estudo demonstrativo de “compatibilidade com as metas fiscais”, tratado na alínea b, inciso I, do art. 10.

Ademais, a legislação de regência, no inciso IV do art. 10, impõe como requisito indispensável à realização da licitação a obtenção da estimativa de recursos públicos necessários para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública. Tal estimativa se faz necessária para a efetiva realização dos estudos sobre a compatibilidade da PPP com as metas fiscais, bem como sobre a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro gerado com a celebração do contrato. Há de se ressaltar ainda que a estimativa do fluxo de recursos

públicos é de suma importância para a avaliação do cumprimento do limite de despesas com PPP estabelecido no art. 28 da LPPP.

Por fim, a mesma lei ainda impôs, por via indireta, limitação ao envolvimento financeiro do Município de Xanxerê em contratos de concessão patrocinada, tendo estabelecido que a União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias por ele já contratadas tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou quando as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Neste sentido, em 20/04/2023, a Secretaria do Tesouro Nacional, editou a Portaria STN/MF nº 138/2023, a qual estabeleceu normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP.

Para o projeto, vale destacar o art. 2º, II, e o art. 2º, parágrafo único, I. O primeiro dispositivo indica que despesas de custeio relativas à prestação de novos serviços derivados da PPP e gerados pela delegação, devem ser considerados no conceito de despesas de caráter continuado para fins de aferição do atingimento dos limites de receita corrente líquida. O segundo dispositivo indica que as despesas que já eram realizadas de maneira recorrente nos serviços e bens concedidos não serão consideradas no cálculo das despesas de caráter continuado. Para tanto, a legislação determinou a obrigatoriedade de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de PPPs encaminharem ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para este cálculo, valendo-se então dos estudos demandados pelo art. 10 do referido diploma legislativo.

Diante do exposto, os estudos econômicos deste trabalho realizaram uma análise das despesas e receitas do Município de Xanxerê para fins de verificar possíveis implicações decorrentes das normas relativas à responsabilidade fiscal impostas pela LPPP (ver Caderno 3 – Estudo de Modelagem Econômico-Financeira).

3. ESTRUTURAÇÃO DA MODELAGEM JURÍDICA

Esta seção apresenta a estruturação da modelagem jurídica adotada para o projeto de concessão patrocinada dos serviços de limpeza urbana, coleta e destinação final de resíduos sólidos do município de Xanxerê /SC. Para tanto, identifica os principais temas necessários à estruturação do modelo e, em sequência, tece os comentários jurídicos pertinentes.

Assim, a seção é organizada em três subseções – a primeira para tratar dos aspectos licitatórios, a segunda dos aspectos contratuais relevantes e a última das diretrizes regulatórias relevantes.

3.1. Aspectos licitatórios

3.1.1. Modalidades de contratação

A definição da modalidade de contratação a ser adotada na implementação de qualquer projeto de infraestrutura depende da natureza dos serviços contratados, dos estudos de viabilidade, dos riscos envolvidos e de fatores políticos e institucionais.

3.1.1.1 Modalidades de contratação juridicamente possíveis

Para identificar o modelo de contratação mais adequado à consecução do objeto do contrato a ser celebrado e, consequentemente, ao atendimento dos interesses públicos e privados envolvidos, é necessário analisar, ainda que sucintamente, os principais elementos e requisitos de cada uma das modalidades de contratação admitidas pelo seu ordenamento jurídico pátrio, a saber: (i) contratação administrativa tradicional; (ii) concessão comum; e (iii) parceria público-privada, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa.

- **Contratação administrativa tradicional**

Por contratações públicas tradicionais entendem-se como aquelas fundamentadas na LLC, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 06/2022, que dispõe sobre Licitações e Contratos Administrativos, no âmbito do Poder Executivo Municipal de Xanxerê/SC.

Diferentemente das concessões comuns e parcerias público-privadas, como se verá mais

adiante, os contratos administrativos tradicionais sujeitam-se exclusivamente à mencionada Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e apresentam grau de complexidade significativamente menor.

Para esse tipo de contratação tradicional não há valores mínimos ou máximos para a celebração dos contratos administrativos, devendo a Administração Pública apenas adotar a modalidade licitatória mais adequada para o caso concreto. E, nesse caso, a totalidade dos desembolsos sairá dos cofres públicos, não sendo aplicável a cobrança de tarifa dos usuários dos serviços prestados.

- **Concessão comum**

A concessão comum de serviços públicos, precedidos ou não da realização de obras públicas, não é matéria nova no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o instituto regulado pela LGC.

Em suma, a concessão comum é o mecanismo através do qual o Poder Público delega ao particular a exploração de determinado serviço público, fixando as condições mínimas de qualidade para tanto, tendo a concessionária o direito de ter suas atividades remuneradas pela cobrança de tarifas dos usuários.

Como se verá a seguir, com o advento da LPPP, o principal elemento diferenciador das concessões comuns para as parcerias público-privadas é a autossustentabilidade econômica dos contratos: enquanto nas parcerias público-privadas o Poder Concedente deve aportar recursos na prestação do serviço, por meio do fornecimento de contraprestação pecuniária à concessionária, as concessões comuns se sustentam apenas com a cobrança de tarifa dos usuários – somada, em alguns casos, a exploração de receitas acessórias – podendo, inclusive, ocorrer de a concessionária ter que pagar ao Poder Concedente um montante pré-fixado pela outorga da concessão.

Uma segunda diferença no que diz respeito a essas modelagens de contrato é o fato de a LGC não ter pré-fixado, para as concessões comuns, patamares mínimos no que se refere ao valor e prazo de duração dos contratos, permitindo uma maior flexibilidade na sua pactuação pela Administração Pública. Cumpre ressaltar, contudo, que a vigência dos contratos deve, obrigatoriamente, estar atrelada à amortização dos investimentos da concessionária.

- **Parceria Público-Privada**

Por fim, as parcerias público-privadas são formas contratuais introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela LPPP, com o intuito de viabilizar economicamente projetos de infraestrutura complexos, de longa duração, que envolvem vultosos investimentos e que, por essa razão, de outra forma – adotando-se outra modalidade de contratação –, não seriam exequíveis.

No âmbito da Administração Pública Municipal, o Decreto Municipal nº 06/2022 institui o Programa de Parceria Público-Privada e Concessões de Xanxerê/SC, com o objetivo de promover, fomentar, coordenar, disciplinar, regular e fiscalizar parcerias público-privadas.

Diferenciando-se da concessão comum, as PPPs podem se dar em duas modalidades: as concessões administrativas e as concessões patrocinadas. Na primeira modalidade, a remuneração da concessionária contratada advém de contraprestação pública, desembolsada pelo Poder Concedente. Já na segunda, a contraprestação pública paga pelo Poder Concedente é somada à cobrança de tarifa, a ser paga pelos usuários do serviço prestado, compondo ambas a remuneração da concessionária.

Vale ressalvar que nas duas modalidades é possível haver também algum tipo de aporte público pelo Poder Concedente com o objetivo específico de custear a realização de obras e a aquisição de bens reversíveis, com a finalidade de minimizar custos financeiros do projeto assumidos pelo parceiro privado e otimizar a eficiência da modalidade de contratação.

Em razão da forma como se dá a remuneração da concessionária, tem-se que o modelo de concessão patrocinada só pode ser adotado quando se está a tratar da prestação de serviço público que admite a cobrança de tarifa dos usuários. Por outro lado, a concessão administrativa pode ser utilizada para os serviços públicos em que a cobrança da tarifa é vedada por lei ou, ainda, quando o principal receptor dos serviços públicos é a própria Administração Pública.

Em outras palavras, é recomendado, quando da definição da modelagem da contratação, verificar se o serviço objeto da concessão é um serviço público *strictu sensu* – ou seja, cuja finalidade imediata é oferecer determinada utilidade ou comodidade material fruível diretamente pela coletividade, como é o caso do fornecimento de transporte, água, energia elétrica, etc. – ou um serviço público não diretamente usufruído pela coletividade – ou seja, mera atividade material prestada à Administração Pública que só beneficia a coletividade de forma indireta, como é o caso dos serviços administrativos internos, serviços diplomáticos,

trabalhos de pesquisa, etc.

Isso porque, quando a contratação envolver a prestação de serviços públicos direta e individualmente fruíveis pelos usuários, a princípio, cabe à Administração Pública optar pelo regime da concessão comum ou regime de PPP na modalidade de concessão patrocinada. Já a concessão administrativa é recomendável quando não for factível a individualização da tarifa pela prestação dos serviços – como é o caso, por exemplo, da implantação de presídios – ou, como já dito, quando a Administração Pública for a própria usuária, direta ou indireta, dos serviços prestados.

Além desse diferencial, outra característica marcante das PPPs é o oferecimento, pelo Poder Concedente, de garantias de pagamento da contraprestação pecuniária e/ou do aporte público devido ao parceiro privado, sobretudo tendo em vista a complexidade, quantidade de investimento envolvido e longo prazo de duração desses contratos. A garantia de pagamento, vale pontuar, pode ser ofertada em uma das várias modalidades admitidas pelo ordenamento jurídico vigente.

É válido pontuar também a vedação prevista pela LPPP de utilização da modalidade de PPP para contratos (i) cujo valor seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (ii) cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou (iii) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

3.1.1.2 Modalidade de contratação adotada

Tendo em vista o grande vulto e complexidade da Concessão ora pretendida pelo município de Xanxerê, a combinação de mais de um tipo de serviço público no objeto do contrato – limpeza urbana, coleta de resíduos sólidos e destinação final de resíduos sólidos – e a necessidade de financiamento privado para a execução do objeto contratual, entende-se atender melhor ao interesse público a contratação no regime de PPP, na modalidade de concessão patrocinada.

Importa ressaltar que, em se tratando de PPP, não se aplica o disposto no art. 47, II, da LLC que determina a divisão do objeto das contratações em tantas parcelas quanto se comprovarem técnica e economicamente viáveis. Muito pelo contrário, o art. 4º, inciso I, da LPPP é expresso ao estabelecer como diretriz da contratação a "*eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade*". Assim, no caso concreto,

é de se notar que os serviços relativos à limpeza urbana e coleta, tratamento e destinação final de resíduos sólidos se complementam, existindo sinergia na prestação dos serviços, compartilhamento de equipamentos, e exigem estruturas administrativas e gerenciais muito próximas. Assim, a modelagem técnica, jurídica e econômica foi considerada englobando ambos os serviços.

Com relação à modelagem econômica, vale destacar que a combinação de pagamento de contraprestação pública pelo Poder Concedente e de cobrança de tarifas dos usuários dos serviços permitirá associar distintas formas de remuneração da concessionária contratada para os diferentes serviços que pretende-se que sejam prestados, a saber: (i) a contraprestação pública remunerará o serviço de limpeza urbana que tem como destinatário direto a Administração Pública, os investimentos obrigatórios relacionados à limpeza urbana e outros serviços que porventura não possam ser remunerados pela tarifa; ao passo que (ii) a Tarifa de Manejo de Resíduos (TMR), a ser paga pelos usuários, remunerará os serviços de manejo de resíduos sólidos e investimentos obrigatórios relacionados ao manejo de resíduos sólidos.

A razão da necessidade de se adotar duas formas distintas de remuneração nesse caso tem assento jurisprudencial: o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 576321, consolidou o entendimento já adotado pelo Tribunal em oportunidades anteriores no sentido de que "*as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos*".

Tal entendimento foi, inclusive, objeto da Súmula Vinculante nº 19, que firma a tese de que "*a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal*".

Vale pontuar que, na oportunidade desse julgamento, o STF também confirmou a possibilidade da utilização de adoção, na apuração do montante devido de taxa, de um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto (como é o caso do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU), desde que não se verifique identidade integral entre a base de cálculo da taxa e do imposto.

Esse entendimento, por sua vez, também restou consolidado pelo STF na publicação da Súmula Vinculante nº 29.

Diz-se na decisão do Tribunal, aliás, que, no cálculo da taxa, não há como se exigir correspondência precisa com o valor despendido na prestação do serviço, ou, ainda, a adoção de fatores exclusivamente vinculados ao seu custo. O que a Constituição Federal reclama é que, em seu cálculo, se verifique uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado.

Nesse ponto vale dizer que, no que se refere à cobrança, a Lei Federal nº 14.026/2020 (“Novo Marco Legal do Saneamento Básico”) estabeleceu diversos critérios a serem observados para a cobrança da tarifa ou taxa para a prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos, critérios esses que foram regulamentados pela NR1 editada pela ANA.

De acordo com essas normas, a cobrança de tarifa ou taxa deve prezar pela sustentabilidade econômico-financeira do serviço e pela modicidade tarifária. Assim, para a fixação do valor a ser cobrado, devem ser observadas: (i) as categorias de usuários; (ii) os padrões de uso ou de qualidade requeridos; (iii) uma quantidade mínima de consumo ou utilização do serviço; (iv) o custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas e para a destinação adequada dos resíduos coletados; (v) os ciclos significativos de aumento de demanda dos serviços; (vi) a frequência da coleta; e (vii) a capacidade de pagamento dos consumidores.

Em relação a esse último critério, qual seja, a capacidade de pagamento dos consumidores, sugere-se que sejam considerados: (i) o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada; (ii) as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas; (iii) o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio; e (iv) a frequência de coleta.

Da análise dos fatores mencionados, há ainda a possibilidade de estabelecimento, aos usuários de baixa renda, de cobrança social, que poderá adotar o Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) do Governo Federal para identificação dos beneficiários ou, se o serviço de saneamento for cofaturado com o serviço público de abastecimento de água, se utilizar dos mesmos critérios de definição da tarifa social desse último serviço.

Quanto ao documento de arrecadação para a cobrança, são três as possibilidades normativas: (i) adoção de uma fatura específica para o serviço de manejo de resíduos sólidos;

(ii) cofaturamento em conjunto com o serviço de abastecimento de água ou outro serviço público; e (iii) somente em caso de impossibilidade das duas primeiras metodologias, é permitido que a cobrança conste no carnê ou guia do IPTU.

Uma vez identificada a modalidade mais adequada para a Concessão – concessão patrocinada –, para a estruturação jurídica da contratação, faz-se necessário observar alguns dos elementos definidores desse modelo, sem prejuízo das demais considerações técnicas apresentadas ao longo deste Caderno.

De início, destaca-se que, em razão do comando da LPPP, a Concessão deverá contar com as seguintes características:

- Valor mínimo de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) (art. 2º, §4º, I);
- Prestação dos serviços por no mínimo 5 (cinco) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos (arts. 2º, §4º, II, e 5º, I);
- Impossibilidade de limitação do objeto ao fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, §4º, III);
- Repartição objetiva dos riscos assumidos pelas partes (art. 4º, VI);
- Pagamento de contraprestação pelo Poder Concedente como forma de remuneração dos serviços prestados (art. 6º);
- Oferecimento de garantias pela Administração para o pagamento da contraprestação (art. 8º);
- Emprego de mecanismos privados de resolução de disputas – arbitragem (art. 11, III).

3.1.2. Modalidade de licitação adotada

Como já dito, os estudos técnicos levaram à conclusão de que os serviços a serem prestados no âmbito do projeto deverão ser outorgados mediante concessão patrocinada. Nesse caso, é obrigatório, por força do art. 10 da LPPP que a contratação seja precedida de licitação na modalidade concorrência.

3.1.3. Critério de julgamento adotado

Quanto ao critério de julgamento a ser adotado, os estudos apontaram para a realização de uma licitação do tipo técnica e preço para obtenção da melhor proposta, resultante da combinação da melhor técnica com o menor preço, sendo vencedor aquele licitante que alcançar a maior nota final, decorrente das pontuações obtidas na proposta técnica e proposta econômica.

- **Critérios de julgamento para concessões e PPPs**

O regime jurídico aplicável às PPPs envolve, além da LPPP, a LGC e a LLC. Aliás, na forma do § 1º do art. 3º, da LPPP, às concessões patrocinadas aplica-se subsidiariamente o disposto na LGC e nas leis que lhe são correlatas. Especificamente no que tange à licitação, o art. 12 da LPPP indica expressamente que o "certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos".

O mesmo art. 12 aborda os critérios de julgamento possíveis para a contratação de PPPs, dispondo que o julgamento poderá: (i) ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes; (ii) adotar como critérios aqueles previstos nos incisos I a V do art. 15 da LGC; (iii) adotar como critério o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; ou (iv) a melhor proposta em razão da combinação do critério do menor valor da contraprestação com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Os incisos de I a V do art. 15 da LGC, por sua vez, estabelecem os seguintes critérios de julgamento: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (iii) a combinação, dois a dois, dos critérios de menor valor da tarifa, maior oferta e melhor oferta de pagamento pela outorga, após a qualificação de propostas técnicas; (iv) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (v) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (vi) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (vii) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Assim, a legislação específica indica os critérios de julgamento possíveis para a licitação de PPPs e concessões comuns. Não indica, todavia, o procedimento da licitação nem mesmo os parâmetros para avaliar o cabimento de cada critério, o que conduz à conclusão de que a eleição do critério de julgamento deve partir de uma análise conjunta à luz da LPPP, LGC e LLC. Esta premissa também se verifica: (i) porque a LLC trouxe expressamente a sua aplicação subsidiária à legislação sobre concessões e PPPs (art. 186); (ii) porque a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB).

