



Empresa de Planejamento e Logística S.A.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA
DIRETORIA DE PLANEJAMENTO
GERÊNCIA DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS 1
COORDENAÇÃO DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS 1

NOTA TÉCNICA Nº 56/2021/CEPRO1-EPL/GEPRO1-EPL/DPL-EPL

Brasília, 22 de outubro de 2021.

PROCESSO Nº 50840.101715/2021-06

INTERESSADO: SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS E TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - SNPTA

1. ASSUNTO

1.1. Elaboração dos documentos jurídicos - minuta de edital, contrato e seus respectivos anexos (SEI 4650855 e 4784197) - que suportam os procedimentos tendentes à desestatização do Porto Organizado de Itajaí.

2. INTRODUÇÃO

2.1. A presente Nota Técnica tem por objetivo apresentar o processo de elaboração dos documentos jurídicos que suportam o procedimento licitatório tendente à desestatização do Porto Organizado de Itajaí.

2.2. A Nota Técnica está estruturada de forma a apresentar as premissas, análises e conclusões acerca dos principais temas objetos dos documentos jurídicos, com vistas a suportar a viabilidade jurídica da licitação. Cabe ressaltar, sobretudo, que as minutas tratam-se de subsídios ao Poder Concedente e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), na medida que os procedimentos de aprovação são de competência desses entes.

3. PROCESSO DE ELABORAÇÃO DOS DOCUMENTOS JURÍDICOS

3.1. No que tange a elaboração dos documentos jurídicos, é importante salientar que uma das premissas da estruturação da concessão do Porto Organizado de Itajaí é a busca por uma aproximação do modelo para com as demais iniciativas do Governo Federal para o setor portuário. Assim, procurou-se, na medida do possível, aproximar os conceitos e a estrutura do edital e do contrato ao que já vem sendo desenvolvido no setor. Nesse sentido, as presentes minutas tiveram como base de elaboração dos documentos jurídicos desenvolvidos para a concessão da CODESA.

3.2. Nesse ponto, deve-se salientar que, apesar de terem sido utilizados como referência os documentos que suportam a concessão da CODESA, foram feitos diversos ajustes, não só pela diferença dos modelos, mas também em função das especificidades e da demanda regulatória ajustada a essas especificidades.

3.3. Quanto aos requisitos legais, destacam-se a observância à Lei nº 12.815/2013, ao Decreto nº 8.033/2013 e às Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95, no que couber. Nesse sentido, a Lei nº 12.813 traz as cláusulas essenciais ao contrato de concessão:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão as cláusulas relativas: ([Redação dada pela Lei nº 14.047, de 2020](#))

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da

Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

Art. 5º-A. Os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, serão regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq. [\(Incluído pela Lei nº 14.047, de 2020\)](#)"

3.4. Nesses termos, a presente Nota Técnica objetiva demonstrar a adequação das minutas de edital e contrato aos requisitos legais aplicáveis.

4. MINUTA DE EDITAL E SEUS ANEXOS

4.1. A seguir são analisados os principais pontos relativos às minutas de edital e contrato que subsidiarão a concessão em análise. Os anexos desses documentos são abordados quando pertinente nos tópicos relacionados aos seus assuntos. São apresentadas justificativas para cada uma das principais definições estabelecidas ao longo do processo de elaboração, bem como são indicados os casos em que foram seguidas referências de outros projetos.

Avaliação concorrencial para fins de vedação à participação de agentes

4.2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 2017, no âmbito do Ato de Concentração (AC) nº 08700.002350/2017-81, analisou e aprovou a aquisição da Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG.(Hamburg-Sud) pela Maersk Line A/S (Maersk). Dentre outros mercados, a autoridade antitruste analisou o de terminais portuários dedicados à contêineres no Estado de Santa Catarina^[1].

4.3. Nesse precedente recente, o CADE definiu os mercados relevantes na dimensão produto e geográfica como: mercado de serviços de movimentação em terminais portuários de contêineres nos portos de Itajaí/SC, Itapoá/SC e Navegantes/SC. Oportuno destacar, em especial pela dimensão geográfica, que o referido conselho refutou a presença dos terminais de contêineres dos Portos de Imbituba (Santos Brasil – Imbituba) e Paranaguá (TCP) nesse mercado relevante, após realização de teste de mercado nos seguintes termos^[2]:

4.4. Em suma, a maioria os clientes (dos portos de Itajaí e Itapoá) consideraram apenas o porto de Navegantes uma alternativa razoável para o redirecionamento de suas demandas. Apenas excepcionalmente admitiram outros portos de Santa Catarina (Imbituba e São Francisco do Sul) ou o Porto de Paranaguá/PR, como possíveis substitutos.

4.5. A partir desse mercado relevante, o CADE teceu análise para averiguar possíveis problemas concorrenciais nos mercados afetados pela operação, o que incluiu a avaliação: (i) da sobreposição horizontal entre os terminais de contêineres de Itajaí (arrendado a APM Terminals, do grupo econômico da Maersk) e de Itapoá (com participação de Aliança Navegação, do grupo econômico da Hamburg-Sud); e (ii) a integração vertical entre os terminais portuários de Itajaí e Itapoá com o serviço de transporte marítimo regular de contêineres prestado por Maersk e Hamburg-Sud, longo curso e cabotagem, nos referidos portos.

4.6. A conclusão do CADE com relação à sobreposição horizontal e a integração vertical identificadas foi a seguinte:

Por todo o exposto, depreende-se que **eventual sobreposição horizontal entre os portos de Itajaí e Itapoá em decorrência da presente Operação, ou integração vertical entre as atividades de movimentação portuária com as de transporte marítimo e cabotagem** praticadas por ambas as partes, **não seriam capazes de incentivar as Requerentes (Maersk e Hamburg-Sud) a assumirem condutas anticompetitivas e tão pouco lhes conferiria poder de mercado suficiente para fazê-lo** infligindo reais danos à concorrência, sem sujeitá-las, ao mesmo tempo, a proporcionais prejuízos. Posto isso, **a Operação em apreço não gera preocupações concorrenciais nestes mercados.** (g.n.)

