

do PA nº 2013.0.363.235-3

Folha de informação nº 1035

em 09/02/14 

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DO DESENVOLVIMENTO,
TRABALHO E EMPREENDEDORISMO - SDTE

ASSUNTO : Concessão de obra para construção, implantação, e
operação, manutenção e exploração econômica do Circuito
das Compras no Município de São Paulo. Análise das
minutas de edital e contrato. Algumas considerações.

Informação nº 191/2014 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhora Procuradora Assessora Chefe

A Secretaria interessada encaminhou-nos projeto de
"CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA PARA A CONSTRUÇÃO, IMPLANTAÇÃO,
E OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO CIRCUITO
DAS COMPRAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO", elaborado por empresa
interessada a partir de procedimento de manifestação de interesse – PMI,
regulado pelo Decreto municipal nº 51.397/2010. Foram encaminhados a minuta
de edital e contrato de concessão, além dos seus anexos (incluindo os estudos
econômicos e arquitetônicos da concessão) e contrato de concessão de direito
real de uso celebrado com a União para a cessão da área do Pátio do Pari,
onde se implementará a maior parte da infraestrutura necessária ao
desenvolvimento do projeto.

É necessário esclarecer o foco da nossa
manifestação: debruçamo-nos especialmente sobre as minutas de edital e
contrato, pois os demais documentos anexos exigem um conhecimento técnico
do qual não dispomos, além de extravasar nossa competência. Diante de uma
ou outra dúvida, decorrente da leitura do edital e contrato, é que recorremos aos
anexos. Também devemos ressaltar que não é objeto desta manifestação a
análise das condições prévias ao lançamento do edital e contratação, como
disponibilidade orçamentária, audiência pública, justificativa de interesse
público, e a questão da necessidade ou não de lei autorizativa específica – esta

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1036

em 04/02/18  CRISTIANE A. ALMEIDA DA SILVA

última abordada no PA nº 2012-0.216.199-1, encaminhado por SDTE para alcançar este como acompanhante.

A título colaborativo, apontamos as questões que, em uma primeira análise, nos atraiu a atenção ou em que verificamos a incidência de riscos jurídicos, sem a pretensão de esgotá-los. Tentamos preservar a coerência interna dos documentos, bem como sugerimos modificações para melhor adaptá-los ao objeto específico desta concessão.

Feitas as notas preliminares, podemos resumir em que consiste o projeto: basicamente, impõe a um contratado as obrigações de construir, implementar e operar um centro popular de compras, um terminal de ônibus, um estacionamento, um prédio comercial, um hotel, e um centro de recepção aos visitantes na área do Pátio do Pari, bem como centros de apoio aos visitantes nos bairros/incluídos no "Circuito das Compras", na região central da cidade, e um sistema de transporte de passageiros e cargas entre tais bairros e o Pátio do Pari. Também caberá ao contratado restaurar antigos armazéns da antiga Rede Ferroviária, anexos ao Pátio do Pari (obrigação definida pelo contrato, como acessória). A ideia por trás do projeto, segundo informado, é dar aos visitantes que vêm à cidade fazer compras na região central, bem como aos comerciantes do Pátio do Pari, uma infraestrutura adequada e mais confortável. Da mesma forma, modernizar e dar tratamento estético à área do Pátio.

O concessionário será escolhido com base no maior valor da outorga oferecida ao Município. Além da outorga, deverá pagar, ao Poder Público, anualmente, parcela de participação consistente num montante fixo de 5% da receita bruta da concessionária. Ela se remunerará, ao longo da concessão, com os aluguéis cobrados dos comerciantes do centro de compras e tarifas cobradas dos visitantes pelo transporte de passageiros e cargas, além da exploração do hotel, edifício comercial, estacionamento e terminal de ônibus.

Enumeraremos as nossas observações sobre os documentos encaminhados:

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1037

em 09/02/19 

CRISTIANE S. DE OLIVEIRA
RGPR 25.740.700
FCM - AIG

OBSERVAÇÕES AO EDITAL

1) Na cláusula 3.1.z, há menção à cláusula 19 do contrato, mas os projetos associados são mencionados na cláusula 20. Portanto, deve-se alterar a remissão da cláusula 19 para cláusula 20;

2) A expressão numérica do valor do contrato está divergente do valor por escrito, tanto na cláusula 3.1.ii quanto na cláusula 6.1. Deve-se, portanto, retificar a expressão numérica;

3) A cláusula 3.1.ff (assim como a cláusula 2.1.33 do contrato) vincula a utilização do sistema logístico de compras apenas por aqueles já usuários do sistema de transporte de passageiros. O caderno de encargos, entretanto, não faz tal restrição. A intenção é, de fato, restringir a utilização do transporte de cargas apenas por aqueles que se valerem do transporte de passageiros?