Ao se deparar com a gama de critérios de julgamento apresentados pela LPPP e LGC é preciso compreender que todos são normativamente possíveis, mas não são adequados indistintamente a todos os processos. O critério de julgamento adequado depende diretamente do caso concreto, do objeto licitado. Assim, é preciso recorrer à legislação que trouxe parâmetros para a sua definição, qual seja a LLC. Para a situação concreta a análise irá se concentrar nas hipóteses em que é possível a exigência de propostas técnicas, combinada com critérios de análise de preços, as quais são tratadas pela LLC de forma ampla como “técnica e preço”.

- **O cabimento das licitações técnica e preço na Lei nº 14.133/2021**

Nos termos do art. 36 da LLC o “julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta”, sendo cabível quando “a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração”.

E mais, que este critério servirá aos casos em que a contratação envolva: (i) serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual; (ii) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; (iii) bens especiais de tecnologia da informação e de comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia; ou (v) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Então, a avaliação do cabimento da ponderação entre técnica e preço nas licitações, de forma geral, envolve num primeiro momento a avaliação se o objeto licitado se enquadra em alguma das cinco hipóteses acima. Mas isso por si só não é suficiente. É preciso identificar se de fato se mostra relevante para o alcance dos resultados e metas contratuais que o contratado demonstre superar os requisitos mínimos previstos no edital, de forma a justificar a avaliação e ponderação da qualidade técnica dos licitantes.

Em outras palavras, que a maior qualidade técnica do contratado permitirá alcançar melhores resultados e efetivamente impactar na prestação dos serviços e alcance de metas contratuais, justificando a atribuição de maior pontuação àqueles que superarem os requisitos mínimos de habilitação. Essa constatação, naturalmente, determina a apresentação de justificativa no estudo técnico preliminar, por parte da Administração, ou no corpo dos estudos de viabilidade técnica, nos casos de concessões e PPPs demonstrando este enquadramento.

O passo seguinte diz respeito à definição dos critérios para a avaliação das propostas técnicas, que devem sempre ser passíveis de comprovação e avaliação objetivas e estar alinhados aos objetivos e perfil técnico da contratação.

É bem verdade que a metodologia de execução pode impactar no alcance das metas mínimas, o que, por si só, poderia ser suficiente para justificar uma licitação do tipo técnica e preço. No entanto, é recomendável avaliar o estabelecimento de metas e notas gradativas para o sistema de pontuação, partindo do mínimo exigível e chegando ao padrão máximo de qualidade do projeto.

Dito isso, quanto à abrangência dos critérios, o art. 37 da LLC dispõe que deverá ser considerado na pontuação técnica (i) o desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública; (ii) a capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados, e (iii) atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues. Na hipótese de definição de pontuação devido à capacitação técnico-profissional deve ficar comprovado que a execução do respectivo contrato teve a participação direta e pessoal do profissional correspondente.

- **Técnica e preço nas PPPs para concessão de serviços de manejo de resíduos**

sólidos e limpeza urbana

Considerando a incidência dos pressupostos delineados na LLC, tem-se que projetos de concessão de serviços de manejo de resíduos sólidos (SMRS) integrados com aqueles de limpeza urbana (SLU) enquadram-se naqueles licitáveis por meio da adoção de critério de julgamento conjugando fatores de preço com técnica. Ou seja, os serviços integrados de SMRS e SLU são perfeitamente enquadráveis em hipótese legal que possibilidade a adoção da denominada técnica e preço. Trata-se de serviços que admitem soluções específicas e alternativas com variações de execução (LLC, art. 36, § 1º, inc. V).

O ciclo de atividades essenciais para a gestão efetiva dos resíduos, compreendendo desde atividades de limpeza urbana até a destinação ambientalmente adequada, envolve um conjunto de ações integradas para a busca de soluções plenas. De modo que a perfeita execução destes demandará (e dependerá de) atuação por meio de complexas e sofisticadas técnicas operacionais da concessionária, intimamente ligadas à saúde pública da população/usuário do serviço público concedido.

Por exemplo, as atividades de disposição final dos resíduos sólidos, incluindo a operação, tratamento, controle tecnológico e manutenção de aterro sanitário, de acordo com as normas técnicas aplicáveis e legislação ambiental e de saúde pertinentes, podem ser executadas por diversos métodos tecnológicos.

No âmbito do projeto, uma das metas é a redução progressiva dos resíduos sólidos comuns a serem aterrados, observadas as condições mínimas previstas no Caderno de Encargos da Concessionária, cabendo a Licitante apresentar em sua proposta uma solução tecnológica capaz de atender as metas definidas.

Assim, há o enquadramento do caso concreto no art. 36, § 1º, inc. V, da LLC, já que a execução do serviço pela futura concessionária poderá contemplar a idealização de diversas metodologias de execução, sendo recomendável que o Poder Concedente avalie dentre as propostas aquela(s) que possuem melhor aderência aos objetivos pretendidos. Então, nada mais razoável do que realizar a avaliação técnica da proposta, com vistas a garantir o atingimento efetivo e dentro da melhor técnica de tal redução.

Portanto, a ponderação da qualidade técnica das propostas para além dos requisitos mínimos estabelecidos é relevante na busca de um adequado serviço público em área sensível como o saneamento (resíduos), especialmente porque o atingimento das metas mínimas e das

metas propostas no sistema de mensuração de desempenho – a fim de aumentar a eficiência do Contrato – está diretamente relacionado com a melhor qualificação técnica do Concessionário.

Para além disto, não é de se ignorar que a solução integrada possui elementos que podem ser enquadrados como serviços especiais de engenharia[1], tal como a operação, o tratamento, o controle tecnológico e a manutenção em aterro sanitário devidamente licenciado[2]. Hipótese que igualmente autorizaria a adoção de licitação técnica e preço (LLC, art. 36, IV).

Em complemento, a adoção exclusiva do critério preço revela-se potencialmente prejudicial aos objetivos inerentes aos serviços públicos essenciais de saneamento. Isso, pois, selecionar propostas exclusivamente baseadas no menor preço, sem considerar os diferenciais técnicos para a execução, aumenta o risco de contratar serviços de baixa qualidade técnica. Mais do que isso, impede a avaliação de diferentes propostas de tecnologia e de soluções para a gestão integrada dos resíduos sólidos.

Consequentemente, entende-se que a melhor proposta não pode gravitar única e exclusivamente em torno do menor preço em detrimento de critérios técnicos que impactam numa prestação do serviço de forma mais eficiente à população. A pretensão de concedê-los à iniciativa privada por meio também da valorização da proposta que apresente o melhor desempenho técnico juntamente com a melhor qualidade, objetiva contribuir com vistas a consecução de um serviço satisfatório.

A Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) já analisou

---

[1] Lei 14.133/2020: Art. Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
(...)
XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:
a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;
b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea "a" deste inciso.

[2] TJRS, Apelação Cível nº 5009888-02.2014.4.04.7102/RS. Administrativo. Ambiental. Instalação de lixão. Risco ambiental. Autuação e multa. Manutenção. 1. O aterro sanitário é uma obra de engenharia projetada sob critérios técnicos, cuja finalidade é garantir a disposição dos resíduos sólidos urbanos sem causar danos à saúde pública e ao meio ambiente, configurando local objeto de licenciamento, dentre outros órgãos, perante a autoridade ambiental.

situação análoga no Processo RPL 06/00167526[3] e manifestou-se pelo cabimento do critério técnica e preço nas licitações para a concessão dos serviços de limpeza urbana, tratamento e disposição final de resíduos, por considerar que (i) o inciso V do art. 15 da LGC autoriza este tipo de licitação (melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica); (ii) *"em se tratando de licitação cujo objeto envolva técnicas aprimoradas e conhecimento específico da empresa concessionária, torna-se plenamente justificável, legal e razoável a adoção do tipo técnica e preço*"; e (iii) o objeto em análise exige serviços, equipamentos e tecnologia de alta complexidade, pois envolve ações atinentes à saúde pública e à proteção do meio ambiente, dentre as quais destacam-se as relativas à disposição final dos resíduos sólidos domiciliares, comerciais e públicos, de acordo com as normas técnicas aplicáveis e legislação ambiental e de saúde pertinentes, incluindo a operação, tratamento, controle tecnológico e manutenção em Aterro Sanitário, devidamente licenciado e o transporte respectivo; o tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos dos serviços de saúde, de acordo com as normas técnicas e legislação aplicáveis; e a coleta seletiva de resíduos recicláveis, através da elaboração e setorização adequada à demanda do município.

Assim, concluiu que "*este Egrégio Tribunal de Contas corrobora a viabilidade da utilização do critério técnica e preço nas licitações para concessão de serviços de limpeza urbana, tendo em vista a necessidade imperiosa de conhecimentos específicos e técnicas apuradas e complexas por parte da empresa concessionária" e que "inquestionável é o entendimento de que a concessão de serviços públicos de limpeza urbana exige o domínio de técnicas operacionais complexas e sofisticadas*, pois está inserida em ações de saúde pública e saneamento ambiental, com o fim precípuo de proporcionar o bem-estar da coletividade"(grifamos). Outro caso análogo apontado no mesmo Relatório, que seguiu a mesma conclusão, foi a Representação 01/01965281.

Inclusive, conforme consta do mesmo Relatório de Instrução houve sentença proferida em Mandado de Segurança impetrado contra o mesmo Edital a qual consignou: "*Aludidas circunstâncias guardam consonância com a situação em análise, porquanto sabido que os serviços então licitados de coleta e destinação final do lixo pressupõem indispensável rigor técnico, operacional e qualitativo na sua execução, sem olvidar, evidentemente, a expressiva*

[3] O processo foi arquivado tendo em vista a anulação do certame.

projeção dos prejuízos que hipótese contrária acarretaria ao meio social como um todo"[4]

Acertados, pois, os entendimentos da Corte de Contas e do Poder Judiciário Catarinenses, uma vez que o cumprimento das metas do PLANARES, em especial no que diz respeito à destinação final dos resíduos sólidos, depende diretamente da solução técnica a ser proposta pelo Concessionário, logo, da capacidade técnica e do domínio de tecnologias que – de fato – sejam capazes de reduzir a quantidade de rejeitos encaminhados para a disposição final ambientalmente adequada. Além de recuperar e reintroduzir recursos na cadeia produtiva, reduzir impactos ambientais com o tratamento adequado dos resíduos e impulsionar o desenvolvimento sustentável.

Portanto, tanto sob o enfoque da LPPP (que confere certa margem de discricionariedade ao Poder Concedente) quanto a partir dos pressupostos da LLC e dos precedentes do TCE/SC, encontra-se perfeitamente justificada a adoção do critério técnica e preço para a concessão dos serviços de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana.

Sedimentado o cabimento do julgamento menor preço com melhor técnica para o projeto submetido à avaliação, tem-se que os critérios para avaliação da proposta técnica devem estar vinculados à busca da valorização da proposta que apresente o melhor desempenho técnico juntamente com a melhor qualidade.

Adotando-se, novamente, os pressupostos da LLC, a pontuação técnica considerará em linhas gerais aspectos atrelados[5] (i) a capacidade e a experiência do proponente; (ii) qualidade técnica da proposta; e (iii) qualificação das equipes técnicas. Didaticamente, o art. 37 desse diploma legal prevê:

> Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:
>
> I – verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por

[4] TJSC. Mandado de Segurança nº 036.06.002641-9.
[5] "Não obstante, a escolha do 'critério técnica e preço' se dá quando o objeto possibilita a idealização de diversas metodologias ou soluções. Tais alternativas deverão obrigatoriamente objeto de pontuação da proposta técnica, bem como as variantes e soluções de projeto – essas, sim, capazes de render outras vantagens, que não somente o preço. Dessa forma, tais critérios podem ser: a) qualidade; b) produtividade; c) rendimento; d) durabilidade; e) segurança; f) prazo de entrega; g) economia; h) outro benefício objetivamente mensurável, a ser necessariamente considerado nos critérios de julgamento de certame." (ZYMLER, Benjamin; BAETA, André Pachioni; SILVA, André Vilanova da; MOREIRA, Daniel Miranda Barros; BISPO, Fernanda Schreiber; ALVES, Francisco Sérgio Maia; MACHADO, Karine Lilian de Sousa Costa; DIOS, Laureano Canabarro. Novo Regime Jurídico de Licitações e Contratos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204).

> meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
>
> II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;
>
> III – atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Para além das definições mínimas a serem observadas pela futura concessionária, a concessão de SMRS e SLU poderá utilizar duas das hipóteses acima.

A **primeira** relaciona-se ao inciso I, diz respeito à "verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados".

Sugere-se a verificação da experiência mediante apresentação de atestados, com pontuação crescente, das licitantes que ultrapassarem um quantitativo mínimo, em função do acréscimo percentual da qualificação técnica mínima exigida. Isso porque é inequívoco que a empresa que já tenha atendido população em patamares mais próximos da realidade local com bons resultados possui maior experiência e, portanto, merece nota mais elevada. Ora, empresas que já executaram serviços contemplados na concessão em Município de porte similar à localidade da concessão, de forma satisfatória, possuem potencialmente melhores condições para atender a população local. E mais que isso, possuem conhecimento e domínio da técnica para atendê-los.

A valoração de pontuação técnica está umbilicalmente ligada à demonstração de maior capacidade da proponente na execução dos serviços de forma integrada, no caso. Consequentemente, alguns critérios, a exemplo da comprovação de simultaneidade na prestação dos serviços integrados, não podem ser exigidos como requisito de participação da concorrência (habilitação), uma vez que para tal fim as exigências devem ser as mínimas. Porém, em se tratando de pontuação técnica, condições que revelem especiais conhecimentos e experiências podem ser avaliados na ponderação a ser feita.

Justamente neste contexto, propõe-se pontuar a capacidade da empresa de executar simultaneamente os SMRS e SLU. Em outros dizeres, aquele proponente que já atendeu de

forma integrada ambos os serviços possuem conhecimentos técnicos que serão benéficos na futura execução da concessão e, portanto, tecnicamente apresenta um diferencial relevante[6].

Também com vistas a dimensionar a melhor proposta, ainda no âmbito de aplicação do inciso I acima mencionado, tem-se como possível pontuar a experiência satisfatória de empresas em prestação de relevantes serviços que compõem a concessão, mas que não são contemplados na exigência de qualificação técnica.

Exemplo disto será a pontuação para proponentes que tenham implantado unidade de tratamento de resíduos. Ora, um dos objetivos da concessão é justamente a implantação de uma unidade de tratamento para atendimento da meta de redução de resíduos sólidos comuns encaminhados para disposição final estabelecida no Caderno de Encargos. Não se exigirá que o proponente tenha implantado a unidade de tratamento como condição para participar da disputa. Contudo, com vistas a obter a melhor proposta, a experiência pretérita representa um diferencial técnico a ser valorado. Não se trata de limitar a participação, mas, sim, estabelecer uma melhor nota para quem já tenha experiência relacionada a um dos objetivos da concessão.

Ainda relacionado à verificação da capacitação e da experiência, reputa-se relevante pontuar a experiência concreta (e demonstrada) no licenciamento ambiental de empreendimento para

---

[6] Acerca do tema MATTJE:
1) Além da necessidade de serem objetivos os critérios de avaliação da proposta técnica, devem ser relevantes, adequados e satisfatórios para avaliar o grau de vantajosidade das propostas apresentadas. Ao se pontuar virtudes sem utilidades para a Administração, fere-se o princípio da vantajosidade. Assim sendo, devem receber maior pontuação as propostas tecnicamente superiores, dentro das necessidades a serem satisfeitas na execução contratual.
2) Os critérios para avaliação da proposta técnica não podem ser "aleatórios e impertinentes", devendo estar vinculados à busca da valorização da proposta que apresente o melhor desempenho técnico juntamente com a melhor qualidade. Tais critérios técnicos devem ser avaliados com parcimônia, pois, se mal utilizados, poderão levar ao direcionamento de uma licitação. Os gestores se estiverem em conluio com uma determinada empresa, poderão definir critérios irrelevantes de acordo com a necessidade e experiência da empresa, que acabará recebendo uma maior nota técnica e, provavelmente, vencerá o certame.
3) Assim, constata-se que, mesmo que se estipule no Edital critérios objetivos, a sua relevância deve ser tão importante a ponto de manter o princípio da vantajosidade da proposta escolhida pela Administração Pública. Pode haver interesses particulares que acabam ferindo outros princípios, tais como o da isonomia, da impessoalidade e da competitividade, visto que critérios mal definidos podem favorecer um proponente em detrimento de outro e, conforme apropriadamente mencionado acima, direcionar a escolha da proposta vencedora àquela que previamente já "foi escolhido" pela Administração Pública. (MATTJE, Alysson. Tipo de Licitação Mais Indicada em Concessões de Transporte Coletivo Municipal. Monografia submetida ao Curso de Especialização Lato Sensu em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação Escola de Governo – ENA e Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC. Florianópolis, 2013).

o processamento e tratamento dos resíduos[7]. Isso revela domínio relevante da técnica, que configura plus aos requisitos mínimos de participação na futura disputa.