4.7. Destaque-se que o CADE alcançou tais conclusões sobre o ambiente concorrencial do mercado relevante em questão partindo de uma estrutura de oferta, do ano de 2016, com os seguintes resultados de *market share*: Itajaí 10-20%; Itapoá 30-40% e Navegantes 50-60%. Por grupos econômicos, naquela oportunidade, a Maersk tinha 40-50%, enquanto a MSC, armador, do grupo econômico da Portonave que, em 2017, adquiriu 100% do controle do mencionado terminal, teria 50-60%. Em outras palavras, participações de mercado acima dos 20%, em que a Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011 - presume posição dominante, ou mesmo dos 40%, como prevê a Comissão Europeia, em casos concretos, não necessariamente resultam em problemas concorrenciais.

4.8. Isso posto, considerando (i) o precedente de análise concorrencial realizada pela

autoridade antitruste e (ii) a percepção de alterações pouco substanciais no contexto do mercado relevante entre 2017 e agosto de 2021, à exceção da ampliação de capacidade do porto de Itapoá concluída em 2018[3], entende-se que o atual ambiente concorrencial preserva as condições da conclusão do CADE emitida no AC entre Maersk e Hamburg-Sud, mesmo na hipótese de uma das empresas do grupo econômico dos armadores atuantes na região, Maersk e MSC, sagrar-se vencedora da licitação objeto da concessão em análise. Dessa forma, para o ambiente competitivo após o leilão, não parece razoável estabelecer critérios de vedação à participação de agentes na licitação.

4.9. Todavia, para o ambiente competitivo do leilão, de concorrência pelo ativo, parece prudente vedar a participação dos grupos econômicos de Maersk e MSC em consórcio. Isso se justifica pelo fato de ambos os agentes econômicos parecerem ter fortes incentivos pela disputa do objeto da licitação, que vale a liderança no 2º maior mercado de operação de contêineres no Brasil. Enquanto que, se ambos reunidos em consórcio, tende-se a arrefecer a competição pelo ativo, seja entre eles, seja em relação a outros interessados em participar do certame.

4.10. Portanto, decide-se pela vedação da participação de consórcios entre empresas armadoras e suas correspondentes Controladoras e Controladas de grupos econômicos distintos que detenham titularidade de exploração de instalações portuárias dedicadas à movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral nos Complexos Portuários de Itajaí e de São Francisco do Sul.

Habilitação Técnica

4.11. Opta-se que a habilitação técnica para a exploração do ativo objeto da concessão deva recair a um **Operador de Terminal Portuário de Contêineres**, participando isoladamente ou em consórcio. O motivo dessa exigência se deve a um conjunto de quatro fatores.

4.12. Primeiro, atualmente, o porto organizado de Itajaí, dentre suas características geográficas, possui substanciais limitações de expansão de área em terra, em virtude do crescimento urbano do município de Itajaí. Essa característica, em um projeto desafiador para a ampliação do porto, aproveitando-se de áreas escassas, demanda alto engajamento do concessionário no processo de negociação com os diversos stakeholders, públicos e privados, para a implementação a contento do empreendimento, nos termos do contrato de concessão. Nesse cenário, entende-se que um concessionário que tenha em seu *core business* a operação de terminais portuários de contêineres amplia as chances do sucesso do projeto.

4.13. Um segundo fator atrela-se à competitividade entre terminais portuários de contêineres no Estado de Santa Catarina. Comparado a seus concorrentes, como Navegantes e Itapoá, ambos Terminais de Uso Privado (TUPs), o objeto da licitação certamente é, em princípio, menos atrativo como negócio, haja vista o modelo regulatório, em tese, mais oneroso – porto organizado ao invés de TUP – e as limitações geográficas para expansões futuras do terminal. Por esse enfoque, um Operador de Terminal Portuário de Contêineres pode trazer uma visão de negócio ao Porto de Itajaí ainda não vislumbrada nos estudos, potencializando a geração de valor do ativo em termos econômicos, e, ao mesmo tempo, mantendo a vocação do porto para a operação portuária de contêineres.

4.14. Esse constitui o terceiro elemento para a habilitação técnica escolhida: criar as condições estruturais possíveis para que o porto mantenha sua vocação de movimentação de contêineres ao longo do horizonte contratual. Esse objetivo deriva do processo histórico de movimentação de contêineres no Porto de Itajaí, que norteou a implantação de infraestruturas urbanas e regionais, o desenvolvimento de negócios na localidade, a formação do capital humano e a relação do porto com a cidade para essa modalidade de operação portuária. Soma-se a isso o fato de a demanda projetada para essa carga na região ao longo dos 35 anos do contrato viabilizar o empreendimento, desde que o porto realize o volume de investimentos e atinja os níveis de serviço previstos nos termos da concessão.

4.15. O último fator diz respeito à relação porto-cidade. Em que pese à aquisição de competência técnica por um Proponente via contratação de profissionais e/ou via assistência técnica qualificada não ser dificultosa nesse mercado, haja vista o tamanho do mercado de terminais de contêineres no país, para o quesito qualificação técnica na concessão operacional do Porto de Itajaí, entende-se que o cenário da outorga futura deve ser equiparável ao atual, tanto pelos motivos já expostos, quanto pelo viés do apoio – ou oposição – da sociedade local ao empreendimento. Atualmente, o Porto de Itajaí conta com uma Autoridade Portuária desempenhada por entidade municipal, que desenvolveu competência para tanto ao longo dos mais de 20 anos do convênio de delegação com a União, responsável por uma intrincada relação porto-cidade. Já a exploração do terminal de contêineres cabe a APM Terminals, maior operador de terminal de contêineres do mundo[4].

4.16. Considerando a relação porto-cidade instituída e o ineditismo de novas concessões de portos organizados, pelo menos desde a Lei dos Portos anterior – Lei nº 8.630/1993, vislumbra-se que o *s stakeholders* do projeto, em especial a população das municipalidades envolvidas, criarão contundente oposição caso a concessão do Porto de Itajaí seja outorgada a Proponente sem qualquer experiência, seja no setor portuário, seja no segmento de terminais portuários de contêineres. Tal inferência se justifica pela provável percepção de perda das municipalidades com a concessão: pela “troca” da Autoridade Portuária municipal, de experiência comprovada, por um agente econômico sem

vínculo pré-existente com o objeto licitado, com interesse exclusivo na rentabilidade, a cargo da delicada gestão porto-cidade. Dada a críticidade do apoio dos stakeholders – ou oposição – para o sucesso do empreendimento, julga-se oportuna a exigência de que o futuro concessionário do Porto de Itajaí tenha capacidade organizacional constituída, pelo menos, equivalente ao player que explora atualmente o terminal portuário de contêineres.