4) Na cláusula 4.1, é mencionado que o objeto do contrato é a concessão do circuito das compras e projetos associados. Devem ser mencionadas também as demais obrigações (acessórias) previstas no contrato;

5) O prazo da concessão, previsto no edital e contrato, é de 35 anos, contados da imissão da posse, pela concessionária, na chamada área norte do Pátio do Pari. Ocorre que o prazo da concessão do direito real de uso de tal área, feita pela União para o Município, também é de 35 anos, sendo que tal lapso temporal se iniciou em julho de 2012. O contrato de concessão de obra, que tem o Município como concedente, não pode se estender por mais tempo do que a própria concessão do direito real de uso (CDRU) da área onde será implementada a maioria das instalações para o Município – ainda que esta CDRU seja prorrogável, pois a prorrogação é evento incerto e situa-se na esfera de discricionariedade da União. Diante de tal situação, recomenda-se a adaptação ou do contrato de direito real de uso, ou da minuta do edital e contrato de concessão, para torná-los convergentes;

6) Nos termos da cláusula 5.3, o início da contagem do prazo contratual está condicionado à imissão, da concessionária, na área norte do Pátio do Pari. O que impediria a imissão imediata da concessionária na posse da área?

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1070
em 09/02/14 

7) Recomendamos a referência, na cláusula 7.2.1, à "qualquer órgão", na medida em que a penalidade de suspensão e impedimento de licitar e contratar também podem ser aplicadas por entidades da Administração. Sugerimos, portanto, que a redação da cláusula seja *"que estejam suspensas ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública"*;

8) Na cláusula 7.3.5, seria de grande valia se se acrescentasse, ao final, a proibição também de alteração dos percentuais de participação no consórcio, com o fim de dirimir qualquer dúvida;

9) Na cláusula 8.3, recomendamos inserir, ao final, que apesar da visita técnica não ser condição para participação na licitação, presume-se a ciência, pelos licitantes, das condições dos imóveis envolvidos na concessão;

10) O prazo da garantia da proposta, previsto na cláusula 10.3 (90 dias), não está conforme os modelos de fiança e seguro-garantia em anexo, os quais prevêem prazo de 360 dias. Deve haver a adaptação ou do edital, ou dos modelos – preferencialmente do edital, considerando que a validade da proposta comercial é de 360 dias, no termos do próprio edital;

11) Na cláusula 10.3.1, sugerimos a supressão do trecho final, a partir do *"por mais 90 (...)"*, e a sua substituição por *"sob pena de desclassificação"*. Isto porque, enquanto o contrato não for assinado, deve haver garantia de proposta válida, não sendo recomendável a previsão da renovação por um período limitado à 90 dias;

12) Considerando que a falta de garantia da proposta é causa de desclassificação, e não condição de habilitação, sugerimos a supressão total da cláusula 10.3.2;

13) Qual a função da cláusula 10.3.4, considerando que a cláusula 10.7 parece prever termo final diverso?

14) No início da cláusula 11, que trata da proposta comercial, convém que o edital inicie especificando no que consiste a proposta comercial. Por exemplo: *"a*

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1039

em 09/02/19

proposta comercial versará sobre o valor da outorga a ser paga ao Poder Concedente (...). Da forma como consta, isso não fica claro de início;

15) A parte referente à proposta comercial não se harmoniza com o previsto na cláusula sexta, inc. IV e parágrafos, da concessão de direito real de uso celebrada com a União (anexo III do contrato – fls. 1.017 e ss.).

Nos termos da CDRU:

“o contrato para a concessão do projeto Circuito das Compras deverá prever o pagamento de um valor anual, pelo empreendedor privado, como contrapartida da concessão do projeto Circuito das Compras, cujo objetivo é remunerar o uso do terreno. O valor será devido a partir do primeiro ano da concessão do projeto Circuito das Compras, devendo o primeiro pagamento ser feito em uma única parcela em até 90 (noventa) dias após a assinatura do contrato de concessão do projeto Circuito das Compras. O valor da contraprestação devida será reajustado anualmente, conforme cláusula 17ª deste contrato, e será pago pelo empreendedor privado durante todo o período da concessão do projeto Circuito das Compras”.

A CDRU prevê, ainda, que o valor mínimo da contraprestação será de 1% do valor de avaliação do imóvel, e o pagamento, à União, de 50% do valor de tal contraprestação (sendo que os outros 50% devem ser aplicados pelo Município no projeto ou na região onde ele será implementado).