O TCU, citado aqui como referencial, ensina que se deve também "*pontuar a proposta técnica de acordo com a valoração da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada e não, somente, decorrente da experiência profissional das contratadas ou de seus responsáveis técnicos*"[8].

Neste contexto, a **segunda** hipótese está prevista no inciso II do art. 37 da LLC, que trata da "*atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues*" também será pode ser contemplada em projetos de SMRS e SLU.

Trata-se de expor a abordagem que utilizará na execução dos serviços, dividindo-os por fases. Isso inclui a enumeração das atividades propostas, a conformidade com o cronograma, a representação gráfica das atividades, os métodos e tecnologias empregados no desenvolvimento dos serviços e a estrutura para a execução, abrangendo também o planejamento global das etapas. Deve-se detalhar as técnicas que pretende empregar no planejamento. Tudo isso de forma a demonstrar a capacidade técnica de cumprir com os objetivos da contratação.

A avaliação qualitativa deve ser feita por uma banca especificamente designada para tal fim[9]. Caberá aos profissionais designados avaliarem, de acordo com os critérios estabelecidos, "a capacitação e experiência comprovada por meio de atestados, atendimento quesitos de natureza qualitativa a ser julgado por banca de servidores e experts especialmente designada para esse fim e desempenho pretéritos do licitante em contratos firmado com a Administração

[7] Diretrizes para proposta técnica "Apresentação de Licença Ambiental de Instalação (LAI) ou Licença Ambiental de Operação (LAO) em vigor, de Unidade de Tratamento de resíduos sólidos urbanos."
[8] TCU, Acordão 1167;2014-Plenario.
[9] Art. 37, § 1º "A banca referida no inciso II do caput deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de: I - servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública; II - profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei.

Pública."[10]

Em assim sendo, é recomendada a realização de avaliação de critérios qualitativos da proposta técnica da futura concessionária. Propõe-se a valoração da metodologia de execução da proposta, especialmente no que diz respeito ao atingimento da meta de redução de resíduos encaminhados para o aterro e a valorização por meio da geração de subprodutos após o processamento dos resíduos sólidos comuns. Os critérios concebidos avaliarão a metodologia de execução e expertise da proponente.[11]

A criação de Programa de Educação Ambiental (PEA) adequado para a população é um dos pilares para viabilizar o atingimento das metas do gerenciamento adequado e sustentável dos resíduos sólidos. A "sensibilização das fontes geradoras (consideradas como atores do processo) para a mudança de atitudes, de forma qualitativa e continuada, mediante um processo educacional crítico, conscientizador e contextualizado"[12] por meio de programas adequados. Em assim sendo, entendeu-se pontuar também a relação dos produtos que serão entregues no que diz respeito ao PEA, elemento essencial para o sucesso do projeto.

Em conclusão, tem-se que os critérios de avaliação da proposta técnica sugeridos representam um plus em relação ao objeto, impactando em medidas geradoras de melhoria na futura prestação dos serviços a serem concedidos.

Além disso, após fixar os fatores objetivos a serem valorados no julgamento por melhor técnica combinado com menor preço, cabe ao Poder Concedente estabelecer também a proporção entre os dois critérios.

---

[10] NIEBUHR, Joel de Menezes (coord). Nova Lei de licitações e contratos administrativos. 2. ed. [Curitiba]: Zênite, [2021]

[11] O critério encontra-se alinhado, ilustrativamente, ao que estabelece a IN SEGES/MGI nº 2/2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
Art. 27. O exame de conformidade das propostas de técnica observará as regras e as condições de ponderação e de valoração previstas em edital, que considerarão, no mínimo, os seguintes quesitos:
I – a verificação da capacitação e da experiência do licitante, por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
II – o atendimento a preceitos de desenvolvimento sustentável;
III – a quantidade e a qualidade dos recursos financeiros, tecnológicos ou humanos que o licitante se compromete a alocar para a execução do contrato; e
IV – a metodologia de execução e a tradição técnica do licitante.

[12] Peneluc, Magno da Conceição. Silva, Sueli Almuiña Holmer. Educação ambiental aplicada à gestão de resíduos sólidos: análise física e das representações sociais. Revista da FACED, disponível em https://repositorio.ufba.br/handle/ri/142.

A LPPP e a LGC limitam-se a prever a possibilidade de avaliação de aspectos técnicos, deixando de prescrever os parâmetros matemáticos para a ponderação. Diante do silêncio, novamente, socorre-se aos ditames da LLC para conferir respaldo seguro aos critérios que se propõem. A norma estabelece como teto para valoração das propostas técnicas a proporção de 70%. É de se lembrar que o Prejulgado 61 do TCE/SC admite, desde que o caso concreto assim justifique, a proporção 70/30 – em direta conformidade com a atual LLC[13].

No caso concreto, contudo, dada a relevância dos aspectos técnicos para a busca da melhor proposta para uma boa prestação dos serviços essenciais de saneamento, entende-se que a proporção suficiente para o projeto seria 60% para a pontuação obtida por conta da capacidade e diferenciais da proponente, bem como do método de execução a ser aplicado, e de 40% para a proposta econômica (tarifa e contraprestação pública). Haverá preponderância dos parâmetros técnicos em patamar levemente superior (20%), mas a redução da proposta financeira não será desprezada, logo, tal critério não impactará em ofensa à modicidade da tarifa. O objetivo é equilibrar a busca por eficiência econômica com a garantia de que os serviços ou produtos atendam aos padrões técnicos desejados.

Por fim, a modelagem econômica apresentada para fazer frente aos investimentos prevê um percentual de aumento a partir de um valor básico referencial, representativo da tarifa máxima para fazer frente aos investimentos projetados no curso da concessão. Caberá ao proponente propor um desconto que incidirá linearmente sobre o valor de contraprestação máxima e sobre este percentual de aumento da tarifa, mas sem perder em vista a qualidade e eficiência técnica-operacional necessária para a prestação do relevante serviço de gestão dos resíduos.

3.1.4. Sugestão dos critérios para habilitação das licitantes

Para estarem aptas a concorrer pela Concessão, as licitantes deverão atender às exigências relativas à habilitação jurídica, à regularidade fiscal, social e trabalhista e à qualificação

[13] Prejulgado 61: O Decreto Federal nº 30/91 não tem o condão de inanimar a ação do Estado, no atendimento de seus legítimos interesses, uma vez observado o regramento fundamental a que está submetido. Sendo, portanto, admissível a realização de licitação internacional com julgamento das propostas constituindo-se do tipo técnica e preço, conferindo a cada um dos fatores peso diferenciado, na hipótese, 0,7 para nota técnica e 0,3 para a do preço, resultando em média ponderada, na qual o preço está situado em patamar secundário.

econômico-financeira e qualificação técnica.

Insta salientar que a documentação concernente à regularidade fiscal somente pode ser exigida em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas pelo licitante mais bem classificado, na forma do art. 63, III, da LLC. Com o objetivo de tornar a licitação mais célere e expedita, facultou-se aos licitantes apresentarem tais documentos em conjunto com o restante dos documentos de habilitação, com a ressalva de que não poderão ser utilizados para a inabilitação de qualquer licitante até a fase apropriada.

O edital lista todos os documentos que deverão ser apresentados pelas licitantes observadas as peculiaridades caso se trate de licitante individual ou consórcio. Sendo limitada a participação de 2 (duas) empresas no consórcio.

Além disso os licitantes também deverão apresentar uma série de declarações, cujos modelos acompanham o edital.

A execução do Projeto exigirá certo grau de domínio de técnica. A empresa ou consórcio proponente deverá comprovar experiência mínima de 3 (três) anos, na execução dos seguintes serviços e quantitativos:

a) Coleta e transporte de resíduos sólidos comuns, com o emprego de caminhões compactadores, em quantidade mínima de 525 (quinhentos e vinte e cinco) toneladas por mês;

b) Coleta e transporte de materiais recicláveis em quantidade mínima de 19 (dezenove) toneladas por mês;

c) Varrição manual de vias e logradouros públicos em quantidade mínima de 376 (trezentos e setenta e seis) km de meio-fio por mês ou 188 (cento e oitenta e oito) km por eixo/via por mês;

d) Capina mecanizada em vias urbanas pavimentadas, com a utilização de equipamentos de capina e varrição, em quantidade mínima de 31.450 (trinta e um mil e quatrocentos e cinquenta) m² de vias por mês;

e) Operação e manutenção do sistema de gestão comercial com atendimento aos usuários e cobrança de tarifa de serviços de coleta e destinação final de resíduos sólidos, em município com população de, no mínimo, 25.800 (vinte e cinco mil e oitocentos)

habitantes.

O propósito da exigência de qualificação técnica é assegurar um equilíbrio, visando à seleção de uma empresa ou consórcio que possua a capacidade operacional e técnica necessária para executar os serviços desejados em um município do porte de Xanxerê. De forma a não prejudicar a competição durante o processo licitatório, a exigência foi estabelecida de forma a representar até 50% (cinquenta por cento) do total dos serviços do escopo da Concessão, compatíveis em termos de características, quantidades e prazos. Esse critério está em conformidade com as disposições da Lei de Licitações e Contratos.

A necessidade de contratar uma licitante adequadamente qualificada para a execução do contrato é clara, visando a redução de riscos para o Poder Concedente, especialmente considerando a complexidade e a extensa duração do contrato em questão, o que justifica a exigência da comprovação de experiência da licitante por prazo mínimo de 3 (três) anos, sucessivos e não concomitantes.

O prazo mínimo de duração de uma PPP é de 5 (cinco) anos (art. 2º, § 4º, II, da Lei Federal das PPPs), e no caso concreto o prazo é de 30 (trinta) anos. A legislação, por sua vez, autoriza que se exija, em edital de licitação para serviços contínuos, certidão ou atestado que demonstre que a licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em período sucessivo ou não, por um prazo mínimo não superior a 3 (três) anos (art. 67, §5º, Lei de Licitações e Contratos).

Dessa forma, a exigência de experiência mínima limitada a 3 (três) anos ininterruptos, admitindo somatório de atestados, inclusive de períodos e contratos distintos, de forma discricionária, respeita as particularidades do caso concreto e é uma métrica que contribui para que o projeto de Xanxerê tenha êxito.

Inclusive, trata-se de discussão antiga que já existia ao tempo da Lei Federal nº 8.666/93 (art. 30, § 5º). STJ e TCU tomaram decisões no sentido de que é perfeitamente lícito que haja limitações de tempo, contanto que estas restrições sejam uma demanda do objeto da licitação[14].

[14] REsp 295.806 – SP, 2ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 6/12/2005, DJ de 6/3/2006, Acórdão TCU 2.205/2014, 2ª Câmara, Relatora Ministra Ana Arraes, Acórdão TCU 276/2011, Plenário, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, Acórdão TCU 2.339/2010, Plenário, Relatório

Como o projeto de Xanxerê deve ser concretizado por meio de uma PPP – contrato complexo de longa duração a ser celebrado com o Poder Público para a prestação de serviço público que exige conhecimentos técnicos –, as atestações devem demonstrar que as licitantes estão aptas a manter uma relação duradoura com a contraparte.

Os atestados devem ser capazes de demonstrar que a licitante possui experiência de, no mínimo, 3 (três) anos, admitida a soma de períodos sucessivos de atestados, inclusive de períodos e contratos distintos. Se a licitante tiver mantido relação ainda mais extensa, não há qualquer prejuízo nisto para a licitante. O mínimo que é indispensável para as licitantes é comprovar a experiência mínima de 3 (três) anos, sendo que, pelo menos 1 (um) atestado deve representar 50% (cinquenta por cento) do quantitativo mínimo exigido.

Neste sentido, observe-se que o TCU já aceitou as limitações à soma de atestados nos seguintes casos, por exemplo: Acórdão TCU 2.032/2020, Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Acórdão TCU 1.101/2020, Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, Acórdão TCU 505/2018, Plenário, Relator ministro Augusto Nardes, Acórdão TCU 7.105/2014, 2ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Acórdão 849/2014, 2ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Acórdão TCU 2.898/2012, Plenário, Relator Ministro José Jorge, Acórdão TCU 1.229/2008, Plenário, Relator Ministro Guilherme Palmeira.

O edital ainda exige das interessadas a comprovação de vínculo com profissionais de nível superior, devidamente inscritos perante conselho(s) que regulamenta(m) o exercício da(s) respectiva(s) profissão(ões), titulares de atestados que comprovem a execução de atividades com características técnicas similares e de maior relevância às atividades operacionais, no âmbito da concessão, quais sejam:

a) Coleta e transporte de Resíduos Sólidos Comuns, com o emprego de caminhões compactadores;

b) Coleta e transporte de materiais recicláveis;

c) Varrição manual de vias e logradouros públicos; e

Ministro Aroldo Cedraz, Acórdão TCU 3.104/2013, Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo, Acórdão TCU 3.070/2013, Plenário, Relator Ministro José Jorge, Acórdão TCU 1.932/2012, Plenário, Relator Ministro José Jorge, Acórdão TCU 897/2012, Plenário, Relator Ministro José Jorge, Acórdão TCU 492/2012, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, e Acórdão 1.898/2011, Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

d) Capina mecanizada em vias urbanas pavimentadas, com a utilização de equipamentos de capina e varrição.

Igualmente, as exigências de qualificação econômico-financeira foram elaboradas de forma a aferir a capacidade financeira da licitante (isoladamente ou em consórcio). Tais exigências serão as indispensáveis para o cumprimento da contratação (art. 37, XXI, da Constituição Federal), considerando a atuação equilibrada do Poder Público na busca entre a segurança na execução do objeto da concessão e a ampla competição no certame.

3.1.5. Participação de consórcios

A participação de consórcios em licitações é uma prática comum, admitida pela legislação, cuja finalidade é permitir que empresas reúnam esforços para conseguirem competir em licitações das quais não poderiam participar sozinhas, por falta de qualificações técnica e/ou econômico-financeira ou, ainda, em razão da complexidade do objeto que exige múltipla expertise.

A LLC inova ao trazer regras específicas sobre a formação de consórcios em licitações. Nos termos do seu art. 15, § 4º, passa a ser expressamente admitida a possibilidade de a Administração Pública estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas, mediante justificativa técnica.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU também admite que, em determinadas situações, a formação de consórcios com muitas empresas pode gerar contratempos durante a gestão do contrato. Nessas situações, como observado no presente estudo, é possível estabelecer um limite máximo de empresas que podem integrar consórcios destinados a participar de licitações[15].

Na mesma linha, outros órgãos de controle reconhecem a viabilidade jurídica de se limitar a

[15] "A limitação a número máximo de empresas integrantes de consórcio deve ter motivação prévia e consistente, sob pena de afrontar os arts. 3°, § 1°, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2° e 50 da Lei 9.784/99" (TCU. Acórdão 745/2017 – Plenário. Min. Rel. Bruno Dantas. Julgado em: 12.abr.2017. Ementa).
"No que diz respeito à limitação do número de empresas a integrarem consórcios, de fato, este Tribunal tem entendimento no sentido de que, uma vez admitida a participação de consórcios em processo licitatório, a limitação a um número máximo de empresas integrantes deve ser justificada" (Idem. Voto).

quantidade de consorciados, desde que haja justificativa técnica encartada na motivação no âmbito do processo administrativo da contratação[16].

O mesmo racional, correspondente à competitividade, que justifica a permissão de consórcios pode justificar a limitação da quantidade pessoas jurídicas para compor os consórcios. A depender da situação, impor um limite aumenta a competitividade, na medida em que haverá mais consórcios, em vez de poucos consórcios formados por muitos potenciais licitantes.

No caso concreto, a justificativa para a limitação do número máximo de empresas consorciadas também dialoga com o fato de que não há um número substancial de empresas com expertise na concessão de serviços de resíduos sólidos, o que representaria uma maior redução de competitividade, na eventual reunião dessas empresas em consórcio.