4.17. Desse modo, tendo em vista:

- as substanciais limitações de expansão de área em terra para a ampliação do porto, demandando alto engajamento do concessionário no processo de negociação com os diversos *stakeholders*;
- que o Operador de Terminal Portuário de Contêineres pode trazer uma visão de negócio ao Porto de Itajaí ainda não vislumbrada nos estudos, potencializando a geração de valor do ativo em termos econômicos;
- a criação de condições estruturais possíveis para que o porto mantenha sua vocação de movimentação de contêineres ao longo do horizonte contratual; e
- a criticidade do apoio – ou oposição – dos *stakeholders* para o sucesso do empreendimento, que leva à exigência de que o futuro concessionário do Porto de Itajaí tenha capacidade organizacional constituída, pelo menos, equivalente ao *player* que explora atualmente o terminal portuário de contêineres,

4.18. Entende-se que a habilitação técnica para a exploração do ativo objeto da concessão deva recair a um Operador de Terminal Portuário de Contêineres, participando isoladamente ou em consórcio.

Sessão Pública do Leilão e Critério de Julgamento - Maior valor de outorga

4.19. A Sessão Pública de Leilão será presencial e compreenderá a abertura das propostas econômicas, a classificação das Proponentes e, se for o caso, o leilão em viva-voz.

4.20. O modelo proposto para a Sessão Pública de Leilão possibilita ampla disputa entre as licitantes e tende a elevar a remuneração ofertada pela assunção dos ativos públicos afetos à Concessão.

4.21. O critério de julgamento estabelecido para o Leilão é o de maior valor de outorga, conforme possibilidade prevista na Lei dos Portos e no seu Decreto regulamentador.

4.22. Lei nº 12.815/2013 estabelece, no caput do seu art. 6º, os critérios de julgamento que poderão ser utilizados nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, nos seguintes termos:

Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

4.23. Conforme o dispositivo citado, não há impedimento para a adoção de qualquer critério de julgamento, desde que esteja previsto no edital de licitação e tenha previsão em regulamento.

4.24. Já o Decreto nº 8.033/2013 prevê expressamente o maior valor de outorga como critério de julgamento de licitação, conforme seu art. 9º, inciso VII.

4.25. A adoção do critério de maior valor de outorga segue a linha do que tem sido aplicado no caso das licitações de arrendamentos portuários. O critério de julgamento em questão se mostra adequado à concessão em análise, por ter o potencial de determinar a licitante que estará mais disposta, pelo valor de lance ofertado, a assumir o empreendimento, nos termos estabelecidos conforme a modelagem proposta. Tendo em vista que os investimentos a serem realizados pela Concessionária já são especificados, conforme o Anexo 1, assim como as demais condições para a prestação do serviço, e considerando que os demais aspectos da modelagem já estão postos no Edital e no Contrato, como encargos, indicadores de desempenho, entre outros, é adequado que a proponente ofereça um valor para assumir a Concessão, não cabendo proposta de tarifa, capacidade de movimentação ou outros critérios do gênero.

4.26. Ademais, o fato de o critério de maior valor de outorga já ter sido utilizado em grande parte das licitações do setor portuário, no caso dos arrendamentos, facilita identificar eventuais falhas que poderiam ensejar judicialização do certame licitatório, ou até possíveis problemas que resultariam em pedidos de reequilíbrios contratuais por parte da Concessionária, em desfavor do poder público.

4.27. Em suma, a possibilidade de adoção do critério de maior valor de outorga permite ampla liberdade para a proposição da modelagem da Concessão. Isso é importante pois a adoção de critérios de licitação inadequados pode produzir resultados ineficientes do ponto de vista alocativo, gerando leilões dos quais não resulta a melhor destinação possível para os escassos ativos portuários. Em situações como estas, não há forma mais eficiente de se realizar a escolha do melhor operador para um determinado ativo público que adjudicar àquele que se dispõe a pagar mais pelo ativo. Além disso, maior valor de outorga é um critério de julgamento de licitação costumeiramente utilizado em muitos países, o que traz maior atratividade para investidores, por ser de conhecimento pleno do mercado. O critério em questão tem ampla aplicação nos setores aeroportuário, rodoviário (leilões anteriores a 2013) e de energia (petróleo).

Garantia da Proposta

4.28. O valor da garantia da proposta, que deverá ser apresentada em caução em dinheiro, títulos da dívida pública federal, seguro-garantia ou fiança bancária, foi definido de acordo com o inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93. Nesse ponto, o montante corresponde a 1% do Valor do Contrato.

Obrigações prévias à celebração do Contrato

4.29. Entre as obrigações prévias à celebração do Contrato, destacam-se as seguintes:

- *Comprovante de pagamento à atual arrendatária do valor de R\$ 44.402.931,21 (quarenta e quatro milhões, quatrocentos e dois mil, novecentos e trinta e um reais e vinte e um centavos), a título de indenização para compra dos equipamentos não reversíveis listados no Anexo 8.*

4.30. A referida obrigação foi estabelecida tendo em vista a necessidade de garantia da continuidade da operação. Os valores serão corrigidos anualmente pelo IPCA a partir da data-base de janeiro de 2021.

- *Comprovante de depósito no valor de R\$ 133.544.205,74 (cento e trinta e três milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, duzentos e cinco reais e setenta e quatro centavos), em conta bancária a ser indicada pelo Poder Concedente, vinculada a indenização para fins de ressarcimento da anterior arrendatária responsável pelas operações no Porto Organizado corrigidos anualmente pelo IPCA a partir da data-base de janeiro de 2021.*

4.31. O valor em questão é relativo à indenização devida à atual arrendatária, de que trata na Resolução ANTAQ nº 7.828, de 19 de junho de 2020. O depósito deverá ser realizado em conta especificada pelo Poder Concedente, e não diretamente à antiga arrendatária, tendo em vista a possibilidade de alteração do valor de indenização devida. Caso o valor da indenização seja alterado, o Poder Concedente se responsabilizará e tomará as medidas cabíveis. Os valores serão corrigidos anualmente pelo IPCA a partir da data-base de janeiro de 2021.