Já a minuta de edital prevê o pagamento de uma outorga, de no mínimo vinte milhões de reais, a ser paga em 5 prestações iguais, anuais e sucessivas (sendo a primeira parcela paga em até 36 meses após a assinatura do contrato, nos termos da cláusula 11.3 da minuta de contrato); bem como o pagamento de uma “parcela de participação anual”, equivalente a 5% da receita bruta da concessão, a ser paga até o dia 20 do mês seguinte a cada período de 12 meses de operação. Nos termos da cláusula 3.1.w, tal parcela serviria para *“compensar os serviços de fiscalização da concessão e outros custos de titularidade do Poder Concedente nesta contratação”*.

Vislumbra-se, portanto, que o esquema de pagamento da contrapartida previsto na minuta de edital e contrato não acompanha o sistema determinado na CDRU, o que demanda a alteração das minutas de edital e contrato, ou a alteração da CDRU celebrada com a União. Nesta última hipótese, melhor seria se o pagamento à União, pelo Município, fosse desvinculado do valor pago pelo concessionário – o que, obviamente, dependeria da anuência da União;

Folha de informação nº 1090

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 09/02/19 
CRISTIANE ALVES DE OLIVEIRA
AGFP - RT 2011.100
POM - A.K.

- 16) Na cláusula 11.2, é feita referência à subcláusula 11.2.1 do contrato, sendo que esta subcláusula inexistente na minuta contratual anexa;
- 17) Na cláusula 12.2.2, deve-se inserir “e *trabalhista*”, tal como na cláusula 14;
- 18) Na cláusula 13.1.4, recomendamos fazer remissão às cláusulas 18.4 e 18.5. Sugerimos incluir, ao final, “*observado o disposto nas cláusulas 18.4 e 18.5*”;
- 19) A cláusula 14.2 faz referência à empresas cadastradas no sistema de cadastro municipal que, s.m.j., inexistente;
- 20) Quanto à qualificação técnica e operacional, cabe à interessada justificar, neste processo ou em processo apartado (caso já não o tenha feito), os objetos dos atestados exigidos, considerando, em especial, que a minuta contratual permite a contratação de terceiros para as atividades inerentes ou acessórias à concessão, nos termos do permissivo da Lei federal nº 8.784, bem como alterações societárias na SPE que não impliquem na transferência do controle. Dito de outro modo, como justificar a exigência de que tal consorciado apresente atestado de gestão de certa atividade se, logo após a assinatura do contrato – e antes mesmo da implantação do circuito das compras –, tal empresa pode se retirar livremente da SPE, ou a SPE poderá contratar o desenvolvimento da atividade com terceiro?
- 21) Ainda no tocante à qualificação técnica, também devem ser justificados, neste processo ou em processo apartado (caso já não o tenha feito), os quantitativos mínimos exigidos. Nos termos da jurisprudência da maioria dos Tribunais de Contas (TCU e TCE-SP incluídos), a exigência de quantitativo superior a 50% do objeto do contrato teria o condão, em princípio, de restringir a competitividade do certame, precisando ser bem justificada. Atentamos que, no caso do centro popular de compras, por exemplo, é exigido atestado de implantação e gestão de shopping com área mínima de 58.000 m², enquanto a área do centro popular, prevista no anexo VIII (plantas referenciais), seria de cerca de 48.000 m², o que significaria dizer que se está exigindo um quantitativo mínimo superior a 100% do objeto do contrato;

Folha de informação nº 1091

do: PA nº 2013-0.363.235-3

em 09/02/19 

22) Na cláusula 15.5, não será exigida participação mínima, no consórcio, da empresa que traz o atestado em nome de tal consórcio? Não é porque uma empresa participou de um consórcio para a realização de um dado empreendimento que teve poder de decisão sobre a execução de todas as atividades inseridas em tal empreendimento;

23) Recomendamos justificar o índice de liquidez superior a 1,0, previsto na cláusula 16.2, neste processo ou em apartado (caso já não o tenha feito);

24) Na cláusula 16.2.3, é exigido capital social mínimo, mas na cláusula 16.2.4 há referência à patrimônio líquido mínimo, e não capital social. Capital social e patrimônio líquido são conceitos bem distintos: ou se exige um, ou outro. cremos que o patrimônio líquido melhor reflete a situação econômico-financeira da empresa do que o seu capital social;

25) Na cláusula 20.2, há menção ao credenciamento das licitantes mediante apresentação da identidade: na verdade, serão os representantes das licitantes que irão se credenciar;

26) Quanto à ordem dos procedimentos da licitação, de que trata a cláusula 20, prevendo a inversão das fases de habilitação e julgamento, atentamos à alteração sofrida pelo Decreto municipal nº 52.689/11, que passou a prever (redação dada pelo Decreto nº 52.696, de 3 de outubro de 2011):

Art. 1º. Sem prejuízo do cumprimento do disposto no Decreto nº 45.689, de 1º de janeiro de 2005, as licitações realizadas no âmbito da Administração Municipal deverão ser processadas com a inversão de fases prevista no artigo 16 da Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, na redação conferida pelo artigo 1º da Lei nº 14.145, de 7 de abril de 2006, inclusive para a concessão de serviços públicos e contratação de parcerias público-privadas, conforme previsto, respectivamente, no artigo 18-A da Lei Federal nº 2.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 13 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Art. 2º. A eventual impossibilidade de processamento do certame na forma deste decreto deverá ser justificada por ato motivado e comprovada nos autos administrativos, bem como expressamente autorizada pela autoridade competente para expedir o ato de abertura do procedimento licitatório, com a consequente ratificação do titular do órgão.