Nesse sentido, o limite recomendado a ser observado no Edital é de 2 (dois) consorciados: um deles detentor da expertise de operação dos serviços objeto do edital, e o outro com a capacidade financeira de promover os investimentos necessários para o Projeto; ou ambos somando suas expertises e capacidades financeiras.

3.1.6. Ordem das fases do certame licitatório

Como já visto, o procedimento para contratação de PPP deverá obedecer às disposições específicas sobre o tema constante na LPPP, que estabelece o regramento das PPPs (lei especial). Deve-se observar, ainda, a aplicação subsidiária da LLC, nos termos do seu art. 186.

Também conforme já exposto, os estudos têm apontado para a realização de licitação do tipo técnica e preço para obtenção da melhor proposta, resultante da combinação da melhor técnica com o menor preço, sendo vencedor aquele licitante que alcançar a maior nota final, decorrente das pontuações obtidas na proposta técnica e proposta econômica.

Dessa forma, quanto à ordem das fases do certame licitatório, tem-se que a LLC prevê como regra que a fase julgamento das propostas preceda a fase da habilitação, admitindo, todavia, no § 1º do seu art. 17, a inversão dessas fases – ou seja, que a habilitação anteceda o

[16] TCE/PR. Acórdão 1172/2021 – Tribunal Pleno. Cons. Rel. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha. Julgado em: 27.mai.2021.

julgamento das propostas.

E, nesse sentido, a regra adotada pelo legislador na legislação especial (LPPP) é de que a habilitação preceda a fase de julgamento, sendo admitida a inversão de fases – ou seja, o julgamento das propostas antes da habilitação –, nos termos do art. 13.

Para o projeto ora analisado proceder-se-á com a realização da fase de habilitação anteriormente à fase de julgamento das propostas técnicas e econômicas. Essa, além de ser a regra contida na lei especial de regência do tema (LPPP), é hipótese excepcional de inversão de fases também admitida pela legislação de aplicação subsidiária (LLC).

Nesse caso, a ordem pensada para as fases do procedimento licitatório se justifica pelo fato de as atividades componentes do objeto contarem com alto nível de complexidade, que exige que os licitantes tenham, comprovadamente, todas as qualificações técnicas necessárias para executar objeto da licitação. Assim, uma vez que a qualificação técnica é de significativa importância e ela é atestada durante a fase de habilitação, a antecipação dessa fase garante que, quando da análise das propostas técnicas e econômicas, se aprecie as propostas de licitantes que realmente tenham qualificação técnica suficiente para garantir a efetiva execução do objeto da licitação. Ainda que eventualmente, por essa razão, a fase de habilitação se torne mais morosa, minimiza-se o risco da apresentação de documentação incompleta, incorreta ou de qualquer outra forma maculada apenas após sejam conhecidos os valores indicados nas propostas econômicas, ou seja, assegura-se que os licitantes apresentaram propostas sérias e lastreadas por experiencia sólida no setor exigido.

Cumpre destacar que a licitação foi estruturada considerando um modelo presencial. Em que pese o Decreto Municipal nº 3.038/2024 recomendar a realização da forma eletrônica, a LLC (§ 2º do art. 17) , assim como a lei especial aplicável (LPPP), admitem a utilização da forma presencial, desde que motivada.

In casu, a adoção do método presencial na sessão pública de licitação garante transparência, sem comprometer a ampla participação e acompanhamento dos interessados e da comunidade, em atenção aos princípios de publicidade e transparência previstos no art. 5º da LLC.

No que se refere à relevância, temos que a licitação objetiva a contratação de empresa para Concessão Patrocinada dos Serviços de Manejo de Resíduos Sólidos e Limpeza Urbana, pelo prazo de 30 anos, com investimentos em torno de R$ 22 milhões, sem contar as despesas

operacionais ou investimentos adicionais que possam surgir ao longo deste prazo.

Cabe mencionar que a LLC não alterou a legislação especial aplicável às Concessões, no que diz respeito a regra geral para utilização do certame presencial, principalmente quando a adoção do critério de julgamento técnica e preço, com inversão de fases, se encontra motivado, como se observa no caso concreto.

Em licitações eletrônicas, não é raro observar participantes que não têm a intenção de competir, usando o meio remoto por simples curiosidade ou para fins desconhecidos, o que pode comprometer a celeridade do processo. Um exemplo disso são as manifestações com prazo definido no procedimento aplicável, onde é necessário aguardar o fim do prazo ou a manifestação expressa, mesmo quando os verdadeiros interessados poderiam ter declinado.

Além disso, para uma licitação de grande porte, a presença física dos proponentes é justificada, pois facilita o esclarecimento de dúvidas sobre a documentação apresentada, muitas vezes eliminando a necessidade de suspender o ato para formalização e realização de diligências.

Nesses casos, a comunicação presencial é mais eficaz, diminuindo mal-entendidos entre os proponentes e os agentes de contratação, o que reduz as chances de Recursos Administrativos ou medidas judiciais. A disputa presencial também respeita os princípios de publicidade e transparência, com as sessões sendo registradas em ata, gravadas em áudio e vídeo e adicionadas ao processo licitatório, em atendimento, sobretudo, à exigência contida no § 5º do art. 17 da LLC e do parágrafo único do art. 34, do Decreto Municipal nº 3.038/2024.

Iniciado o procedimento licitatório e publicado o edital, aqueles que desejarem participar do certame deverão entregar, na data consignada no edital, três envelopes contendo, respectivamente, os documentos de habilitação, proposta técnica e proposta econômica, todos eles discriminados no edital.

Na sessão pública da concorrência, em data também consignada no edital, será recebida a documentação de credenciamento de representantes das licitantes – que poderão se manifestar durante a sessão pública –, bem como serão abertos os envelopes contendo os documentos de habilitação das licitantes. A comissão verificará o atendimento às exigências dispostas no edital, podendo suspender a sessão para análise mais detida dos documentos apresentados. Serão inabilitadas aquelas licitantes que incorrerem em alguma das causas da inabilitação discriminadas no edital quanto à apresentação dos documentos de habilitação.

Proferida a decisão sobre classificação das licitantes e respectivas notas das propostas técnicas, a comissão dará oportunidade para a manifestação de interesse em apresentar recursos. Sendo tal interesse manifestado por algum licitante, abrir-se-á prazo para tanto.

Julgados os recursos ou não manifestada intenção de apresentá-los, deverá ser designada pela comissão nova data, hora e local da sessão para a abertura e julgamento das propostas econômicas das licitantes classificadas na fase anterior, por meio de publicação no Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina e em sítio eletrônico.

Na mesma ou em nova sessão pública serão abertos, então, os envelopes contendo as propostas econômicas das licitantes classificadas na fase anterior.

Será anunciado individualmente o preço consignado na proposta econômica de cada licitante.

Serão desclassificadas aquelas licitantes que incorrerem em alguma das causas de desclassificação discriminadas no edital quanto à apresentação da proposta técnica ou da proposta econômica.

Será considerada classificada em primeiro lugar a licitante que obtiver a maior nota final. Havendo empate entre duas ou mais licitantes, serão observados os critérios dispostos no art. 60, §1º da LLC.

A comissão deverá divulgar a decisão referente à classificação das propostas, por meio de publicação no Diário Oficial dos Municípios do Estado de Santa Catarina e em sítio eletrônico.

Proferida a decisão sobre a classificação final das licitantes, a comissão dará oportunidade para a manifestação de interesse em apresentar recursos. Sendo tal interesse manifestado por algum licitante, abrir-se-á prazo para tanto. Ressalta-se que somente nesta oportunidade poderão ser exigidos e porventura questionados os documentos de regularidade fiscal.

Julgados os recursos ou não manifestada intenção de apresentá-los, a comissão proferirá o resultado final da concorrência, por meio de publicação no Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina e em sítio eletrônico.

Cumpre aqui ressaltar que, muito embora a LLC preveja uma fase recursal única para a análise dos documentos de habilitação e julgamento das propostas, tal estrutura foi pensada para o processamento ordinário das licitações, ou seja, sem a inversão de fases. Sendo prevista a inversão, a medida mais lógica é a segregação dos recursos em duas etapas. Essa

é a posição adotada por Marçal Justen Filho:

> *"O art. 165 contemplou solução única e uniforme, sem diferenciar as hipóteses em que o edital estabelecer a inversão das fases. Essa omissão não autoriza reputar que, mesmo nesses casos, caberia remeter a interposição do recurso somente contra a decisão final.*
> *(...)*
> *Quando a análise dos documentos anteceder ao julgamento das propostas, a ausência de cabimento de recurso causará lesões graves aos interesses do licitante não habilitado. Em determinadas hipóteses, essa lesão será irreparável. (...) Interpor o recurso somente contra a decisão final (que tiver decidido sobre as propostas) dará oportunidade à consumação de situação fática e jurídica irreversível. Afinal, seria um despropósito invalidar todos os atos praticados durante um longo procedimento para reiniciar a disputa com a participação de um licitante que fora indevidamente excluído."*[17]

Ao final, os autos do procedimento administrativo deverão ser encaminhados à autoridade superior para homologação e adjudicação, nos termos do art. 71, inciso IV, da LLC.

3.1.7. Garantia de proposta

No projeto ora sugerido não será exigida a apresentação de garantia de proposta por parte das licitantes, uma vez que já é exigido para demonstração de qualificação econômico-financeira, para fins de habilitação, a comprovação pela licitante de patrimônio líquido mínimo e atendimento a certos índices financeiros.

Como sabido, a jurisprudência pátria, especialmente do Tribunal de Contas da União (TCU), tem decidido atualmente no sentido da vedação de cumulação da exigência de comprovação patrimônio líquido mínimo com a apresentação de garantia de proposta pelas licitantes. Esse tema já foi, inclusive, objeto de súmula da Corte de Contas:

> *"SÚMULA Nº 275*
> *Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços."*

Por essa razão, a decisão por não exigir das concorrentes a apresentação de garantia de proposta neste projeto vai ao encontro do entendimento pacificado adotado pela Corte de Contas da União. Assim, em contrapartida, será exigido das licitantes a comprovação de

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

patrimônio líquido no valor mínimo equivalente a 10% (dez por cento) do valor do contrato e de comprovação de Índice de Solvência Geral (SG) e Índice de Liquidez Corrente (LC) iguais ou superiores a 1 (um) – *fórmulas apresentadas na minuta de Contrato (anexo 1 do Edital).*

3.1.8. Diretrizes para o licenciamento ambiental

O art. 10, inciso VII, da LPPP condiciona a abertura do processo licitatório para contratação de PPP, entre outras coisas, à apresentação de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental, sempre que o objeto do contrato exigir.

Por isso, como se verá no próximo tópico, a juntada da documentação contendo as diretrizes para o licenciamento ambiental, seja ele estadual ou municipal, e na forma da legislação ambiental, é posto como uma das etapas indispensáveis do processo administrativo licitatório.

3.1.9. Processo administrativo licitatório

A licitação deve ser iniciada com a abertura de processo administrativo, que deverá seguir estritamente as determinações da legislação de regência. Abaixo descrevemos alguns dos principais passos para a instauração do processo administrativo:

- **Termo de Abertura e Autuação do processo administrativo licitatório**

O processo administrativo deve estar devidamente autuado em sequência cronológica, numerado e rubricado, contendo em cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento (Orientação Normativa nº 2/2009 AGU). Nessa etapa deve ser observado o disposto no art. 18 da LLC.

- **Nomeação da Comissão de Contratação**

O Município de Xanxerê deverá proceder à designação da Comissão de Contratação, observando o disposto no art. 7º e 8º na LLC.

Esta comissão será responsável por receber, examinar e julgar todos os documentos relativos à licitação. Deve ser juntado ao processo administrativo o ato administrativo que nomeia a comissão de contratação, logo após o termo de abertura e autuação do processo administrativo.

Também, deverá o presidente da comissão proceder à certificação de juntada da nomeação

da comissão.

- **Autorização de Abertura de procedimento administrativo licitatório**

É a autorização da autoridade competente que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação.

O presidente da Comissão deverá proceder à certificação de juntada da autorização.

- **Justificativa da concessão**

Identificação das razões que justifiquem a opção pela delegação dos serviços sob a forma de parceria público-privada.

A justificativa da concessão deverá ser juntada ao processo administrativo, com certificação de juntada.

No caso concreto, os estudos desenvolvidos no âmbito da presente manifestação de interesse podem ser utilizados para embasar a elaboração do instrumento pelo Poder Concedente.

- **Certificação de publicação da justificativa da concessão**

De acordo com o art. 5º da LGC, a justificativa deve ser publicada pelo Poder Concedente.

O presidente da comissão deverá juntar ao processo administrativo cópia da publicação da justificativa no Portal Nacional de Compras Públicas, no Diário Oficial dos Municípios do Estado de Santa Catarina e em jornal de grande circulação no município, bem como certificar a juntada.

- **Juntada e certificação de juntada da minuta de edital e seus anexos**

Juntada da minuta do edital e seus anexos, com certificação pelo presidente da comissão de licitação.

- **Licenciamento ambiental**

Juntada da documentação contendo as diretrizes para o licenciamento ambiental, seja ele estadual ou municipal, e na forma da legislação ambiental, conforme determina o art. 10, inciso VII, da LPPP.

O presidente da comissão deverá proceder à certificação de juntada dos documentos respectivos.

- **Aviso de início da consulta pública e convocação para a audiência pública**

Aviso no qual a Administração torna público a todos os interessados que será aberta consulta pública, fixando o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de perguntas, esclarecimentos e sugestões, sendo que o fim do prazo deve se dar pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital, de forma a atender à exigência do art. 10, inciso VI, da LLC.

A audiência pública, por sua vez, deve ocorrer com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação.

Importante ressaltar que a publicação do edital deverá ser realizada, pelo menos 35 (trinta e cinco) dias úteis antes da data consignada para recebimento das propostas, nos termos do art. 55, inciso II, alínea “b”, da Lei Federal nº 14.133/2021.

- **Certificação de publicação do aviso de consulta e audiência pública**

Além de juntar o aviso de início de consulta pública e convocação de audiência pública ao processo administrativo, o presidente da comissão deverá juntar as publicações do aviso e lavrar certidão atestando que o aviso foi devidamente publicado.

- **Juntada da ata da audiência pública, com as manifestações escritas recebidas**

O presidente da comissão deverá juntar ao processo administrativo a ata da audiência pública na qual deverá constar todas as perguntas, esclarecimentos e sugestões recebidas, bem como as respostas dadas pela administração pública.

- **Encaminhamento do processo administrativo ao Órgão Colegiado Municipal**

Encaminhamento do processo administrativo ao Órgão Colegiado Municipal, responsável pelo controle social dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e acompanhamento das ações do Plano Municipal de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos – PMGIRS, instituído pelo Decreto Municipal nº 93/2023, em caráter consultivo, nos termos do art. 47 da Lei Federal nº 11.445/2007.

- **Encaminhamento do processo administrativo à Procuradoria Geral do Município de Xanxerê e aprovação da versão final do edital e anexos**

Encaminhamento do processo administrativo à Procuradoria para exame e aprovação das minutas do edital, do contrato de concessão e demais anexos.

- **Parecer da Procuradoria Geral do Município de Xanxerê**

Manifestação da Procuradoria acerca dos documentos a ela submetidos. A manifestação deve ser feita em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica.

Juntada do parecer exarado pela Procuradoria ao processo administrativo.

- **Aprovação da versão final do edital e anexos pela autoridade competente**

A aprovação da autoridade competente deverá ser juntada ao processo administrativo e sua juntada deverá ser certificada pelo presidente da comissão.

- **Encaminhamento de minuta do edital para análise da agência reguladora competente**

Encaminhamento de cópia da minuta do edital de licitação para análise e manifestação pela Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS).

Além de proceder ao encaminhamento da cópia do documento à agência reguladora, é importante fazer constar o encaminhamento em livro de protocolo.

- **Encaminhamento de documentos para análise do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC)**

Encaminhamento de cópia, em formato digital, de todos os documentos e estudos listados no art. 5º da Instrução Normativa nº TC-0022/2015 para análise prévia e manifestação do TCE/SC no prazo mínimo de 60 (sessenta) dias antes da publicação do edital, nos termos do art. 7º da mesma norma.

Em caso de alterações na minuta do edital após análise e manifestação do TCE/SC, dar ciência à agência reguladora antes da publicação do aviso de licitação.

- **Aviso de licitação contendo o extrato do edital**

O aviso de licitação contendo o extrato do edital deverá ser publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas, bem como no Diário Oficial dos Municípios do Estado de Santa Catarina. Também poderão ser disponibilizados no sítio eletrônico do órgão responsável pela licitação o inteiro teor do edital e seus anexos para acesso pelos interessados.