- *Ata da assembleia geral de constituição da Concessionária como uma sociedade de propósito específico, na forma de sociedade por ações, e o respectivo estatuto social, com a correspondente certidão da Junta Comercial e inscrição no CNPJME (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Economia), em que conste: (i) a indicação de sua composição societária, com a descrição dos tipos de ações e de participação dos acionistas, por tipo de ação; (ii) seus órgãos de administração; (iii) que a sua finalidade exclusiva será explorar o objeto do Contrato de Concessão; e (iv) constituição de subsidiária integral, com contabilidade separada, segundo as normas contábeis vigentes, para a administração e exploração do acesso aquaviário do Porto Organizado.*

4.32. A obrigatoriedade de constituição de SPE para a exploração de concessões é uma praxe no setor de infraestrutura. A SPE permite a segregação da contabilidade da concessionária, o que facilita a fiscalização pela Agência Reguladora e, dessa forma, traz maior segurança ao empreendimento. Essa regra é especialmente importante na hipótese de uma concessionária que atue de forma verticalizada, pois a SPE impõe a adoção de uma contabilidade própria, distinta das demais atividades da empresa.

- *Cópia autenticada do contrato celebrado com o Banco Depositário e com a ANTAQ; comprovante de abertura da Conta Vinculada junto ao Banco Depositário; e Comprovante de transferência para a Conta Vinculada do Valor de Outorga ofertado no Leilão.*

4.33. Conforme detalhado nas justificativas relativas à minuta de Contrato, a concessionária deverá constituir conta vinculada, no intuito de reverter valores de contribuição ao Poder Concedente para a própria Concessão. Nesse sentido, será necessária, como obrigação prévia à celebração do Contrato, a apresentação dos documentos mencionados, relativos à conta vinculada. Ademais, a Concessionária deverá depositar o Valor de Outorga ofertado no Leilão na Conta Vinculada. A razão para isso é que a concessão do Porto de Itajaí, além de não possui caráter arrecadatório por parte da União, prioriza a recomposição de estruturas danificadas em razão de intempéries climáticas, recorrentes na região, e o aprimoramento de suas atividades portuárias. Assim, sendo possível utilizar os recursos, inclusive provenientes do lance do leilão, nos termos especificados na minuta de contrato.

Penalidades

4.34. A cláusula das penalidades segue o mesmo padrão estabelecido no caso dos leilões de arrendamentos portuários e dos demais projetos de concessão de Porto Organizado do Governo Federal.

4.35. Destaca-se a possibilidade de penas de advertência, multa, suspensão temporária do direito de contratar ou participar de licitações, além da execução da Garantia da Proposta.

5. MINUTA DE CONTRATO E SEUS ANEXOS

Objeto

5.1. O objeto do Contrato é a Concessão do Porto Organizado de Itajaí, para o desempenho

das funções de Administração do Porto, bem como a ampliação, manutenção e exploração da sua infraestrutura, incluindo a cessão onerosa de áreas, instalações e equipamentos.

5.2. O objeto contratual foi definido com base nas características específicas do Porto Organizado de Itajaí e na modelagem proposta para a sua exploração. Trata-se de um porto com dimensões relativamente pequenas, que possui uma única área arrendada para a realização de operações portuárias. Ademais, a vocação do Porto é praticamente apenas para um único perfil de carga - contêineres. Nesse mercado, há um ambiente concorrencial bastante competitivo, tendo em vista os demais terminais de contêineres na área de influência do Porto, em especial o Terminal de Uso Privado da Portonave, em Navegantes-SC. Com base nessas características e nos demais aspectos detalhadamente analisados nos estudos de viabilidade, buscou-se definir o objeto do contrato com base nos limites estabelecidos pela legislação.

5.3. Nesse sentido, o art. 20 do Decreto nº 8.033/13 estabelece três possibilidades de contrato de concessão para a exploração de porto organizado:

Art. 20. O objeto do contrato de concessão poderá abranger:

I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;

II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou

III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

5.4. Uma vez que as características do Porto de Itajaí demandam alto grau de eficiência, não havendo "ambiente condominial" caracterizado por diversas áreas arrendadas, verificou-se que seria mais adequado que a administração do porto pudesse ser capaz de realizar, ela própria, a atividade de operação portuária. Isso traz vantagens ao empreendimento, como sinergias entre as atividades de administração do porto e a operação portuária, o que possibilita a redução de custos, bem como maior agilidade, flexibilidade e eficiência das operações. Em suma, para ter capacidade competitiva frente à concorrência, até mesmo em relação aos terminais privados, entendeu-se necessário que a Concessionária explore as instalações portuárias com base em conceito de porto empreendedor. Nesse sentido, optou-se pelo enquadramento no inciso I do art. 20 do Decreto nº 8.033/2013, que permite "*o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias*".

5.5. Nesses termos, foi estabelecido que, além da administração do Porto, a operação portuária também integra as atividades a serem realizadas pela concessionária. Essas atividades poderão ser realizadas diretamente pela Concessionária ou por meio de Operador Portuário pré-qualificado, garantindo a flexibilidade das operações, hipótese que não afasta a responsabilidade da concessionária pelo desempenho das atividades, pelo cumprimento dos indicadores de desempenho e demais regras estabelecidas neste Contrato de Concessão.

5.6. Destaca-se ainda que, no projeto de desestatização da CODESA, foi estabelecido regramento específico para a exploração indireta de áreas afetas às operações portuárias, permitindo que essas áreas sejam exploradas mediante contratos regidos por regras de Direito Privado. No caso do Porto de Itajaí, tendo em vista que a exploração das áreas afetas será realizada pela própria concessionária, não foi prevista a exploração dessas áreas mediante contratos de arrendamento ou regidos pelo Direito Privado. Nesse sentido, foi vedada a subconcessão das atividades mediante contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias.