Parágrafo único. Para os fins de aplicação do disposto no "caput" deste artigo, a impossibilidade de utilização da inversão de fases restringe-se às seguintes hipóteses:

1 - quando a inversão de fases acarretar:

Folha de informação nº 1092

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 02/02/19 

a) de forma inequívoca, mais custos para a Administração do que o procedimento comum;

b) maior morosidade no processamento da licitação;

c) redução do número de licitantes;

II - às licitações para contratação de projetos, obras e serviços de engenharia, tendo por objeto atividades de construção, reforma, fabricação, recuperação, manutenção, ampliação, demolição e adaptação de edificações e/ou de infraestrutura, que necessitem de apresentação de certidões e/ou atestados para comprovação de sua qualificação técnica;

III - às licitações de melhor técnica e técnica e preço."

A nova redação do parágrafo único do art. 2º passou a dar a entender que seria "impossível" a inversão de fases quando a licitação envolver a contratação de projetos, obras e serviços de engenharia, que necessitem de atestados técnicos. Assim, para a inversão pretendida, recomendamos a prévia revisão do decreto;

27) Na cláusula 23.1, recomendamos remissão aos termos dos §§ 5º e 6º do art. 16 da Lei municipal nº 13.278/02;

28) Na cláusula 27, não seria também conveniente prever a possibilidade de prorrogação do prazo para assinatura por iniciativa do Poder Concedente, motivadamente?

29) Na cláusula 27.4.2, recomendamos fazer menção à cláusula 13.2.6:

30) Por que a menção a "acionistas" na cláusula 27.5, se é a SPE quem assinará o contrato?

OBSERVAÇÕES AO CONTRATO

31) Necessário adequar a legislação citada na cláusula 1.1 ao previsto no edital;

32) Devem ser totalmente harmonizadas as definições do edital e do contrato, quando o mesmo termo for definido em um e outro instrumento. Na definição de "CIRCUITO DAS COMPRAS", por exemplo, a minuta do contrato menciona a transposição da linha férrea, o que não constou na definição do mesmo termo

Folha de informação nº 1043

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 04 / 02 / 19 CRISTIANE
AGP

no edital. A mesma divergência foi constatada em outras definições, tais como a da CONCESSÃO e dos PROJETOS ASSOCIADOS.

33) A lista das obrigações acessórias, prevista na cláusula 5.1 da minuta contratual, contempla apenas a restauração dos armazéns da antiga RFF e elaboração de plano de comunicação com usuários. Lembramos que a CDRU celebrada com a União prevê, na cláusula 7ª, inc. VIII, que o Município deverá garantir a construção uma creche e uma UBS no local. Não é imposto, na CDRU, que a construção seja feita pelo concessionário, mas, de todo modo, convém seja especificado que ele deverá segregar espaço para as instalações e desmembrar o terreno correspondente, caso isso já não tenha sido realizado;

34) Quanto ao prazo previsto na cláusula 6.1, remetemo-nos às observações feitas no edital. Quanto à extensão do prazo, prevista na cláusula 6.1.1, deve ser observado que tal extensão só será viável caso prorrogado o prazo da própria CDRU;

35) Quanto à hipótese específica de prorrogação prevista na cláusula 6.1.1.2, cabem duas observações:

(a) normalmente, não há determinação do Poder Concedente para a prorrogação, mas sim acordo entre as partes;

(b) posto que é presumido que o tempo da concessão é suficiente para a concessionária amortizar seus gastos, a prorrogação, na hipótese prevista em tal dispositivo, deve vir acompanhada de novas obrigações para a concessionária, o que pode ser tratado na cláusula 6.2;

36) Quanto ao sistema de pagamento, pela concessionária, ao Município, previsto na cláusula 11, remetemo-nos às observações feitas quanto ao edital. Vale, ainda, acrescentarmos o seguinte:

(a) Apesar da cláusula 11.2 prever que a outorga será paga em cinco parcelas anuais, iguais e sucessivas (o edital também prevê isso), a cláusula 11.4 prevê que o valor da outorga será reajustado anualmente. Ora, se há reajuste anual, as parcelas não serão iguais;

(b) Na cláusula 11.6, sugerimos complementação para incluir a hipótese de pagamento incompleto, nos seguintes termos: "Na hipótese de atraso no pagamento, ou de pagamento incompleto, da PARCELA DE