O aviso deverá ser juntado ao processo administrativo e sua juntada deverá ser certificada pelo presidente da comissão.

- **Certificação de publicação do aviso de licitação**

O presidente da comissão deverá juntar a publicação do aviso de licitação no Portal Nacional de Compras Públicas e no Diário Oficial dos Municípios do Estado de Santa Catarina e em jornal de circulação no município, procedendo à certificação.

É recomendável que todos os atos e documentos aqui mencionados sejam disponibilizados no sítio eletrônico do órgão responsável pela licitação para maior transparência do certame.

3.1.10. Procedimento para realização de audiência e consulta pública

A Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê, no inciso IV do seu art. 11, que uma das condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico é a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Além disso, toda PPP, por exigência legal[18], deve ser precedida de consulta pública com o objetivo de dar publicidade ao edital e seus anexos, bem como de fomentar a discussão popular acerca do empreendimento.

A implementação de projetos de PPP que envolvam investimento significativo de recursos públicos ou sejam de grande repercussão popular ou social demanda a realização de audiência pública. Assim como na consulta pública, o objetivo da audiência, além de apresentar o projeto de concessão à população, é fomentar a discussão e esclarecer as

[18] Vide art. 10, inciso VI, da Lei Federal nº 11.079/2004.

dúvidas que possam vir a surgir.

Nos termos do art. 10, inciso VI, da LPPP, a consulta pública deverá ter prazo de duração não inferior a 30 (trinta) dias para o recebimento das perguntas, esclarecimentos e sugestões da população, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

A audiência pública, por sua vez, nos termos do art. 21 da LLC deverá ser convocada, no mínimo, 8 (oito) dias úteis antes da data prevista para a publicação do edital.

Todas as perguntas, esclarecimentos e sugestões recebidas na consulta e na audiência pública serão devidamente respondidas pela Administração Pública. As repostas, escritas e motivadas, estarão disponíveis no sítio eletrônico do órgão responsável pela licitação.

Todas as contribuições e sugestões recebidas deverão ser analisadas pelo Poder Público, que também deverá avaliar a viabilidade de alteração do edital e seus anexos.

3.2. Aspectos contratuais

3.2.1. Prazo da concessão

Consoante os estudos econômicos realizados, o prazo contratual vislumbrado para a Concessão é de 30 (trinta) anos.

3.2.2. Procedimento para assinatura do contrato

Ultrapassada a fase licitatória, o objeto da concessão será adjudicado à licitante vencedora.

Após assinatura, a eficácia do contrato ficará condicionada a:

- Divulgação, em até 20 (vinte) dias úteis contados a partir da assinatura, no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC) do contrato;
- Rescisão, pelo Poder Concedente, dos contratos ou convênios em vigor relativos aos investimentos obrigatórios ou serviços, com exceção daqueles expressamente indicados neste contrato, sendo certo que o Poder Concedente arcará com eventuais custos decorrentes da rescisão;
- Concessão de livre acesso da concessionária e de sua equipe e funcionários à área

da concessão; e

- Celebração do contrato de garantia de pagamento da contraprestação pública.

3.2.3. Obrigações das partes envolvidas

O contrato de concessão arrola de forma detalhada todas as obrigações a serem assumidas (i) pela concessionária; (ii) pelo Poder Concedente; (iii) pela agência reguladora competente; e (iv) pelos usuários dos serviços.

Dentre as principais obrigações imputadas à concessionária, pode-se listar: (i) prestar os serviços adequadamente; (ii) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução do objeto do contrato; (iii) realizar, durante a fase de transição, procedimentos necessários para iniciar cobrança de tarifa; (iv) manter programa de treinamento de pessoal; (v) atingir as metas da prestação adequada dos serviços; (vi) prestar aos usuários as informações necessárias à utilização dos serviços; (vii) informar aos usuários a respeito das interrupções programadas dos serviços e seu estabelecimento; (viii) divulgar, em seu sítio eletrônico tabela com valora da tarifa e a evolução dos reajustes; (ix) dispor de equipamentos, materiais e equipe adequados para a consecução das obrigações estabelecidas no contrato; (x) manter as condições necessárias à execução do objeto do contrato; (xi) assumir integral responsabilidade, civil e penal, pela boa execução e eficiência dos serviços; (xii) assumir integral responsabilidade pela boa execução e eficiência dos serviços, pelos danos decorrentes da execução do objeto, por quaisquer acidentes de trabalho e pelo uso indevido de patentes e/ou de direitos autorais; (xiii) realizar os investimentos obrigatórios e modernizações previstos no contrato; (xiv) cumprir com todas as determinações legais e regulamentares; (xv) dar conhecimento ao Poder Concedente quanto a eventos que alterem o normal desenvolvimento da prestação dos serviços; (xvi) apresentar relatórios com as reclamações dos usuários, relatórios gerenciais sobre os serviços prestados e sobre a arrecadação da tarifa, relatórios técnicos operacionais e financeiros que retratem o fiel andamento dos serviços, relatório auditado de sua situação contábil e relatório anual de conformidade, nos prazos e formas definidos no contrato; (xvii) manter atualizada a relação de bens reversíveis sob sua gestão; (xviii) arcar com todas as despesas relativas a serviços que utilizar (água, esgoto, energia elétrica, telefone, gás, etc.); (xix) promover a transição dos serviços para o Poder Concedente ou para nova concessionária; entre outros.

Já ao Poder Concedente, compete principalmente: (i) garantir à concessionária condições

para a plena prestação dos serviços e obtenção de receitas acessórias; (ii) realizar o pagamento da contraprestação pública; (iii) assegurar o direito da concessionária de promover a arrecadação da tarifa; (iv) garantir o livre acesso da concessionária à área da concessão; (v) disponibilizar à concessionária os bens que ficarão sob sua gestão; (vi) responsabilizar-se pelos prejuízos decorrentes de incorreções nas informações que impeçam ou provoquem erro no cálculo ou cobrança das tarifas e pelos ônus, danos, despesas, pagamentos, indenizações e medidas judiciais decorrentes de atos ou fatos anteriores à data da eficácia do contrato ou que, embora posteriores, se refiram a riscos a ele alocados; (vii) acompanhar o cumprimento do contrato e analisar as informações prestadas pela concessionária; (viii) adotar as medidas necessárias ao cumprimento do contrato em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pela concessionária; (ix) emitir as licenças e autorizações que sejam necessárias à execução do objeto do contrato; (x) selecionar, contratar e remunerar serviço técnico especializado para auxiliar nas atividades de fiscalização e/ou avaliação de desempenho ao longo do contrato, se entender necessário; (xi) consignar nos orçamentos anuais dotações suficientes e utilizar as garantias que forem necessárias para cumprir as obrigações pecuniárias assumidas junto à concessionária; (xii) publicar os decretos de utilidade pública necessários para fins de desapropriação ou constituição de servidão administrativa; entre outros.

As principais obrigações da agência reguladora, por sua vez, são: (i) regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços, em conformidade com as políticas e estratégias estabelecidas pelo poder concedente no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos; (ii) proceder à análise dos reajustes da tarifa e da contraprestação pública na forma do contrato; (iii) observar as normas de referência que venham a ser editadas pela ANA; (iv) garantir a observância dos direitos dos usuários; (v) aplicar penalidades legais e regulamentares à concessionária; (vi) promover pesquisas, levantar dados e elaborar estudos para subsidiar suas decisões e as do Poder Concedente; (vii) cumprir suas demais atribuições que lhe tenham sido delegadas pelo Poder Concedente; entre outros.

Aos usuários dos serviços compete principalmente: (i) efetuar o pagamento da tarifa, sob pena de aplicação de sanções; (ii) levar ao conhecimento do Poder Concedente, da agência reguladora e da concessionária as irregularidades relativas à concessão de que tenham conhecimento; (iii) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária; (iv) contribuir para a conservação dos bens reversíveis ou não; (v) responsabilizar pelo adequado acondicionamento dos resíduos sólidos e de sua colocação

para que seja coletado nos locais, dias e horários estabelecidos; (vi) colaborar para a adequada prestação dos serviços e utilização da área da concessão.

De igual forma, o contrato dispõe o que é expressamente vedado à concessionária durante a execução contratual, tal como: (i) conceder empréstimos, financiamentos ou outras formas de transferência de recursos para seus acionistas e partes relacionadas, excetuadas as hipóteses previstas no contrato; (ii) prestar garantia em favor de suas partes relacionadas ou terceiros, ressalvadas as hipóteses expressamente admitidas no contrato; (iii) distribuir lucros e dividendos caso tenha sido comprovado o descumprimento das metas e cronogramas estabelecidos no contrato.

Também são arrolados os direitos (i) da concessionária; e (ii) dos usuários.

3.2.4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Mantém-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão sempre que atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida.

As hipóteses que ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro estão descritas no contrato de concessão, sem prejuízo de outras que sejam verificadas pelas partes ao longo da vigência do contrato. As hipóteses foram pensadas conforme os riscos identificados e explicitados no Contrato, Anexo F – Matriz de Riscos.

Na minuta do contrato são elencadas hipóteses que ensejam recomposição de equilíbrio especificamente para a Concessionária ou para o Poder Concedente, bem como eventos que podem afetar ambos, conforme a alocação de riscos.

Além disso, a concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela materialização dos riscos que não lhe tenham sido alocados, mas que possam aumentar ou reduzir os custos por ela incorridos na execução do objeto do contrato.

No que se refere à metodologia, a minuta contratual prevê o uso do Plano de Negócios da adjudicatária e a respectiva TIR (Taxa Interna de Retorno), apresentados na época da licitação, como os parâmetros originários do equilíbrio contratual. Em caso de se verificar que Plano de Negócio original sofreu impactos com eventos econômico-financeiros que desequilibram o contrato, resultando em TIR diferente daquela originalmente estabelecida, aplicam-se as formas de reequilíbrio previstas, de modo a reestabelecer a TIR apresentada

na época da licitação. Portanto, eventos que gerem desequilíbrio contratual devem ser reequilibrados a partir do plano de negócios.

Com a utilização desta metodologia objetiva-se neutralizar do ponto de vista econômico-financeiro os impactos sobre a Concessionária de evento que é risco do Poder Concedente, colocando a Concessionária na mesma situação econômico-financeira que tinha antes da ocorrência dos aludidos eventos.

Já para recomposição de desequilíbrio decorrente da imposição unilateral de novos investimentos pelo Poder Concedente ou Agência Reguladora, ou mediante a materialização de riscos atribuídos ao Poder Concedente, a metodologia a ser utilizada é a do Fluxo de Caixa Marginal (FCM). Essa metodologia é uma das metodologias empregadas para a mensuração de desequilíbrios e processo de reequilíbrio econômico-financeiro e tem sido usado especialmente em concessões de rodovias[19].

De acordo com o método, estabelece-se um fluxo de caixa apartado (marginal) considerando-se apenas os efeitos diretos e indiretos, positivos e negativos, gerados pelo evento causador do desequilíbrio. A evidenciação do nexo causal entre o evento de desequilíbrio e o impacto econômico-financeiro no projeto não é trivial, e por isso devem ser utilizadas as melhores informações disponíveis para retratar as reais e efetivas condições atuais, para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas decorrentes, bem como eventuais receitas e outros ganhos, exclusivamente resultantes das modificações oriundas dos novos investimentos.

A partir desse fluxo de caixa livre apartado, calcula-se seu Valor Presente Líquido (VPL). Em caso de se verificar que o VPL é diferente de zero, aplicam-se as formas de reequilíbrio previstas no contrato de modo a anular o valor presente líquido desequilibrado.

Deste modo, basta encontrar o valor a ser pago ou recebido que produza Valor Presente Líquido (VPL) dos saldos do Fluxo de Caixa Marginal igual a 0 (zero), considerando-se uma

[19] Mas não só: a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp), em sua Resolução nº 01/13, adota formato similar de análise; a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), entre outras, também o utilizam e diversos contratos do ciclo mais recente de concessões e PPPs preveem a sua utilização do fluxo de caixa marginal para fins de reequilíbrio contratual em hipótese de introdução de novas obras e serviços. De acordo com Barbosa, Sampaio e Guerra (2019, p. 53), porém, o FCM "é de grande conveniência para o setor rodoviário, uma vez que certas previsões, como aquelas relacionadas ao tráfego esperado ou a obras exigidas em determinado contexto, podem falhar"; razão pela qual prepondera na área de transportes.

taxa de desconto específica à natureza de cada evento de desequilíbrio.

Na prática, é comum que os contratos de PPP e concessão já definam qual é a taxa de desconto que será utilizada para o cálculo do desequilíbrio, conforme previsto no Contrato.

Em outras palavras, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na ocorrência de eventos de desequilíbrio, por meio da elaboração do fluxo de caixa marginal, considera: (i) os fluxos de caixa marginais, positivos ou negativos, calculados com base na diferença entre as situações com e sem evento; e (ii) os fluxos de caixa marginais necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

3.2.5. Garantias contratuais exigidas e estrutura de garantias

Como forma de garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pela concessionária, o contrato de concessão exige que ela mantenha válida e atualizada a garantia de execução do contrato, no valor e em alguma das modalidades permitidas. A prestação da garantia é, inclusive, condição para a assinatura do contrato de concessão.

As hipóteses de execução da garantia de execução do contrato estão exaustivamente previstas no contrato de concessão, devendo a concessionária recompor o seu valor integral sempre que a garantia for utilizada, além de responder pela diferença caso o valor das multas eventualmente impostas a ela superior ao valor da garantia. A restituição ou liberação da garantia dependerá da comprovação do integral cumprimento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias da concessionária, bem como da entrega dos bens reversíveis em perfeitas condições, ressalvado o desgaste natural pelo uso, de acordo com o respectivo regime de operação.

Além disso, é exigido que a concessionária contrate e mantenha, durante todo o prazo de vigência da concessão, as apólices de seguro necessárias à cobertura dos riscos inerentes ao desenvolvimento das obras e prestação de serviços objeto do contrato de concessão.

Dentre os seguros que deverão obrigatoriamente ser contratados, em conformidade com as condições e termos previstos no contrato de concessão, estão: (i) seguro do tipo “todos os riscos” para danos materiais, cobrindo perda, destruição ou danos em todos ou em qualquer dos bens reversíveis, nas modalidades indicadas no contrato de concessão; (ii) seguro de responsabilidade civil para danos causados a terceiros, cobertura adicional para responsabilidade cruzada, acidentes de trabalho e danos decorrentes de poluição súbita; (iii)

seguro de riscos de engenharia do tipo “todos os riscos”, envolvendo a cobertura de quaisquer investimentos, custos e/ou despesas pertinentes às obras civis e à infraestrutura (construção instalações e montagem, englobando todos os testes de aceitação).

Por outro lado, ao Poder Concedente é imputada a obrigação de manter válida garantia de pagamento da contraprestação pública em favor da concessionária, por meio da assinatura de contrato de garantia de pagamento da contraprestação pública – condição para a eficácia do contrato de concessão. Por fazer parte da sistemática de remuneração da concessionária durante a concessão, esse tópico será detalhado na próxima seção.

3.2.6. Regulação e fiscalização

A concessionária deverá cumprir e respeitar as cláusulas e condições do contrato e da proposta econômica apresentada, submetendo-se plenamente à regulamentação existente ou a que venha a ser editada, aos prazos e às instruções da fiscalização, cumprindo, ainda, as metas e os parâmetros de qualidade, e demais condicionantes para a execução do objeto da concessão.

Adicionalmente, deverão ser obedecidas as normas estabelecidas pela agência reguladora competente para tanto, na forma da legislação aplicável e dos instrumentos específicos que lhe tenham delegado competência.

Observadas as condições estipuladas no contrato de concessão, a sua fiscalização fica a cargo do Poder Concedente, que poderá fazer-se auxiliar por terceiros em suas tarefas fiscalizatórias, respeitados os limites de delegabilidade da atividade de fiscalização.

Essa fiscalização do contrato, vale ressaltar, não engloba a análise do desempenho da concessionária com relação aos indicadores de desempenho, de que tratará a seção 4 deste Caderno.

3.2.7. Penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das obrigações contratuais

O descumprimento das obrigações e condições estabelecidas no contrato de concessão ensejará a aplicação de penalidades de advertência e multa.

As penalidades serão aplicadas de forma gradativa e proporcional à gravidade da infração, nos termos do contrato de concessão.

O Poder Concedente poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a adequação na execução das obras e na prestação dos serviços, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes, nas hipóteses estabelecidas pelo contrato.

3.2.8. Casos de extinção da concessão e reversão dos bens

O contrato de concessão poderá ser extinto por (i) término do prazo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação; (vi) ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato; ou (vii) falência ou extinção da concessionária.