5.7. Cabe ressaltar que há detalhamento do objeto do contrato em seu Anexo 1 - Plano de Exploração Portuária (PEP). Conforme o PEP, são atividades a serem prestadas pela Concessionária:

- a gestão do uso da **Infraestrutura de Acesso Aquaviário** pelas embarcações;
- a operação e gestão do *Vessel Traffic Service* (VTS), para incrementar a segurança e a eficiência da navegação, contribuir para a salvaguarda da vida humana no mar e apoiar a proteção do meio ambiente da **Infraestrutura de Acesso Aquaviário**;
- o desempenho das demais atribuições legais de **Administração do Porto**;
- a **Operação Portuária** de movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;
- a exploração de **Áreas Afetas às Operações Portuárias** dedicada à movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário; e
- a exploração de **Áreas Não Afetas às Operações Portuárias** referente à cessão de uso não onerosa de áreas para as instalações de órgãos e entidades do Poder Público que, por disposição legal, desempenhem suas funções no **Porto Organizado**, observados:
 - a necessidade dos referidos órgãos e entidades participarem do rateio das despesas comuns da **Área da Concessão**; e
 - o disposto nos instrumentos normativos dos órgãos e entidades em questão, inclusive no que concerne à elaboração de projetos e execução de obras.
- a realização de "salvaguarda", no que diz respeito a área do **Porto Organizado** até o canal de acesso e áreas de fundeio para embarcações que se destinam ao porto e seus terminais internos;
- a manutenção de todas as instalações, bens existentes e implementados nos Portos Organizados, conforme a legislação e regulamentação em vigor;

- a execução das melhorias no prazo previsto neste **PEP**, com vistas a adequar a infraestrutura sob responsabilidade da **Concessionária** à qualidade dos serviços prestados aos Usuários;
- o pleno atendimento aos **Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura** e aos **Indicadores de Desempenho** previstos neste **PEP** durante todo o prazo da **Concessão**, mediante a realização dos investimentos e/ou ações de gestão operacional e obtenção dos recursos necessários;
- A obtenção da Declaração de Cumprimento do Plano de Segurança Pública Portuária Nacional emitido pela CONPORTOS- Comissão Nacional de Segurança Pública nos Portos, Terminais e Vias Navegáveis, que certifica que a instalação portuária cumpre as disposições do Capítulo XI-2 Convenção Solas de 1974 e da Parte A do Código do ISPS_CODE; e
- a operação do **Porto Organizado** por 24 horas diárias, durante sete dias por semana.

5.8. A gestão do uso da Infraestrutura de Acesso Aquaviário foi integrada ao objeto da concessão tendo em vista que se trata de uma competência expressamente consignada no art. 18 da Lei nº 12.815/2013. O conceito de Infraestrutura de Acesso Aquaviário foi compatibilizado com a terminologia adotada pela Resolução ANTAQ nº 32/2019. Além disso, buscou-se estabelecer mecanismos para evitar que a concessionária utilizasse a gestão do canal para seus interesses próprios, em detrimento dos demais usuários. Nesse sentido, conforme detalhado nesta nota técnica, foi estabelecida a obrigação de constituição de subsidiária integral com a finalidade de gestão da Infraestrutura de Acesso Aquaviário, para dar transparência à gestão, bem como foi estabelecida possibilidade de Proposta Apoiada para a proposição de investimentos na Infraestrutura de Acesso Aquaviário.

Área da Concessão

5.9. Nos termos do Contrato de Concessão, a Área do Porto Organizado corresponde à área delimitada por ato do Poder Executivo Federal, nos termos da Portaria nº 28, de 7/1/2020, do Ministério da Infraestrutura, que compreende as Instalações Portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao Porto Organizado de Itajaí.

5.10. Além da Área do Porto Organizado, foi estabelecida a definição da Área da Concessão, tendo em vista que a área a ser assumida pela Concessionária não corresponderá exatamente àquela delimitada pela referida Portaria que estabelece atualmente a poligonal do Porto de Itajaí.

5.11. Nesse sentido, a Área da Concessão corresponde à Área do Porto Organizado, mais a área do terminal portuário Braskarne a ser futuramente adquirida pela Concessionária, exceto as áreas especificadas no Anexo 1.

5.12. As áreas que não integrarão a Área da Concessão tratam-se de áreas para movimentação de passageiros e não afetas às operações portuárias. Essas áreas foram retiradas em razão de terem sido avaliadas como não essenciais às atividades a serem desenvolvidas pela Concessionária e potencialmente estratégicas em políticas públicas locais, principalmente turismo, esporte e lazer, para o desenvolvimento da relação Porto-Cidade.

Prazo de vigência

5.13. Os limites máximos do prazo de vigência do contrato de concessão são definidos pelo Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013:

"Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo determinado, prorrogável por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, observados os seguintes limites: [\(Redação dada pelo Decreto nº 10.672, de 2021\)](#)

I - no caso de concessão de porto organizado, os contratos terão prazo de vigência de até setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações; e [\(Incluído pelo Decreto nº 10.672, de 2021\)](#)"

5.14. No caso concreto, definiu-se o prazo de vigência em 35 anos, prorrogáveis por sucessivas vezes, até o limite de 70 anos (incluídos o prazo de vigência original e todas as suas prorrogações). Do ponto de vista técnico, entende-se que o prazo de 35 anos é adequado para a execução dos investimentos estimados, bem como para sua amortização ao longo do horizonte contratual. Além disso, deve-se frisar a necessidade de planejamento de longo prazo das operações portuárias, condição que é melhor atendida por um maior prazo de vigência contratual. Quanto às prorrogações, não foram estabelecidas restrições maiores do que as impostas pelo referido Decreto. Cabe, ainda, ressaltar que os critérios e requisitos para a prorrogação dos contratos constam, também, no Decreto nº 8.033/2013 e na própria minuta do contrato de concessão (cláusula 31 - Prorrogação do Contrato de Concessão).