Folha de informação nº 1099

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 09/02/19 

PARTICIPAÇÃO ou de parcela da OUTORGA, o valor que deixou de ser pago será acrescido (...);

37) A cláusula 12.1 e subcláusulas se remetem às áreas a serem desapropriadas constantes do subanexo III.2. Ocorre que, no Anexo III, consta apenas a área da União federal, cujo uso foi concedido para o Município. Não parece haver identificação de qualquer área a ser desapropriada. Cabe questionar, portanto, quais bens irão ser desapropriados pelo concessionário, com quais características e para que finalidade;

38) Os questionamentos acima são relevantes, inclusive, para a definição, pela equipe técnica, da razoabilidade do limite global previsto na cláusula 12.1.8. Isto porque, se tal valor estiver muito acima da estimativa de preço dos imóveis a serem desapropriados, a concessionária, indiretamente, se beneficiará, eis que gastará menos (apesar de, obviamente, ter considerado tal valor-limite para o cálculo da outorga). Se o valor estiver muito abaixo do custo estimado, o Poder Público terá que arcar com a diferença;

39) A oferta para a desapropriação amigável, prevista na cláusula 12.1.3, ao nosso ver, deverá se limitar à avaliação do imóvel feita pelo Município, e não somente ao valor global. Isto por duas razões: primeiro porque, mesmo se ultrapassar do valor global, como será o concedente que terá que arcar com a diferença, isso possibilitaria uma falta de cuidado da concessionária no oferecimento do valor para desapropriação amigável. Dizendo de outro modo: a concessionária tenderá a oferecer o valor que for necessário, ainda que superior ao de mercado (já que o Município arcará com a diferença), para conseguir desapropriar o mais rápido possível o imóvel. Em segundo, porque o valor pelo qual foi adquirido o imóvel poderá repercutir financeiramente na esfera patrimonial do MSP no futuro (por exemplo, em caso de rescisão ou encampação). Ademais, a avaliação feita pelos técnicos do Município para desapropriação é, atualmente, muito próxima a real – ao contrário do que ocorria há décadas atrás. Portanto, acreditamos que a concessionária até deverá poder oferecer, amigavelmente, valor superior ao da avaliação, mas por sua própria conta e risco;

Folha de informação nº 1045

em 09/06/19 

do PA nº 2013-0.363.235-3

CRISTIANE
ADPT

40) Conforme já expusemos quando analisamos editais de concessão anteriores, a previsão de um valor global, não obstante ser importante para os parceiros privados – que, normalmente, têm justificado receio do risco financeiro decorrente de desapropriações, já que o preço é determinado em juízo e, não raro, supera o valor do bem – pode ensejar discussões jurídicas futuras. Isso porque não se trata de uma concessão patrocinada, que permita a participação financeira do Poder Público¹. Para minimizar o risco de tal discussão, poderia ser previsto que o excedente ao valor global será descontado do valor da outorga ou da parcela de participação, de molde a evitar pagamento feito pelo concedente ao concessionário.

41) Até quando a concessionária deverá manter os “arranjos provisórios” previstos na cláusula 15.2, e praticar o preço público previsto no Decreto nº 54.318/13? Se por mais de um ano, tal valor sofrerá atualização? Isso deverá estar especificado no contrato;

42) Na cláusula 16.5.2, é mencionado que as modificações, propostas pela concessionária, que implicarem redução dos investimentos reverterão em benefício da concessão. Há que ser melhor explicado referido benefício. A princípio, a redução dos investimentos ensejaria a recomposição do equilíbrio contratual em favor do concedente, que, por sua vez, pode determinar o reinvestimento do montante no objeto da concessão, por meio da ampliação de outros investimentos;

43) Como harmonizar a cláusula 16.7 com o prazo previsto na cláusula 16.2?

44) Na cláusula 17, sugerimos incluir subcláusula dispondo que a aceitação, total ou parcial, não exime a responsabilidade da concessionária quanto aos vícios ocultos ou quanto à solidez e segurança do prédio, cf. art. 618 do CC;

45) Na cláusula 19.1, é utilizado o termo “ÁREAS COMPLEMENTARES”, em letras maiúsculas. Entretanto, nas definições, não é dado o conceito do termo;

¹ Ainda que, pessoalmente, entenda que, mesmo as concessões comuns, reguladas pela Lei federal nº 8.987, admitem a colaboração financeira do órgão público, com fulcro no art. 11 do diploma legal, caso não sejam inteiramente auto-sustentáveis. Mas não se trata de um entendimento pacífico.