Todas as formas de extinção da concessão estão devidamente disciplinadas na minuta do contrato, com menção expressa aos procedimentos para reversão dos bens para o patrimônio público.

Consideram-se bens reversíveis tanto as edificações, instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, acessórios e estruturas de modo geral necessários à operação e manutenção da concessão que foram cedidos pelo Poder Concedente para exploração pela concessionária, quanto aqueles bens, móveis ou imóveis, adquiridos, incorporados, elaborados ou construídos pela concessionária que guardem relação ou sejam necessários à operação e manutenção do objeto do contrato, assim como todas as benfeitorias e acessões, com exceção daqueles casos expressamente excetuados no contrato de concessão.

Vale dizer que acompanha o contrato um inventário dos bens reversíveis colocados à disposição da concessionária pelo Poder Concedente. Durante a vigência da concessão, esses bens devem ser devidamente registrados na contabilidade da concessionária de modo a permitir sua fácil identificação pelo Poder Público, incluindo sua distinção em relação aos bens exclusivamente privados. Ao final da execução contratual, é elaborado pelo Poder Concedente um relatório de reversão.

3.2.9. Mecanismos amigáveis de solução de divergências

A solução de eventuais controvérsias decorrentes do contrato que envolvam direitos patrimoniais disponíveis se dará por meio de arbitragem.

A arbitragem será processada por Câmara de Arbitragem competente, no município de Xanxerê/SC, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a

arbitragem for iniciada, observado o disposto na Lei Federal nº 9.307/1996 e subsequentes alterações, assim como as disposições constantes no contrato.

As controvérsias não sujeitas ao procedimento arbitral deverão ser resolvidas judicialmente no foro da Comarca de Xanxerê/SC.

3.3. Diretrizes regulatórias relevantes

Para além daquelas inovações já pontuadas ao longo deste Caderno Jurídico – para as quais buscou-se a compatibilização com a legislação municipal de Xanxerê –, é preciso pontuar ainda o impacto das diretrizes regulatórias instituídas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Projeto em questão.

Publicada em julho de 2020, a Lei Federal nº 14.026/2020 foi resultado da aprovação, no Senado Federal, do Projeto de Lei nº 4.162/2019, após ampla discussão legislativa e edição de duas medidas provisórias com vigências encerradas.

A lei, que teve por objetivo atualizar todo o marco legal do saneamento básico do país, teve como inovação de especial relevância a atribuição à ANA da competência para instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e pelas entidades reguladoras e fiscalizadoras locais.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 14.026/2020 promoveu alterações na lei de criação da ANA para lhe permitir regular, por meio da edição progressiva de normas de referência de abrangência nacional, temas como a qualidade e eficiência dos serviços de saneamento, política tarifária, padronização do conteúdo dos contratos e metas de universalização dos serviços.

Como forma de incentivar a adoção das referências regulatórias nacionais, o novo marco também confere à ANA a atribuição de disponibilizar relação atualizada das entidades reguladoras e fiscalizadoras dos serviços de saneamento básico que adotam as normas de referência. O intuito é que a adesão a essas normas seja critério obrigatório para viabilização de acesso a recursos públicos federais ou de contratação de financiamento com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da Administração Pública federal.

Vale ressalvar, todavia, que, além da comprovação da adoção das normas regulatórias de referência poder ser gradual – de forma a preservar expectativas e direitos decorrentes das

normas a serem substituídas –, a regulação deverá ser complementada pelos entes reguladores subnacionais indicados pelos titulares dos serviços, possibilitando a observância às especificidades de cada estado e/ou município.

Nesse sentido, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico também promove alterações no art. 23 da Lei Federal nº 11.445/2007 – que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico – para prever que "*a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas".*

A ideia é, portanto, que os serviços públicos de saneamento sejam regulados diretamente pelas agências reguladoras indicadas pelos respectivos titulares dos serviços – municípios ou estado em conjunto com os municípios, conforme o caso –, observadas as diretrizes gerais veiculadas pela ANA em suas normas de referência.

4. ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

Como já mencionado, os estudos elaborados indicaram que a Concessão deve ser estruturada na modalidade de concessão patrocinada, de forma que a remuneração da concessionária se constituirá tanto de (i) pagamento, pelo Poder Concedente à concessionária, de uma contraprestação pecuniária pelos serviços de limpeza urbana desenvolvidos, investimentos obrigatórios relacionados à limpeza urbana e outros serviços que porventura não possam ser remunerados pela tarifa; quanto de (ii) cobrança da Tarifa de Manejo de Resíduos (TMR) dos usuários pela prestação dos serviços de coleta, destinação final de resíduos sólidos e os investimentos obrigatórios relacionados ao manejo de resíduos sólidos.

4.1. Pagamento de contraprestação pública

A contraprestação pecuniária somente deve ser paga à concessionária, pelo Poder Concedente, após a disponibilização do serviço objeto do contrato de PPP, consoante art. 7º da LPPP. No entanto, tal pagamento pode se dar considerando apenas a parcela fruível dos serviços.

> *Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.*
>
> *§1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.*

Na concessão em questão, o pagamento da contraprestação pública pelo Poder Concedente se dará mensalmente.

O valor da contraprestação pública será reajustado a cada 12 (doze) meses, de acordo com o IPCA/IBGE. O cálculo do reajuste deverá sempre ocorrer com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias da sua aplicação.

4.2. Garantia do pagamento da contraprestação pública

4.2.1. Modalidades de garantia juridicamente possíveis

O art. 8º da LPPP prevê que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de PPP poderão ser garantidas mediante: (i) vinculação de receitas; (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; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

A seguir serão descritas as principais caraterísticas de cada uma dessas modalidades para, na sequência, se discorrer sobre o arranjo de garantias a ser adotado no Projeto.

- **Vinculação de receitas públicas**

A primeira modalidade prevista no art. 8º da LPPP, qual seja, a vinculação de receitas públicas, não se trata propriamente de uma garantia no sentido técnico-jurídico do termo, na medida em que não se conforma como uma obrigação acessória de garantia à principal. Trata-se, isto sim, de forma de pagamento direto ao credor (parceiro privado) através da vinculação de receitas do orçamento público.

Nesse sentido, o parceiro público dispõe de uma ampla variedade de receitas públicas[20][21] passíveis de serem destacadas do orçamento a fim de serem usadas como garantia em contratos de PPP.

Ressalta-se que a afetação das receitas públicas deverá, necessariamente, decorrer de lei específica que as vinculem ao propósito de garantir o pagamento da contraprestação pública, o que acarreta certa complexidade para implementação dessa modalidade de garantia. Lado outro, tal rigidez também confere certa solidez à modalidade, uma vez que somente uma lei

[20] Ressalte-se que as receitas tributárias advindas de impostos não são passíveis de afetação, tendo em vista a expressa vedação estabelecida no art. 167, IV, da Constituição Federal a que faz referência o art. 8º, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/2004.

[21] Dá-se como exemplo o recebimento de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), comumente designada de “Royalties Minerários”.

posterior poderia modificar a destinação das receitas auferidas.

Além disso, é importante verificar que, em se tratando de receitas futuras, não há que se falar na existência de um bem público que se presta ao papel da garantia (garantia real)[22]. Em realidade, existe mera expectativa da realização da receita, de forma que se esta não se realizar, o parceiro privado estará completamente desguarnecido.

Ainda, vale notar que, no caso de *default* do parceiro público, o parceiro privado não goza de mecanismos judiciais capazes de tomar, à força, o bem público, visto que a garantia que lhe foi ofertada refere-se simplesmente à existência de um fluxo de receitas passível de ser utilizado para quitar as dívidas da Administração Pública.

Além do referido risco de realização das receitas, há, outrossim, o risco político decorrente da possibilidade de, durante a execução contratual, o Poder Público vir a envidar esforços no sentido de extinguir a vinculação orçamentária das receitas afetadas à PPP.

- **Instituição ou utilização de fundos especiais**

Inicialmente, deve-se ressaltar que, para a adoção dessa modalidade de garantia, é preciso que uma lei prévia crie – ou tenha criado – o fundo especial destinado a arcar com as obrigações pecuniárias do parceiro público em face do parceiro privado. Por essa razão é que essa modalidade também esbarra na questão da complexidade do processo de instituição da garantia.

Além disso, duas semelhanças com a modalidade de vinculação de receitas públicas tratada no item acima – e, consequentemente, com os fatores dificultadores ou problemáticos dela advindos – precisam ser pontuadas.

A primeira proximidade com a vinculação de receitas reside no fato de que o fundo especial nada mais é do que parte do patrimônio público que foi segregado do todo, tendo sido destinado a uma finalidade específica.

A segunda diz respeito ao fato de o prestador direto da garantia continuar sendo a Administração Pública, uma vez que o fundo especial não detém personalidade jurídica

[22] Garantia real é aquela respaldada por um bem definido, existente e tangível, tal como um imóvel ou título mobiliário.

própria.

Por outro lado, duas diferenças são importantes de serem destacadas. A primeira diz respeito ao fato de a existência de um fundo contábil próprio permitir que sua lei de criação estabeleça instrumentos de controle das atividades e desembolsos dos recursos do fundo.

A segunda se refere ao fato de que, em se tratando de fundo especial, ao fim do exercício orçamentário, o saldo positivo do mesmo resta transferido como crédito ao exercício subsequente, nos termos do art. 73 da Lei Federal n° 4.320/1964 (“Lei de Orçamentos Públicos”), diferentemente do que ocorre com a vinculação de receitas.

Nessa linha, é possível apontar a proximidade das duas modalidades ora tratadas, na medida em que o fundo especial, embora confira certa margem de segurança ao parceiro privado ante a garantia da reserva específica de recursos voltados às contraprestações do parceiro público, não afasta os riscos políticos inerentes à possibilidade de o Poder Público vir a não desembolsar os valores do fundo ou mesmo decidir pela extinção do fundo durante o curso da execução contratual.

Com efeito, a ocorrência efetiva de tais riscos políticos combinados com a possibilidade de as receitas previstas para o fundo especial não serem totalmente integralizadas geram um risco considerável ao parceiro privado, restando a esse último apenas o recurso às instâncias judiciais ou arbitrais para satisfazer seu crédito.

- **Seguro-garantia contratado com companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público**

O seguro-garantia ou *perfomance bond* tem por objeto não um bem material, mas sim o adimplemento da obrigação contratual por parte do segurado, ou seja, o pagamento das contraprestações pelo parceiro público ao privado. Consequentemente, o advento da inadimplência desta obrigação segurada gera o sinistro e o respectivo pagamento pela seguradora ao parceiro privado beneficiário.

Trata-se de modalidade de garantia tipicamente ligada ao instituto do contrato de seguro, com a peculiaridade de que o segurador não poderá ser companhia controlada pelo Poder Público, por expressa vedação legal contida no art. 8, inciso II da LPPP.

Ressalta-se que, mesmo que inexistisse tal restrição legal, a contratação de seguro-garantia

com instituição controlada pelo próprio ente contratante geraria grave insegurança para o parceiro-privado, em vista do evidente conflito de interesses entre a instituição seguradora e o adquirente da apólice.

Tal modalidade de garantia se conforma como uma das mais robustas e eficazes, vez que permite o recebimento do crédito pelo parceiro privado de forma célere e integral, desde que aperfeiçoado perante companhia seguradora sólida com patrimônio compatível ao valor segurado.

Cumpre destacar que o oferecimento do seguro-garantia pela instituição seguradora certamente estará atrelado à apresentação, pelo Poder Concedente, de contragarantias aptas a mitigar o risco do segurador.

Pelo narrado, nota-se que essa modalidade prima pela baixa complexidade[23] na instituição e pela robustez. Todavia, a viabilidade de sua adoção pode ser influenciada pelo fator custo, de sorte que a avaliação dependerá de considerações de ordem econômica que só poderão ser avaliadas no caso concreto.

- **Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público (fiança-bancária)**

Trata-se de garantias oferecidas por organismos internacionais como Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Mundial ou Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), por exemplo, e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, como é o caso dos bancos privados.

A análise da complexidade dessa modalidade dependerá muito das regras burocráticas das próprias instituições. No que toca ao atributo da solidez, pressupõe-se, em virtude de sua tangibilidade, liquidez e disponibilidade, configurar-se uma garantia altamente atrativa. De fato, o baixo risco de inadimplência desses entes garantidores permite reduzir o risco da operação, especialmente no que tange à obtenção de financiamento pelo parceiro privado.

Igualmente, a fiança-bancária concedida por bancos privados goza de similar solidez, na medida em que, por óbvio, só se admitirá a outorga da fiança por instituição financeira

[23] Ressalte-se que caso a contratação se dê pelo parceiro público, deverá ser precedida de procedimento licitatório.

respeitada e com recursos capazes de honrar com o eventual inadimplemento do Poder Público.

Importante destacar que a mesma lógica de apresentação de contragarantias pelo Poder Público, a que se referenciou no item 4.1, é aplicável para a obtenção de fiança-bancária perante instituição financeira privada. Assim, é praxe dessas instituições exigir que o tomador lhe ofereça contragarantias para a operação.

Pontua-se, por fim, o principal aspecto negativo dessa modalidade: o elevado custo para sua constituição e manutenção.

- **Garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal**

Outro formato de garantia aceitável pela LPPP é aquela prestada (i) por fundo garantidor constituído pelo Poder Público contratante; ou (ii) por empresa estatal criada com essa finalidade específica.

Quanto à utilização de garantia prestada por fundo garantidor, tem-se que as regras concernentes à atuação do fundo encontram-se detalhadas na legislação de cada ente federativo.

Conforme já exposto em item anterior, a utilização de fundos não constitui o meio mais adequado para a estruturação do arranjo de garantias. Isso porque tem-se como grande desvantagem de tal modalidade o controle que o Poder Concedente detém sobre os recursos depositados no fundo, com grande potencial de dificultar o seu acesso pela concessionária no evento do inadimplemento.

Ademais, nesse caso, verifica-se o risco adicional de um mesmo fundo garantidor poder ser utilizado para garantir mais de um contrato de PPP, reduzindo drasticamente a confiabilidade da garantia para ambos os projetos.

Já no que se refere à utilização de garantia prestada por empresa estatal criada com esse fim, tem-se que sua criação necessitaria da aprovação de lei específica, o que eleva o nível de complexidade da instituição dessa modalidade de garantia.

Em ambos os casos (prestação da garantia por fundo garantidor ou empresa estatal), a utilização das garantias por meio de mecanismos privados, tais como o depósito de bens e ativos por agentes financeiros independentes, é capaz de conferir um nível de solidez

aceitável para o Projeto em questão.

Em se tratando dos custos, a disponibilização de ativos para o fundo garantidor ou para a empresa estatal criada para a prestação de garantias não implicaria, via de regra, em gasto desarrazoado para a Administração.

- **Outras modalidades de garantias legalmente admitidas**

Por fim, cumpre atentar para a autorização final contida no inciso VI do art. 8º da LPPP que permite a adoção, na forma de garantia, de quaisquer outros mecanismos previstos pelo ordenamento jurídico.

Em realidade, admite-se a totalidade das operações regidas pelas regras de direito privado, desde que inexista vedação expressa ao seu uso pela Administração Pública.

Tendo em vista as dificuldades em se conceituar todos os institutos do direito civil capazes de serem utilizados como garantias do adimplemento do parceiro público, trataremos a seguir das modalidades mais usuais adotadas pelos entes que já celebraram contratos de PPP, muito embora, como dito, outras alternativas possam ser utilizadas.

- *Fiança simples (não prestada por instituição financeira)*

O mecanismo da fiança quando oferecida por organismo internacional ou instituição financeira (fiança-bancária) já foi abordado neste tópico.

No caso da fiança simples, trata-se da hipótese de um terceiro, que não o órgão contratante, que compromete o seu patrimônio ao adimplemento das obrigações do parceiro público. Em outras palavras, o fiador firma promessa ao parceiro privado de que seu patrimônio irá responder pelas dívidas não adimplidas pelo Poder Concedente em virtude do contrato de PPP.

À primeira vista, inexistem óbices legais à utilização dessa modalidade de garantia, sendo ela de constituição relativamente simples. Em termos de solidez e atratividade, no entanto, a fiança tende a ser inócua quando prestada pelo próprio Poder Público.

Diferentemente do que se verifica em casos envolvendo apenas pessoas privadas, a existência de uma obrigação solidária entre o fiador e o parceiro público não implicará em benefício ou segurança ao parceiro privado. Isso porque, via de regra, o fiador seria outro

órgão da Administração Pública, sujeito ao regime de pagamento de débitos através de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

De nada adiantaria, portanto, que o parceiro privado pudesse exigir judicialmente o recebimento de seu crédito do fiador se este também se submeter ao regime dos precatórios. Nota-se, portanto, que apenas no caso de o fiador ser um agente privado (e que não seja uma instituição financeira), tal modalidade de garantia se tornaria eficaz.