5.15. Ressalta-se que o prazo de vigência contratual terá início a partir da Data de Assunção, quando a concessionária assumirá as instalações, a administração e a operação do Porto Organizado. A Data de Assunção ocorrerá após a conclusão da transição operacional, no dia posterior ao ateste da ANTAQ de que não opõe objeção à assunção da operação pela Concessionária, ou a partir do dia 02/01/2023, o que ocorrer por último. A data em questão foi estabelecida em razão do entendimento de que o Convênio de Delegação nº 08/97 (pelo qual é delegada a administração do Porto ao Município de Itajaí) possui vigência até 01/01/2023. Assim, busca-se assegurar que a assunção da área pela concessionária não ocorrerá antes do término do Convênio de Delegação.

5.16. Vale notar que a identificação da data final de vigência do Convênio de Delegação nº

08/97 foi resultado de uma interpretação das suas cláusulas, uma vez que o referido instrumento foi assinado em 01/12/1997 e possui data de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, contudo, conforme sua Cláusula Décima Segunda, entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente de sua assinatura.

Valor estimado do Contrato de Concessão

5.17. O valor estimado do Contrato de Concessão foi calculado como sendo o Valor Presente Líquido (VPL) das receitas tarifárias e não tarifárias. Ressalta-se que o valor estimado do Contrato tem efeito meramente indicativo, não podendo ser usado por nenhuma das partes para o pleito de recomposição de reequilíbrio econômico-financeiro.

Encargos contratuais

5.18. Os encargos contratuais são: (i) o Valor de Outorga; (ii) a Contribuição Variável; (iii) a Contribuição Fixa; e (iv) a Verba de Fiscalização. Os valores das contribuições foram definidos de acordo com a modelagem econômico-financeira. No caso da Contribuição Variável, incluiu-se o valor de contribuição variável no caso de movimentação de cargas em outros perfis (que não as containerizadas), calculada com base numa taxa de conversão de 11 toneladas por TEU.

5.19. Já o valor da Verba de Fiscalização, por sua vez, é o estabelecido pela ANTAQ.

5.20. Além disso, as regras tratam da periodicidade do depósito na Conta Vinculada e outras regras procedimentais acerca da apuração dos valores, como, por exemplo, a possibilidade de contratação de auditoria externa para verificação dos valores de contribuição variável. Ainda, a cláusula traz a previsão de atualização monetária anual dos valores pelo Índice de Preços ao Consumidor - IPCA e de multa moratória no caso de inadimplemento da obrigação de pagamento.

PDZ e REP

5.21. A obrigatoriedade de inclusão das regras de gestão do uso da Infraestrutura de Acesso Aquaviário no Regulamento de Exploração do Porto se justifica pelo direito dos Usuários ao tratamento isonômico e em conformidade com os Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura. O contrato ainda explicita os regramentos de price cap e receita teto na remuneração da concessionária.

Transferência dos Contratos de Uso

5.22. Contratos de Uso, segundo a definição constante na Subcláusula 1.1.1.23 da minuta de contrato, são aqueles celebrados pela SPI, que serão sub-rogados pela União, se for o caso, e concomitantemente transferidos à Concessionária na Data de Assunção.

5.23. No processo de desestatização da CODESA, o procedimento de transferência de Contratos de Uso teve como um de seus principais objetivos assegurar a continuidade dos contratos de arrendamento vigentes, porém, com possibilidade da sua adaptação às normas de direito privado, conforme previsto no art. 5º-A da Lei nº 12.815/2013 e no art. 22 do Decreto nº 8.033/2013. Esse mecanismo também teve como objetivo fazer a transferência dos demais tipos de contrato que ainda teriam prazo de vigência remanescente.

5.24. No caso da concessão do Porto de Itajaí, embora não se vislumbre a necessidade de transferência de contratos de arrendamento – uma vez que o único arrendamento será encerrado antes do início da concessão – optou-se por manter o instrumento de transferência de Contratos de Uso com a finalidade de transferir contratos de natureza diversa com vigência após o início da concessão.

5.25. Optou-se por não incluir contrato de cessão de uso não onerosa tendo em vista que esse tipo de instrumento não deverá ser regido por normas de direito privado, mas com base na Portaria MINFRA nº 51/2001, ou outra que vier a substituir, conforme consignado na Subcláusula 9.5 da minuta do contrato de concessão.

Exploração de Áreas Afetas às Operações Portuárias e Áreas não Afetas

5.26. Conforme justificativa apresentada nesta nota técnica sobre o objeto do contrato, no caso do Porto de Itajaí, entendeu-se mais adequado que a administração portuária seja capaz de realizar, ela própria, a atividade de operação. O objetivo dessa agregação de competências é conferir maior capacidade competitiva frente à concorrência, até mesmo em relação a terminais privados, considerando que o Porto de Itajaí possui dimensões relativamente pequenas e uma única área arrendada.

5.27. Como consequência, a própria Concessionária será responsável pela exploração das Áreas Afetas às Operações Portuárias, respeitadas as disposições contidas no PDZ do Porto, cuja aprovação compete ao Poder Concedente.

5.28. Ademais, no intuito de propiciar maior flexibilidade operacional, facultou-se que a operação portuária seja realizada mediante Operador Portuário pré-qualificado, nos moldes como é permitido no caso dos arrendamentos portuários.

5.29. Apesar de parte das áreas não afetas às operações portuárias atualmente existentes no Porto de Itajaí não terem sido integradas à Área da Concessão, conforme disposto no Anexo 1 do Contrato, manteve-se a possibilidade de a concessionária vir a celebrar contratos que envolvam a cessão ou utilização das Áreas Não Afetas às Operações Portuárias, em regime de direito privado,

observando-se a regulação vigente.

5.30. Quanto às instalações de órgãos e entidades do Poder Público que, por disposição legal, desempenhem suas funções no Porto Organizado, a Concessionária cederá os espaços necessários ao desenvolvimento das suas atividades, sem ônus financeiro, com exceção do rateio das despesas comuns da Área da Concessão, aplicando-se, no que couber, as disposições acerca da cessão de uso gratuita constantes na Portaria MINFRA nº 51/2001, ou outra que vier a substituir.