Folha de informação nº 1096

dó PA nº 2013-0.363.235-3

em 09 / 02 / 19 



46) Ainda quanto à cláusula 19.1, todas as áreas incluídas na concessão poderão ser cedidas a terceiro, pelo concessionário, para exploração econômica pelo terceiro? Lembramos que, em algumas partes do edital e contrato, é previsto que caberá ao concessionário operar tal ou qual utilidade, o que seria, em princípio, incompatível com a cessão do seu uso a terceiro. É importante que o contrato bem defina esta questão (o que poderá e o que não poderá ser delegado a terceiro), que também diz respeito ao previsto na cláusula 27.2;

47) Qual a razão da cláusula 19.6.1? Não gerará uma burocracia desnecessária?

48) Não convém mencionar, na cláusula 20, que a implementação dos projetos associados poderá impactar no reequilíbrio contratual a favor do concedente?

49) Na cláusula 24.2.1, convém inserir, ao final, "*sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no contrato*".

50) A cláusula 24.4 deverá harmonizar-se com o previsto no Anexo II do contrato, eis que, enquanto a cláusula prevê que o Concedente poderá valer-se do auxílio de um verificador independente, o anexo prevê que as avaliações serão realizadas por verificador independente. O "poderá", aliás, traz uma incerteza para os licitantes, que prepararão suas ofertas com base no cenário mais conservador: de que terão que arcar com os custos do verificador independente. Portanto, seria recomendável que o contrato não deixasse a questão em aberto. Ademais, a referida cláusula contratual menciona "auditoria independente", quando o mais correto, tratando-se de medição de desempenho, seria "verificador independente".

51) Na cláusula 25, referente aos seguros, convém inserir subcláusula dispondo que a contratação e utilização dos seguros não exime a concessionária de eventuais prejuízos excedentes, causados ao Município, como decorrência das atividades concedidas;

52) A cláusula 26.1 prevê, como termo final para a garantia contratual de 5% sobre o valor do ajuste o início da operação do circuito das compras. Seria de todo o circuito das compras, considerando que algumas infraestruturas poderão iniciar a operação antes de outras? Convém que fique mais claro na minuta;

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1097
em 09/02/19 



53) Na cláusula 30.1, convém inserir subcláusula apontando que não poderá ser cobrado o uso das áreas de descanso, tal como prevê o anexo de encargos;

54) Ao final da cláusula 30.3, recomendamos inserir “, bem como para amortização de todos os investimentos previstos”. A cláusula 32.1 também merece a inserção do trecho sugerido;

55) O preço-base para a cobrança da passagem, previsto na cláusula 31.2, é vinculante para a concessionária? É preciso que se especifique para que fins tal “base” foi prevista;

56) A cláusula 32.3.a da minuta contratual, que prevê o reequilíbrio no caso alterações tributárias, deve ser vista com cautela, merecendo alguns temperamentos. O reequilíbrio econômico em decorrência de impactos tributários só faz sentido quando a receita é tarifária, e é controlada pelo Poder Público. Se os preços praticados pela concessionária são por ela definidos livremente, ela poderá repassar o aumento dos custos para o usuário. Caso contrário, mantida a atual redação, o concessionário terá vantagem competitiva em relação aos demais prestadores da atividade (sujeitos às regras de mercado), e o benefício do concessionário representará um custo para o Município.

Assim, com o hotel, por exemplo: se aumentado o ISS sobre serviço de hospedagem, o responsável pelo hotel poderá repassar o aumento de custos para o preço da estadia, que é livremente fixado por ele. O mesmo vale para o estacionamento, por exemplo.

Diferentemente ocorreria para o centro popular de compras, já que o preço de aluguel dos boxes é tarifado. Mas, ainda nesta hipótese, talvez o contrato possa prever que tal preço poderá ser alterado, como forma de reequilíbrio, de molde a preservar o Município – e, conseqüentemente, toda a sociedade – de ter que arcar com custos que deveriam ser suportados por quem exerce a atividade;

57) Sugerimos incluir, na cláusula 32.3.b, também a hipótese de autorização, pelo Poder Concedente, para a realização dos projetos associados, considerando que a sua implementação, no início, não é feita por imposição unilateral, mas sim a pedido do concessionário;

Folha de informação nº 1098

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 04/02/19 

CRISTIANE
AGPP - PETI
PGM - A.C.