Também nesse caso é válida a ressalva de que a mera promessa feita pelo fiador significa tão somente a constituição de uma garantia pessoal, não lastreada em um bem específico (garantia real).

- *Penhor*

Diferentemente da maioria dos exemplos já citados, a modalidade de garantia conhecida como penhor significa a constituição de garantia real (lastreada em bem móvel identificado, avaliado e disponível) em favor do parceiro privado, o que por si só já lhe coloca em patamar de solidez muito superior às demais modalidades.

Em suma, no penhor, o garantidor irá oferecer um bem específico, que ficará sob a custódia da concessionária, ou de terceiro por este escolhido e que em caso de inadimplemento do pagamento da contraprestação pública deverá ser alienado[24] para quitar a dívida[25].

Uma vez considerado que os bens dados em penhor integram o patrimônio público, faz-se necessária a edição de lei que autorize a desafetação de tais bens para que possam ser livremente alienados.

A título meramente exemplificativo, indica-se alguns bens sobre os quais poderia recair o penhor, para fins de garantia do contrato de PPP:

- Títulos públicos federais (ex: Notas do Tesouro Nacional);
- Títulos negociáveis representativos de dívida contraída por empresa privada, empresa pública ou sociedade de economia mista (ex: debêntures, cédulas de crédito bancário);

[24] Além de desafetado, é necessário que o bem dado em garantia seja alienável.

[25] Via de regra não se admite que o credor fique com o próprio bem, devendo promover a sua alienação conforme as condições previamente estipuladas.

- Ações negociadas em bolsa;
- Direitos creditórios decorrentes de operação de crédito; e
- Direitos creditórios decorrentes da venda de bens e/ou da prestação de serviços.

A escolha por um ou mais dos ativos mencionados ou por outros dependerá, por óbvio, de sua disponibilidade financeira, de sua desvinculação a finalidades previamente estabelecidas e do nível de segurança representado.

- *Hipoteca*

A hipoteca se apresenta como uma garantia real que recai exclusivamente sobre bens imóveis ou outros bens equiparados a imóveis por força de lei (tais como navios, aeronaves, vias férreas) ou, ainda, sobre alguns direitos, como é o caso do direito real de uso e o direito à propriedade superficiária, dentre outros, nos termos do art. 1.473 do Código Civil.

Na instituição de garantia por meio de hipoteca, diferentemente do penhor, não ocorre a transferência da posse direta ou mesmo da propriedade do bem do devedor ao credor. É dizer: permite-se ao devedor que continue utilizando a propriedade do bem ofertado em garantia.

Como requisitos formais à constituição desta garantia, exige-se o seu aperfeiçoamento mediante escritura pública, sendo certo que se admite a instituição de diversas hipotecas sobre um mesmo bem (as chamadas sub-hipotecas). Assim, não havendo vedação estabelecida pelas partes na hipoteca anterior, admite-se a instituição de nova hipoteca sobre o mesmo bem, ainda que o valor garantido supere o valor do bem onerado em garantia.

Em se tratando de bem público dado em garantia por meio de hipoteca, exige-se que o mesmo não esteja destinado a qualquer finalidade pública, bem como que haja prévia autorização legislativa para a instituição do gravame e eventual futura alienação do bem, que deverá ser submetida à hasta pública.

É certo que a garantia através de hipoteca pode apresentar problemas de liquidez do bem objeto da garantia, de sorte a prejudicar o desenvolvimento do projeto diante da inadimplência das contraprestações do parceiro público. Assim, diferentemente de garantias outras fundadas em bens móveis, o bem imóvel hipotecado pode representar atrasos na satisfação do crédito do parceiro privado, notadamente diante de procedimento de licitação para que se efetive a alienação do bem garantidor.

- *Alienação fiduciária*

Trata-se de uma modalidade de garantia real em que uma pessoa (devedor fiduciante) transfere a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem móvel infungível a outrem (credor fiduciário), como forma de garantir o pagamento de obrigação pecuniária.

Assim, embora haja a transferência da titularidade da propriedade do bem móvel infungível ao credor enquanto persistir a dívida, é certo que o devedor se mantém na posse direta do bem gravado, na condição jurídica de "depositário", sujeitando-se a guardar e conservar a coisa como se sua fosse[26].

Note-se, portanto, que diferentemente do penhor, a alienação fiduciária em garantia procede à transferência da propriedade do bem do devedor ao credor, ainda que tal transferência seja passível de extinção imediata após o pagamento da obrigação garantida (propriedade resolúvel).

De toda sorte, em se tratando de bens públicos alienados fiduciariamente em garantia, também se impõe a desafetação dos mesmos, bem como a prévia autorização legislativa para que se institua a garantia.

Por fim, é de se ressaltar a existência de vedação legal expressa para que o credor receba definitivamente a propriedade do bem gravado em caso de inadimplemento do devedor, de sorte que nestas situações a legislação exige que se proceda à alienação a terceiros do bem dado em garantia, satisfazendo-se o credor do produto desta alienação e destinando o saldo remanescente ao devedor[27].

- *Outras formas de garantia*

Todas as formas de garantia admitidas pela legislação, a princípio, apresentam-se passíveis de lastrear um projeto de PPP, desde que observadas as restrições legais aplicáveis[28]. Tais

[26] Vide art. 627 e seguintes do Código Civil.

[27] Vide art. 1.365 do Código Civil.

[28] Exemplificativamente, a alienação fiduciária de bens imóveis não é passível de ser utilizada para contratos de PPP, uma vez que a Lei Federal n° 9.514/1997, restringe sua aplicação às operações de financiamento imobiliário.

modalidades, contudo, não possuem um arranjo jurídico previamente definido, podendo apresentar as mais variadas configurações, conforme o interesse negocial envolvido, de forma que precisam ser avaliadas à luz do caso concreto.

4.2.2. Modalidade de garantia adotada

Considerando-se as informações disponíveis no âmbito do PMI, optou-se pela adoção da vinculação de receitas públicas como mecanismo de garantir à concessionária o pagamento da contraprestação pública pelo Poder Concedente.

Para materializar a garantia, o contrato de concessão prevê como condição suspensiva da eficácia da própria concessão a celebração do contrato de garantia de pagamento da contraprestação pecuniária.

Por meio desse contrato de garantia, assinado pela concessionária, Poder Concedente e agente garantidor, o Poder Concedente se compromete a dirigir para conta vinculada receita equivalente a 3 (três) vezes o valor da contraprestação mensal máxima – saldo mínimo esse que deve ser mantido durante todo o período de vigência da concessão, com obrigação de reposição pelo Poder Concedente em caso de utilização do saldo para fazer frente à garantia de pagamento.

Em regra, a composição do saldo mínimo da conta vinculada ocorre previamente à assinatura do Contrato. Porém, considerando o cenário de restrição orçamentária e fiscal dos Municípios brasileiros, tem se aventado a possibilidade de escalonar a composição deste saldo mínimo, justamente com o intuito de viabilizar garantias nesses casos.

Assim, no caso concreto, é possível propor que a constituição do saldo mínimo da conta vinculada ocorra ao longo do período da execução do contrato. É fundamental, contudo, que antes da assinatura do contrato haja, a prestação de garantia pública equivalente, ao menos, a uma contraprestação mensal máxima.

O complemento da garantia pública, no valor equivalente as demais contraprestações mensais máximas, deve ser depositado da seguinte forma: até o mês 12 o valor correspondente à segunda contraprestação; e até o mês 24 o valor correspondente à terceira contraprestação; contados da data de assinatura do Contrato, finalizando o processo de constituição do saldo mínimo da conta vinculada.

É importante salientar que o Poder Concedente poderá, desde o início do Contrato, optar por transferir a cada mês recursos para a conta vinculada de modo a ter cumprido sua obrigação no mês 12 e no mês 24 ou fazê-lo em transferência única, até os respectivos meses.

Todavia, na hipótese de acionamento da garantia, em virtude de eventual inadimplemento, a reposição deve ser feita no prazo de até 3 (três) meses, sob pena da Concessionária exercer, dentre outros diretos, a rescisão judicial.

A conta vinculada deve ser administrada por um agente garantidor que, por sua vez, receberá plenos poderes para, de forma exclusiva, custodiar, administrar e movimentar os recursos da conta nos exatos termos e condições previstos no contrato também por ele assinado, sendo remunerado pelo Poder Concedente na forma do contrato.

Em caso de inadimplemento do Poder Concedente no pagamento da contraprestação prevista no contrato de concessão, portanto, o agente garantidor poderá acionar o saldo existente na conta vinculada para garantir o pagamento da concessionária.

4.3. Cobrança de tarifa

Como dito, por se tratar de concessão patrocinada, além do pagamento da contraprestação pública, a remuneração da concessionária também será composta pelo recebimento, pela concessionária, dos valores correspondentes ao pagamento da Tarifa de Manejo de Resíduos (TMR) pelos usuários dos serviços de coleta e destinação final de resíduos sólidos.

A TMR será calculada anualmente de acordo com a metodologia de cálculo prevista no contrato, que considera, frequência, utilização (residencial e não residencial) e área edificada.

O valor das tarifas será reajustado a cada 12 (doze) meses, de acordo com o IPCA/IBGE. O cálculo do reajuste deverá sempre ocorrer com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias da sua aplicação.

4.4. Fase de transição

Como os estudos apontaram que a futura concessionária necessitará de um prazo mínimo de 4 (quatro) meses para ter acesso às informações relevantes e banco de dados dos usuários para, enfim, ter condições de promover diretamente a cobrança da TMR, foi previsto no contrato de concessão uma fase de transição.

Considerando ainda que atualmente o Município de Xanxerê promove a cobrança da Taxa de Coleta de Lixo em conjunto com a Guia do IPTU, bem como que o lançamento dessa taxa se dá anualmente – no início de cada exercício –, faz-se necessário também que a transição da cobrança de taxa para a cobrança de tarifa se dê ao fim de um determinado exercício fiscal. Assim, o município terá condições de não promover o lançamento da taxa no exercício fiscal subsequente, ajustando devidamente suas previsões orçamentárias para aquele ano.

Por essas razões, a fase de transição disciplinada no contrato de concessão tem previsão de duração mínima de 4 (quatro) meses, devendo perdurar até o fim do exercício fiscal, o que faz com que essa fase possa durar até 16 (dezesseis) meses.

Durante a fase de transição, o Poder Concedente deverá repassar à concessionária o banco de dados relativo ao cadastro dos usuários, ao passo que a concessionária preparará as informações necessárias para iniciar diretamente a cobrança da TMR ao fim do período de transição.

Especificamente quanto à cobrança dos usuários, durante a fase de transição, o Poder Concedente poderá permanecer cobrando a TCL, calculada conforme as regras tributárias municipais aplicáveis. Nesse período, a remuneração da concessionária para todos os componentes do objeto do contrato de concessão se dará por meio de pagamentos públicos, composto da contraprestação mensal à título de remuneração pelos serviços de limpeza urbana e investimentos obrigatórios relacionados à limpeza urbana e outros serviços que porventura não possam ser remunerados pela tarifa, acrescida da contraprestação mensal transitória à título de remuneração pelos serviços executados pela concessionária de coleta e manejo de resíduos sólidos. O valor acrescido será devido ao longo de todo o período de transição e até que a concessionária possa realizar a cobrança da tarifa diretamente junto aos usuários.

A partir do dia subsequente ao fim da fase de transição, a cobrança da TCL, pelo município, será substituída pela cobrança da TMR, exclusiva e diretamente pela concessionária.

4.5. Avaliação de desempenho da concessionária

4.5.1. Sistema de mensuração de desempenho

Conforme já esclarecido nas subseções anteriores, pela execução do serviço de limpeza urbana, a Concessionária receberá, a título de remuneração, contraprestação pecuniária a

ser paga pelo Poder Concedente. Já pelos serviços de coleta de resíduos sólidos e destinação final, será a concessionária remunerada por meio da TMR a ser paga pelos usuários.

Tanto o valor da contraprestação pública, quanto o valor das tarifas refletirão o desempenho da concessionária na prestação desse serviço, de forma que os respectivos valores serão apurados mensalmente e consolidados em um resultado final a cada ano com base nos indicadores que compõem o sistema de mensuração de desempenho contido no edital e no contrato de concessão.

Os indicadores de desempenho previstos para o contrato possuem fórmulas, periodicidade e critérios definidos e detalhados na minuta do Anexo B – Sistema de Mensuração de Desempenho.

Para permitir o cálculo do valor tanto da contraprestação pública quanto das tarifas, a Concessionária deverá mensurar, mensalmente, cada um dos indicadores previstos em contrato, devendo, ao fim de um ano, apresentar ao Poder Concedente um relatório, contendo as medições mensais efetuadas para os serviços e os cálculos necessários à apuração da nota anual de desempenho. Caberá ao Poder Concedente realizar diligências e verificar todos os elementos que comprovem os indicadores contratuais, aferindo a nota anual final do desempenho da Concessionária.

Após a definição da nota de desempenho da Concessionária pelo Poder Concedente, o mesmo precisará submeter relatório detalhado à validação da Agência Reguladora.

Ao fim, a nota anual alcançada pela concessionária impactará a contraprestação mensal e a tarifa devidas pelos próximos 12 meses de operação, período em que o novo ciclo de mensuração é iniciado visando a consolidação de uma nova nota anual.

Dentre os indicadores previstos no contrato de concessão, estão indicadores que avaliam o desempenho dos principais serviços prestados pela concessionária, como: o percentual de atendimento da população com os serviços de coleta dos resíduos sólidos comuns e com a coleta de materiais recicláveis, a disponibilidade dos contentores de superfície, a destinação, tratamento e disposição adequada dos resíduos sólidos em consideração os padrões contratuais estabelecidos, o atendimento aos quantitativos estabelecidos para a varrição de vias e logradouros, a realização de ações de educação ambiental e o nível de reclamações dos usuários.

A tabela a seguir evidencia os indicadores previstos em contrato:

Tabela 1: Indicadores de Desempenho estipulados para o contrato.

Indicadores de Desempenho do Contrato
INDICADOR 1: ATENDIMENTO DA COLETA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS COMUNS (I_{RSC})
INDICADOR 2: DISPONIBILIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CONTENTORES DE SUPERFÍCIE (I_{CS})
INDICADOR 3: ATENDIMENTO DA COLETA DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (I_{MR})
INDICADOR 4: DESTINAÇÃO E DISPOSIÇÃO FINAL ADEQUADA (I_{DF})
INDICADOR 5: TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (I_{TRS})
INDICADOR 6: ATENDIMENTO DA VARRIÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS (I_{VM})
INDICADOR 7: ATENDIMENTO DA ROÇADA ($I_{ROÇ}$)
INDICADOR 8: ATENDIMENTO AO USUÁRIO - MANEJO DE RESÍDUO (I_{AUMR})
INDICADOR 9: ATENDIMENTO AO USUÁRIO – LIMPEZA URBANA (I_{AULP})
INDICADOR 10: EDUCAÇÃO AMBIENTAL (I_{EA})

Fonte: Elaboração própria.

4.5.2. Revisão dos indicadores de desempenho

O contrato de concessão prevê a ocorrência do processo de revisão ordinária dos parâmetros da concessão, dentre os quais se inclui o sistema de mensuração de desempenho. A primeira revisão ordinária tem previsão para que ocorra após 36 (trinta e seis) meses, contados da data de eficácia do contrato, sendo as revisões ordinárias seguintes a cada 5 (cinco) anos da primeira revisão.

O contrato ainda prevê que nos primeiros 10 (dez) meses os indicadores sejam mensurados com a finalidade de serem testados e com fins de possibilitar ações preparatórias e de fins gerenciais, consolidando a primeira nota do ciclo nos dois meses subsequentes (mês 11 e 12). Já no mês 11 (enquanto a nota do período de 10 meses é apurada) se inicia um novo ciclo de medição – este com 12 meses – que resultará nas notas anuais da concessionária e que impactará a contraprestação pública devida e a tarifa a ser paga pelos usuários (cada nota impactando um dos elementos de remuneração da Concessionária).

Neste sentido, o contrato, em especial o Anexo B – Sistema de Mensuração de Desempenho, não determinam antecipadamente quais os critérios e fórmulas a serem aplicadas para a revisão dos indicadores de desempenho. Caberá às partes avaliarem à época as

necessidades e aprimoramentos que o sistema de mensuração de desempenho possui, após experimentarem sua execução prática.

Cabe ressaltar que o processo de revisão será instaurado pela agência reguladora, de ofício, ou a pedido de qualquer das partes, devendo ser concluído no prazo máximo de 6 (seis) meses, mediante acordo das partes, sendo, ainda, seus resultados devidamente documentados e incorporados em aditivo contratual, caso importem em alterações do contrato.