Investimentos e PBI

5.31. No intuito de assegurar o adequado desempenho das atividades a serem realizadas durante todo o período de vigência da concessão, foi elaborado, com base nos estudos de viabilidade que subsidiaram o projeto, um plano de investimentos obrigatórios, a ser executado pela Concessionária nos termos do Anexo 1 do Contrato.

5.32. Os investimentos a serem realizados no Porto Organizado deverão ser executados pela Concessionária observados os prazos fixados no cronograma de realização de investimentos, o atendimento aos Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura e a necessidade de alcance dos Indicadores de Desempenho.

5.33. Quanto ao planejamento para a realização dos investimentos, optou-se por seguir a prática adotada nos arrendamentos portuários, em que se exige a apresentação de um Plano Básico de Implantação (PBI), com o objetivo de detalhar as especificações técnicas e de desempenho a serem desenvolvidas pela concessionária para o atendimento das atividades, observados os investimentos mínimos exigidos.

5.34. Tendo em vista que os investimentos mínimos foram concebidos de forma a garantir a realização das atividades durante toda a vigência contratual, e que eventual necessidade de expansão de capacidade ou aprimoramento operacional depende de circunstâncias variadas e dinâmicas, de difícil previsão, incluindo fatores de mercado, optou-se por não se estabelecer, de antemão, as circunstâncias ensejadoras de investimentos, comumente chamadas de “gatilhos”. Dessa forma, novos investimentos não previstos originalmente no contrato deverão ser objeto de processo de revisão extraordinária.

5.35. Nessa linha, caso haja necessidade de novos investimentos, estes poderão ser realizados de duas formas. A primeira é mediante comunicação prévia à ANTAQ e ao Poder Concedente, sem necessidade de aprovação, desde que não haja objeção da ANTAQ ou do Poder Concedente, que o faça por sua conta e risco, exclusivamente às suas expensas e sem garantia a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro contratual. Essa opção foi pensada buscando-se conferir liberdade e dinamismo diante da necessidade premente de investimentos, permitindo-se análise posterior para a verificação do equilíbrio contratual. Alternativamente, nos casos em que a Concessionária optar por garantir a análise de reequilíbrio antes da realização dos novos investimentos, poderá ser requerida análise prévia de mérito do reequilíbrio.

5.36. Ademais, o Poder Concedente poderá requerer novas obras se assim julgar necessário, assumindo os riscos correspondentes, nos termos da Subcláusula 19.2.3 da minuta de contrato.

Conta Vinculada

5.37. Sobre a possibilidade de uso da Conta Vinculada para novos investimentos fora da Área da Concessão, destaca-se a base legal consubstanciada no art. 25 da Resolução ANTAQ nº 32/2019, citado a seguir:

Art. 25. Depende de autorização prévia da Antaq a aplicação de recursos oriundos do ativo circulante da Administração Portuária, ou mesmo do seu ativo não-circulante, quando fora dos limites da área do porto organizado.

§ 1º A autorização de que trata o caput ficará condicionada à apresentação, pela Autoridade Portuária, da lista de obras ou serviços a serem realizados em área externa, acompanhados:

I - de um documento analítico demonstrando o alinhamento das obras e serviços ao Plano de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ do porto;

II - do Projeto Básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, quando se tratar de obra ou serviço a ser contratada com a Administração Portuária; e

III - das demais justificativas, para análise e avaliação da Antaq.

§ 2º A Autoridade Portuária deverá obter e comprovar a autorização prévia do detentor ou titular da área onde serão realizadas as obras ou serviços.

§ 3º As obras ou serviços a serem realizados em área externa ao porto organizado devem ser compatibilizados com eventual plano viário existente no âmbito da União, dos estados e dos municípios.

§ 4º Caso seja firmado convênio ou acordo de cooperação para viabilizar a realização de obras ou serviços de melhoria das vias de acesso ao porto ou para implantação de novos meios de acesso, a Autoridade Portuária e o responsável pelas vias existentes ou pela área na qual serão construídos os novos acessos deverão ajustar as responsabilidades pela manutenção do empreendimento ao longo do tempo.

§ 5º Enquadram-se também ao caput os projetos relacionados às ações de:

I - compensação socioambiental acordadas com as autoridades públicas competentes; ou

II - políticas de responsabilidade socioambiental promovidas pela própria entidade.”

5.38. Assim, existe a possibilidade de realização de investimentos fora da área do porto organizado pela Administração do Porto não somente em acessos terrestres – hipótese específica do §

4º, mas também em outros objetos - hipóteses do § 5º;

5.39. Ainda, o mérito do investimento fora da área do porto organizado deverá ser avaliado nos termos do Contrato de Concessão.

5.40. Além da utilização dos recursos da conta vinculada para novos investimentos, outras finalidades foram incluídas na minuta do Contrato De Concessão: recomposição das estruturas danificadas em razão de intempéries climáticas e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente. Portanto, o Contrato de Concessão traz, expressamente, as hipóteses de utilização dos recursos.

5.41. No que diz respeito à recomposição das infraestruturas em caso de intempéries, a utilização dos recursos da conta vinculada se mostra importantíssimo no caso concreto, uma vez que permite a rápida recomposição do nível de serviço no caso de eventos climáticos adversos, que são recorrentes no estuário do Rio Itajaí-Açu. Em função dessa finalidade, ainda, definiu-se um valor mínimo de saldo da conta vinculada, definido em R\$ 45.340.755, mensurado de acordo com a estimativa de custo de dragagem emergencial no caso de necessidade de recomposição da dragagem das infraestruturas de acesso aquaviário. Adicionalmente, incluiu-se previsão de ordem de prioridade dos recursos da conta vinculada, no caso de uma demanda por recursos superar o saldo da conta. A obrigatoriedade de manutenção do saldo do referido valor decorre do valor mínimo estimado para o restabelecimento das profundidades mínimas observadas na Infraestrutura de Acesso Aquaviário.

5.42. Por fim, o anexo 10, conjuntamente à cláusula da Conta Vinculada, traz regras específicas acerca das regras de movimentação, da aplicação dos recursos, e outras previsões procedimentais necessárias à operacionalização do mecanismo.