58) Não conseguimos compreender o sentido da subcláusula 32.3.e. Talvez seja o caso de melhor esclarecer a hipótese;

59) Sugerimos transformar a cláusula 33.4.1 em cláusula 33.5, eis que prevê hipótese que pode abarcar tanto o requerimento de reequilíbrio pela concessionária, previsto na cláusula 33.1, quanto a iniciativa de reequilíbrio feita pelo concedente, previsto na cláusula 33.4;

60) Na cláusula 34, que trata dos bens reversíveis, seria conveniente a minuta dispor que *todos os negócios jurídicos da CONCESSIONÁRIA com terceiros que envolvam os BENS REVERSÍVEIS deverão mencionar expressamente sua vinculação*. Isso para evitar que terceiros tenham ciência da afetação do bem ao objeto da concessão. Sugerimos, ainda, incluir na cláusula 34.2, além dos imóveis públicos, também aqueles desapropriados pela concessionária;

61) Na cláusula 36.2.f, sugerimos incluir a hipótese de pagamento incompleto;

62) Na cláusula 36.6, sugerimos incluir, ao final, *"e poderão ser aplicadas cumulativamente com outras penalidades"*;

63) Na cláusula 39.2, como as exigências excepcionais da Administração são causas de reequilíbrio contratual, sugerimos a troca da parte final da cláusula para *"salvo nas hipóteses tratadas na cláusula 32.3"*;

64) É bastante controversa a possibilidade da Administração, no contrato, abrir mão do seu poder de autotutela. Por isso, recomendamos a supressão da cláusula 43.1, ou a inclusão da possibilidade do Poder Público anular o contrato administrativamente;

65) Ainda no caso de anulação, sugerimos prever também as hipóteses em que a concessionária tenha dado causa à ilegalidade, ou que ambas as partes tenham dado causa a ela, e os efeitos em cada uma de tais hipóteses. A título de sugestão, nos casos em que a concessionária tenha dado causa, poderia ser aplicado o regime de encampação, e no caso em que ambas as partes tenham

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Folha de informação nº 1043

do PA nº 2013-0.363.235-3

em 09/02/14

CRISTIANE AGP
RFB 105.810.710
PGM-AJG

dado causa, poderia ser aplicado o regime de força maior impeditiva da realização do contrato;

66) Na cláusula 45.1, sugerimos incluir, após o "poderão", o trecho "de comum acordo";

67) Apesar de, juridicamente, ser possível a inclusão de cláusula arbitral nos contratos de concessão, o órgão interessado deverá analisar a conveniência da previsão, ante a relativa falta de experiência das Câmaras arbitrais nas questões de direito público, sendo desconhecida a sua jurisprudência nas principais questões relativas à concessão. Caso mantida a cláusula arbitral, é importante que o órgão arbitral indicado no contrato tenha uma sólida experiência em arbitragem, e, preferencialmente, já tenha lidado com controvérsias com entes públicos;

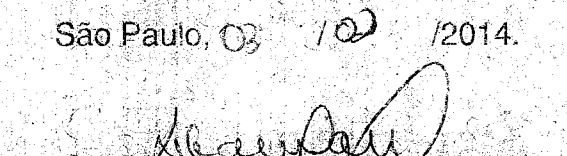
68) Sugerimos incluir, nas disposições finais, que, no caso de divergências inconciliáveis entre o disposto no contrato e nos anexos, prevalece o disposto no contrato.

São as nossas considerações a respeito das minutas apresentadas, *sub censura*.

São Paulo, 31 / 02 / 2014.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor - AJC
(Integrante do Núcleo de Acompanhamento das Parcerias)
OAB/SP nº 227.775
PGM

De acordo.

São Paulo, 03 / 02 / 2014.

LILIANA DE ALMEIDA F. DA S. MARCAL
Procuradora Assessora Chefe - AJC
OAB/SP 94.147
PGM

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA nº 2013-0.363.235-3

Folha de informação nº 1090
em 09/02/14 

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DO DESENVOLVIMENTO,
TRABALHO E EMPREENDEDORISMO - SDTE

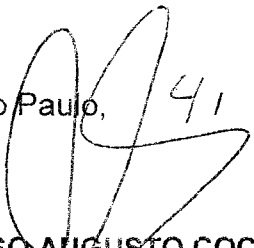
ASSUNTO : Concessão de obra para construção, implantação, e
operação, manutenção e exploração econômica do Circuito
das Compras no Município de São Paulo. Análise das
minutas de edital e contrato. Algumas considerações.

Cont. da Informação nº 191/2014 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário

Encaminho o presente à Vossa Excelência, com os
apontamentos do Núcleo de Acompanhamento das Parcerias e Assessoria
Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, a respeito das
minutas de edital e contrato encaminhadas, voltadas à concessão de obra para
implementação e operação do Circuito das Compras e cumprimento de
obrigações acessórias. Considerando que não foi formulada qualquer dúvida
específica, esta Procuradoria suscitou os pontos que, ao nosso ver, mereceriam
maiores considerações.

São Paulo, 412 /2014.


CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º 1051

Do p.a nº 2013-0.363.235-3

em 12 FEV 2014

(a)

INTERESSADO:

**SECRETARIA MUNICIPAL DO DESENVOLVIMENTO,
TRABALHO E EMPREENDEDORISMO - SDTE**

ASSUNTO:

Concessão de obra para construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras no Município de São Paulo. Análise das minutas de edital e contrato. Algumas considerações:

Informação n.º 0342/2014-SNJ.G.