Ademais, é facultado à Concessionária solicitar a revisão extraordinária do contrato de concessão caso (i) os indicadores de desempenho se mostrarem comprovadamente ineficazes para aferir a qualidade dos serviços; ou (ii) houver necessidade comprovada de inclusão e/ou exclusão de obrigações ou indicadores de desempenho neste contrato, resultado de transformações tecnológicas supervenientes ou da necessidade de adequação dos sistemas de mensuração da qualidade dos serviços a padrões técnicos reconhecidos nacional ou internacionalmente.

4.6. Fluxo correspondente às etapas de pagamento

Como visto, a remuneração da Concessionária será composta pela contraprestação pública a ser paga pelo Poder Concedente e pelo recebimento dos valores referentes à TMR a ser paga pelos usuários.

Conforme exposto anteriormente, a contraprestação pública remunerará os serviços de limpeza urbana e seu valor será calculado ao fim do ciclo de 12 (doze) meses, impactando no valor devido no ciclo de 12 (doze) meses seguintes. O pagamento da contraprestação pública, no entanto, será mensal, efetuado pelo Poder Concedente.

O cálculo do valor da contraprestação pública levará em conta o desempenho da Concessionária em relação aos indicadores de desempenho aplicáveis indicados no contrato, conforme detalhado anteriormente, por meio da atribuição de uma nota que consolida a apuração realizada ao longo de 12 (doze) meses.

Para auxiliar o Poder Concedente na verificação do desempenho e atribuição da respectiva nota, a Concessionária apresentará anualmente um relatório de indicadores que contemplará as medições mensais dos serviços relativos ao ciclo dos últimos 12 (doze) meses.

Após verificação, análise documental e diligências, a memória de cálculo e resultado final serão encaminhados pelo Poder Concedente à Agência Reguladora para validação, a partir da qual o Poder Concedente realizará as providências necessárias ao pagamento da Contraprestação Pública.

Vale ressaltar, todavia, que nos 10 (dez) primeiros meses de concessão a avaliação de desempenho da concessionária não será considerada para reduzir sua remuneração, mas somente para fins gerenciais. A partir do mês 11 do contrato é que os resultados aferidos a partir dos indicadores de desempenho passam a ser considerados para a composição do cálculo anual, que ao fim do ciclo de 12 (doze) meses irá compor na nota que impactará no valor da contraprestação pública efetivamente a ser paga.

Uma vez validada a nota de desempenho, a Concessionária passará a enviar, mensalmente, a fatura com o valor respectivo da contraprestação pública (valor mensal impactado pela nota de desempenho validada pela agência reguladora, válido por 12 (doze) meses, sem prejuízo dos reajustes de preços previstos em contrato), que deverá ser paga em até 10 (dez) dias úteis, por meio da transferência do valor para conta de livre movimentação e titularidade da concessionária.

Vale rememorar que esse pagamento será assegurado pelo contrato de garantia de pagamento da contraprestação pública, que obriga o Poder Concedente a encaminhar para conta vinculada – custodiada, administrada e movimentada pelo agente garantidor – receita equivalente a 3 (três) vezes o valor da contraprestação pública vigente, que deverá ser mantida durante todo o prazo da concessão, nos termos detalhados anteriormente.

Os serviços de manejo de resíduos sólidos, bem como os investimentos obrigatórios relacionados ao mesmo, por sua vez, serão remunerados pela Tarifa de Manejo de Resíduos, paga pelos usuários dos serviços de coleta e destinação final de resíduos sólidos, como explicitado anteriormente.

A Concessionária será responsável pela emissão do documento de cobrança da TMR e execução do processo de cobrança junto aos usuários. Assim, será responsável pela gestão comercial, provendo a adequada infraestrutura e processos de atendimento aos usuários, conforme disciplinado no contrato e seus anexos.

Não obstante, considerando a necessidade de plena organização da Concessionária, análise do cadastro de usuários detido pelo Poder Público e uma transição organizada dessa

atividade, o contrato de concessão prevê uma fase de transição – detalhada anteriormente – , durante a qual o Poder Concedente poderá continuar promovendo a arrecadação da TCL. Nesse ínterim, o Poder Concedente repassará as informações de cadastro dos usuários e a concessionária preparará o que for necessário para iniciar a cobrança da tarifa diretamente.

Para o cálculo do valor das tarifas que serão praticadas pela Concessionária, se levará em conta o desempenho da concessionária em relação aos indicadores correspondentes, previstos no contrato (detalhado na minuta de Anexo B – Sistema de Mensuração de Desempenho), por meio da atribuição de uma nota de avaliação consolidada ao fim do ciclo de 12 (doze) meses, que impactará a tarifa para o ciclo de 12 (doze) meses subsequentes.

A verificação do desempenho e atribuição da respectiva nota pelo Poder Concedente também se baseará no relatório de indicadores anualmente encaminhado pela Concessionária, que contemplará as medições mensais dos serviços relativamente aos 12 (doze) meses que compõem o ciclo de medição.

Após verificação, análise documental e diligências, a memória de cálculo e resultado final serão encaminhados pelo Poder Concedente à Agência Reguladora para validação, a partir da qual o Poder Concedente realizará as providências necessárias à aprovação da TMR.

Nesse caso também, nos 10 (dez) primeiros meses de concessão, a avaliação de desempenho da Concessionária não será considerada para impactar no valor das tarifas (será medida apenas para fins gerenciais), o que ocorrerá somente a partir do mês 11 da concessão, iniciando-se o ciclo de 12 (doze) meses de medições.

A Concessionária emitirá a cobrança aos usuários considerando o impacto da nota de desempenho no valor da tarifa (válida por 12 meses, sem prejuízo dos reajustes de preços previstos em contrato). A Concessionária será responsável por estabelecer os processos de cobrança e recebimento junto aos usuários, podendo estabelecer políticas comerciais próprias, como descontos por pagamentos anuais, dentre outros.

A tabela a seguir evidencia o diagrama com o período de transição, o primeiro ciclo de faturamento, a medição do primeiro ano completo e o faturamento em um ciclo anual normal.

Tabela 2: Diagrama de medição e apuração do desempenho e cobrança da contraprestação e das tarifas

Meses da CONCESSÃO																																			
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38

Referente à CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA

Cobrança da CP no primeiro ciclo (12 meses – até o 12º mês)	**Cobrança da CP no ciclo normal, sem impacto do SMD (12 meses - até o 24º mês)**	**Cobrança da CP no ciclo normal, com impacto do SMD apurado (12 meses - até o 36º mês)**	**[...]**

Referente à TMR

Período de Transição	**Cobrança das TMR no primeiro ciclo (8 meses - até o 12º mês)**	**Cobrança das TMR no ciclo normal, sem impacto do SMD (12 meses - até o 24º mês)**	**Cobrança das TMR no ciclo normal, com impacto do SMD apurado (12 meses - até o 36º mês)**	**[...]**

Referente às medições e apurações

Medição mensal para fins gerenciais (sem impacto no valor da CP e TARIFA a serem cobradas)										Apuração primeiro ciclo (sem impacto na CP e TMR)																										
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10																											
										Medição mensal (para composição da NOTA DE AVALIAÇÃO ANUAL - NAA)												Apuração NAA 12 meses (com impacto na CP e TMR)												
										1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12															
																						Medição mensal (para composição da NOTA DE AVALIAÇÃO ANUAL - NAA)												Apuração NAA 12 meses (com impacto na CP e TMR)		
																						1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12			
																																		[...]		
																																		1	[...]	

SMD: Sistema de Mensuração de Desempenho.

Medição: significa o cálculo dos indicadores de desempenho no período mensal e que ao final do período de apuração irá compor a nota final (nota de avaliação anual - NAA).

Apuração: considera a emissão de relatório de desempenho anual pela Concessionária, a avaliação do Poder Concedente e a validação pela Agência Reguladora, concluindo na obtenção da nota final de desempenho que impactará a contraprestação e a tarifa.

5. AVALIAÇÃO DE IMPACTOS E RISCOS

Um elemento fundamental para o sucesso dos projetos de PPP é a correta alocação de riscos contratuais entre o parceiro público e o parceiro privado, uma vez que a distribuição desses ônus guarda estreita relação com os objetivos de economicidade e qualidade na prestação do serviço que se pretende alcançar com a concessão.

Além disso, a repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado também é obrigatória por força do art. 5º, inciso III, da LPPP, devendo ser prevista de forma clara e objetiva no instrumento contratual.

Nessa linha, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico também tratou do tema ao incluir o art. 10-A na Lei Federal nº 11.445/2007 que dispõe que os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária[29].

Do ponto de vista da modelagem contratual, considera-se eficiente a repartição dos riscos que atribua responsabilidade pelo evento à parte que tenha melhores condições de suportá-lo, tanto por meio de mecanismos para evitar sua ocorrência quanto pela capacidade de mitigar os efeitos danosos decorrentes do episódio.

Dessa forma, a repartição de riscos bem estruturada tende a gerar ganhos de eficiência e qualidade na prestação dos serviços, visto que as partes envolvidas empregarão seus melhores esforços para evitar a materialização de um risco que está sob sua responsabilidade. Neste sentido destacam-se as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fernando Graeff:

> *"(...) o artigo 5º, III e IV, da Lei nº 11.079 prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à 'repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária' e 'à forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais'. Trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.*

[29] Art. 7º da Lei Federal nº 14.026/2020.

> *Só que, como o dispositivo, no inciso III, fala em 'repartição de riscos entre as partes', isto significa que, em caso de ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração Pública não tem que arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado. Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos em geral, cada parceiro deverá assumir uma parte do prejuízo, devendo essa repartição de riscos ser disciplinada no contrato. Por outras palavras, os prejuízos se repartem entre os parceiros público e privado. A mesma ideia consta do artigo 4º, inciso VI, que inclui entre as diretrizes a serem observadas na contração da parceria público-privada a "repartição objetiva de riscos entre as partes*[30]*.*
>
> *Uma vez identificados os riscos relevantes, é necessária à sua alocação, ou seja, a clara e objetiva responsabilização de cada parte na hipótese de sua ocorrência. Nesse sentido, Irwin et. al. (1997) ressaltam que a desestatização somente irá realizar o seu potencial se a administração alocar adequadamente os riscos enfrentados pelo parceiro privado. (...) Ainda, segundo Allen (2001), uma vez que os riscos inerentes ao projeto tenham sido identificados, eles devem ser alocados entre os parceiros públicos e privados, seguindo o princípio básico de que o risco deve ser atribuído a quem tem melhor condição para administrá-lo"*[31]*.*

Para a elaboração da minuta contratual do presente Projeto, buscou-se incorporar os princípios básicos de alocação de riscos estabelecidos pela doutrina, a saber:

- O risco deve ser alocado à parte que melhor tenha condições de antecipar ou influenciar a ocorrência do evento; e
- O risco deve ser alocado à parte que tenha maior capacidade de gerenciar as consequências danosas do evento indesejado.

Sem prejuízo dessas considerações, ressalta-se também que a complexidade da alocação de riscos é proporcional à complexidade do empreendimento, de forma que alguns eventos podem estar além da competência de gerenciamento de ambas as partes. Nesse caso, na hipótese de nenhuma das partes ter capacidade de evitar ou mitigar o dano, a alocação de riscos tende a ser realizada de acordo com a possibilidade das partes de transferir o custo de

---

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 170-171.

[31] GRAEFF, Fernando. Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Controle da Regulação) – Tribunal de Contas da União (TCU). Brasília, 2011, p 5.

prevenção ou remediação dos eventos indesejáveis.

Nesse cenário, o risco alocado junto ao Poder Concedente é suportado de forma coletiva por toda a sociedade por meio das receitas públicas, enquanto o risco alocado junto ao parceiro privado pode ser gerenciado por meio de: (i) contratação de seguro e incorporação do valor prêmio em sua proposta comercial; ou (ii) inclusão do custo do gerenciamento dos riscos na proposta comercial.

Note-se que, em ambas as hipóteses, os riscos extraordinários sempre serão suportados, em última análise, pela sociedade – seja por meio das receitas públicas (para o caso de riscos alocados junto ao Poder Concedente), seja por meio de aumento do valor das contraprestações devidas pelo Poder Público e aumentos tarifários (no caso de riscos alocados junto ao parceiro privado). Dessa forma, buscando-se uma alocação de riscos menos onerosa possível para sociedade, tem-se que:

- Para os riscos em que houver possibilidade de contratação de seguro, a alocação deve-se dar, preferencialmente, junto ao parceiro privado, uma vez que a contratação do seguro acarreta a repartição social do risco de forma mais eficiente.

- Para os riscos em que não for possível a contratação de seguro, a alocação preferencial deve se dar junto ao Poder Público, pois, caso contrário, o custo necessário ao gerenciamento do risco pelo parceiro privado poderia onerar de forma demasiada a execução do contrato, elevando a contraprestação paga pelo Poder Concedente e até mesmo as tarifas pagas pelos usuários do serviço, ainda que o evento danoso nunca venha a se materializar.

5.1. Riscos do projeto e distribuição entre as partes

Feitas essas considerações, se faz importante destacar que o presente Projeto apresenta riscos de difícil mensuração ou mitigação satisfatória pelo parceiro privado, demandando que haja um compartilhamento objetivo destes com o Poder Concedente.

Em vista disso, será apresentada a matriz de risco da Concessão com o detalhamento das responsabilidades do Poder Concedente e do parceiro privado que foram incorporadas na minuta do contrato de concessão patrocinada.

Vale dizer que, tendo em vista o princípio básico da alocação eficiente, segundo o qual cada uma das partes deve assumir os riscos mais afetos às suas competências, foram atribuídos à concessionária os riscos inerentes à exploração econômica do Projeto. Dentre eles, se inclui o eventual aumento do preço de insumos e serviços necessários à execução do contrato; elevação do custo de mão-de-obra; contratação qualificada de mão de obra; prestadores de serviço e fornecedores, dentro de uma álea econômica ordinária; variação cambial, dentre outros.

Já ao Poder Concedente foram alocados os riscos que superam a capacidade produtiva e preventiva da concessionária, bem como os riscos inerentes à própria atuação do Poder Público (como atrasos ou danos causados pela ação ou omissão de órgãos públicos). Dessa forma, busca-se imputar ao Poder Concedente a responsabilidade de colaborar com a boa execução do projeto no limite de suas competências, por meio de uma coordenação institucional que confira maior segurança jurídica à execução do contrato.

Como formas de mitigação dos riscos, a matriz de riscos elenca, de forma detalhada e não taxativa, as medidas que podem ser adotadas para prevenir a ocorrência dos eventos indesejáveis, tais como: (i) elaboração de plano de operação e de proposta econômica factíveis; (ii) contratação de consultoria especializada; (iii) contratação de seguros, dentre outros.

Além disso, ressalta-se que as falhas no cumprimento das obrigações contratuais deverão ser sanadas, no prazo estabelecido pelo Poder Concedente, sem prejuízo da incidência das penalidades previstas na minuta do contrato de concessão patrocinada. As disposições gerais sobre as penalidades contratuais estão dispostas no contrato.

Não obstante, o Poder Concedente poderá, ainda, intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequada execução das obrigações contratuais ou, até mesmo, declarar a caducidade da concessão.

À concessionária, por sua vez, é conferido o direito de optar pela suspensão de obrigações ou rescindir o contrato, mediante ação judicial proposta especialmente para este fim, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente.

A Matriz de Riscos elaborada no âmbito dos estudos desenvolvidos está inserida na minuta

contratual, sob a forma do Anexo F – Matriz de Risco.

6. MINUTAS DE INSTRUMENTOS LICITATÓRIOS E DEMAIS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO

Para a viabilização da Concessão foram elaborados os documentos anexos ao presente caderno ordenados da seguinte forma:

6.1. Anexo I – Minuta do edital de licitação e seus anexos

EQUIPE RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO ESTUDO

Nome	Título	Conselho
Álvaro de Calazans Gayoso Neves Filho	Engenheiro Civil	CREA/SC - nº 013168-9
Cesar Ávila	Engenheiro Sanitarista	CREA/SC - nº 024080-7
Eugenio Antonio Ribas Filho	Advogado	OAB/SC - nº 11059
Helena Riba Cachoeira	Administradora	CRA/SC - nº 11942
Holdemar Alves	Engenheiro Sanitarista	CREA/SC - nº 045399-7
Raquel Nunes Doneda	Engenheira Química	CREA/SC - nº 065319-0
Silvia Conte	Engenheira Agrônoma	CREA/SC - nº 093128-7
Ugino Nolli Junior	Contador	CRC/SC - nº 027430-0

ambiental
CUIDANDO DA NOSSA CIDADE

RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DOS ESTUDOS

SAPPIA
AUDITORES

CONSULTORIA DE APOIO