19/1/2014 - PGM.A3C

SNJ.G

Senhor Secretário

Trata o presente de processo de licitação, modalidade de concorrência, objetivando a concessão de obra pública para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras e dos projetos a ele associados.

A Assessoria Jurídico-Consultiva da PGM, por meio do núcleo de acompanhamento das parcerias, manifestou-se especialmente sobre as minutas de edital e contrato, consignando que não foi objeto de análise as condições prévias ao lançamento do edital e contratação, como disponibilidade orçamentária, audiência pública, justificativa de interesse público e a questão da necessidade ou não de lei autorizativa específica abordada no p.a nº 2012-0.216.199-1, acompanhante.

Mantidas as ressalvas, permitimo-nos compartilhar das considerações feitas pela PGM/AJC a respeito das minutas de edital e de contrato, as quais nos reportamos a fim de evitar repetições desnecessárias.

Em adição, observamos que a cláusula 11.5 da minuta do contrato prevê o pagamento da parcela de participação será a cada período de 12 meses contatos a partir da imissão da posse. Por sua vez, o item 11.3.1 da minuta do edital



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º 1052

Do p.a nº 2013-0.363.235-3

em 12 ETV 2014 (a)

disciplina que o pagamento será após o quarto ano de vigência do contrato. As disposições devem ser semelhantes e de acordo com a CDRU.

Em relação às desapropriações, acrescentamos à sugestão de nº 39, que a avaliação do imóvel, em qualquer hipótese, deverá seguir as normas CAFUJA (Centro de Apoio aos Juízes da Fazenda e Acidentes do Trabalho) a respeito, pois são as utilizadas pela Administração Municipal.

No que concerne ao disposto no item 24.1.1 da minuta do contrato, permitimo-nos sugerir que a contratação do verificador independente seja feita pelo Poder Concedente, ainda que a remuneração seja atribuída à concessionária, tendo em vista a atribuição a ele dada de verificar o cumprimento do sistema de mensuração de desempenho.

Outrossim, após melhor análise quanto à conveniência da cláusula arbitral, caso mantida a previsão, sugerimos que a escolha da câmara arbitral não seja desde já definida, podendo ser escolhida durante a formalização do contrato ou no momento de eventual litígio, justificadamente, dentre as instituições de notório conhecimento e experiência na matéria objeto do litígio e que possuam Regulamento adaptado às arbitragens com o Poder Público.

Destacamos que a Pasta de origem deverá se manifestar sobre os pontos levantados, apresentando as justificativas recomendadas, merecendo especial atenção aqueles concernentes ao prazo da concessão de obras, a compatibilidade das disposições do edital com o previsto na CDRU e as justificativas para a qualificação técnica da licitante.

Aliás, diante de tantas exigências de qualificação técnica previstas no edital, caso mantidas, há que se avaliar, também, se a restrição de o consórcio ser formado por no máximo 3 (três) participantes atende ao princípio da ampla competitividade na licitação.



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º 7053

Do p.a nº 2013-0.363.235-3

em 12 FEV 2014 (a)

Sendo essas as nossas observações, encaminhamos à consideração e deliberação de V. Exa.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO

Procurador do Município
OAB/SP 175.186
SNJ.G.

De acordo.

JOSÉ MARCOS SEQUEIRA DE CERQUEIRA

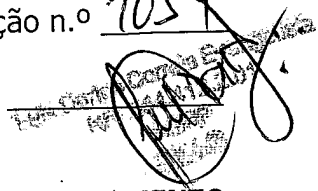
Procurador do Município
Chefe da Assessoria Técnica e Jurídica
OAB/SP 105.103
SNJ.G



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º 7054

Do p.a nº 2013-0.363.235-3

em 12 FEV 2014 (a) 

INTERESSADO:

**SECRETARIA MUNICIPAL DO DESENVOLVIMENTO,
TRABALHO E EMPREENDEDORISMO - SDTE**

ASSUNTO:

Concessão de obra para construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras no Município de São Paulo. Análise das minutas de edital e contrato. Algumas considerações.

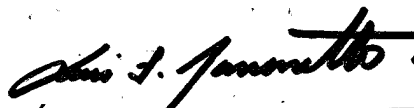
Informação n.º 0342a/2014-SNJ.G.

SDTE.G

Senhor Secretário

Nos termos das manifestações da Assessoria Jurídico-Consultiva da PGM e da Assessoria Jurídica desta Pasta, que acompanho, retorno o presente com as observações jurídico-formais que deverão ser analisadas por essa Pasta previamente à publicação do edital.

São Paulo, 12 FEV 2014



LUÍS FERNANDO MASSONETTO
Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.