Transição Operacional

5.43. A fim de assegurar uma transição eficaz das operações portuárias e da segurança operacional do Porto Organizado de Itajaí, entre a SPI e a concessionária, minimizando, assim, potenciais impactos sobre os usuários, os operadores portuários e todas as demais partes envolvidas no complexo portuário, a concessionária deverá desenvolver um Plano de Transferência Operacional - PTO, nos termos especificados no Anexo 9 da minuta de contrato.

5.44. A adoção do PTO foi realizada nos moldes do projeto de desestatização da Codesa. Vale destacar que a exigência de PTO é uma prática que vem sendo desenvolvida há anos nos setores de infraestrutura, em especial no setor aeroportuário, e passou a ser adotada mais recentemente nos arrendamentos portuários, em casos específicos.

5.45. O PTO será desenvolvido e implementado pela Concessionária em dois estágios: Estágio de Preparação e Estágio de Operação Assistida. O primeiro estágio corresponde ao período em que a concessionária elaborará o PTO, enquanto no segundo haverá a sua execução, permanecendo a SPI responsável pela administração do Porto Organizado. Ainda, no Estágio de Operação Assistida caberá à Concessionária desempenhar as atividades detalhadas no Anexo 9, observando-se que os preços e tarifas pagas pelos usuários durante a transição operacional não serão devidos à Concessionária.

5.46. Idealmente, deveria ser possível atribuir à atual arrendatária do Porto de Itajaí o dever de realizar as ações necessárias para garantir a transição operacional com a concessionária. Entretanto, não há regra contratual que obrigue a arrendatária a isso, ademais, esse tipo de obrigação não poderia ser imposto à arrendatária mediante o contrato de concessão a ser firmado, do qual a arrendatária sequer é parte. Portanto, no intuito de mitigar esse problema, foi estabelecida obrigação da concessionária de enviar esforços junto à atual arrendatária do Porto Organizado para a realização do Estágio de Operação Assistida, sem prejuízo das obrigações da SPI relativas à transição.

Governança Corporativa

5.47. Quanto aos requisitos de Governança Corporativa, vislumbrou-se a concessionária como uma sociedade por ações com sua administração competindo a um conselho de administração e a uma diretoria executiva e com Conselho Fiscal de funcionamento permanente. Nesse sentido, buscou-se, ainda, como premissas e requisitos::

- elevado padrão de governança corporativa, sem retirar a flexibilidade da Concessionária na definição de sua estrutura organizacional;
- Concessionária fará a gestão de um ativo que contém um monopólio natural, o acesso aquaviário ao Complexo Portuário de Itajaí, e um terminal portuário de contêineres, que sucede uma Autoridade Portuária de gestão municipal, envolvido em um contexto de relação porto-cidade;
- sendo a Concessionária uma SPE constituída como uma sociedade por ações, dado o cenário e a premissa colocados, julga-se apropriado a constituição de, pelo menos, conselhos de administração e fiscal permanente, nos termos da Lei nº 6.404/1976;
- Regra proposta mantém a liberdade da Concessionária para: (i) definir constituição de sua sociedade por ações – incluindo capital fechado; (ii) tamanho e composição dos conselhos de administração e fiscal; (iii) tamanho e composição de sua diretoria executiva e demais órgãos da empresa; e
- obrigatoriedade de equiparar administração da Concessionária aos demais terminais de contêineres privados da região: Navegantes e Itapoá.

5.48. Outro ponto importante acerca da governança corresponde a exigência de constituição de subsidiária integral para a Exploração da Infraestrutura de Acesso Aquaviário. O objetivo do clausulado é a separação de contas entre o canal de acesso aquaviário – monopólio natural e remunerado por tarifas - e o terminal portuário – ambiente competitivo e remunerado por preço livre. A segregação contábil derivada dessa regra é positivo para a regulação e para a transparência dos custos alocados ao canal, o que aumenta o controle por parte do regulador e traz maior publicidade e transparência aos processos de revisão tarifária. Noutra direção, a cláusula traz regra acerca dos aumentos de capital da subsidiária. Conforme a legislação, é permitida a participação de acionistas na subsidiária integral – art. 253 da Lei nº 6.404/1976, quando do aumento de capital da companhia, que passaria a não ser mais subsidiária integral. No caso concreto, buscou-se restringir essa possibilidade, em função da necessidade de maior controle regulatório sobre as questões atinentes às infraestruturas aquaviárias e que é exercido sobre a Concessionária diretamente.

5.49. A fim de aumentar a transparência acerca da Concessão, a minuta de Contrato prevê a publicação das demonstrações financeiras, além de atender a regulamentação de contabilidade regulatória vigentes. Ainda, tendo em vista o impacto da operação portuária na relação Porto-Cidade, e a fim de aumentar a transparência acerca das ações da Concessionária no âmbito das ações sociais e ambientais, inseriu-se requisito de elaboração e publicação de relatório de sustentabilidade.

5.50. Somam-se as regras de governança corporativa a inclusão do Plano de Responsabilidade Social Corporativa (PRSC), que tem por finalidade alinhar as práticas do futuro concessionário e incorporar a função emergente da responsabilidade social corporativa, presente em Autoridades Portuárias de referência no mundo, com vistas a estruturar programas e projetos que criem externalidades positivas em sua força de trabalho, nas correspondentes famílias, na comunidade local e na sociedade.

5.51. No âmbito da análise da atuação da Superintendência do Porto de Itajaí, salienta-se a existência de programas sociais, culturais e ambientais que são realizados de forma autônoma. A previsão contratual busca, portanto, manter essas diretrizes de mitigação dos impactos na relação Porto-Cidade. Dessa forma, entende-se que a regulação acerca desses fatores e o controle social exercido pela comunidade é capaz de entregar um plano de responsabilidade social e corporativa estruturado. Adicionalmente, observou-se que outras entidades sob concessão, inclusive no setor portuário, adotam práticas estruturadas semelhantes.

5.52. Quanto à implementação, entende-se que a Concessionária deverá, num primeiro momento, manter os programas realizados pela SPI até a implementação do PRSC. Posteriormente, o PRSC, elaborado de acordo com boas práticas de mercado, será implementado, sendo revisado de forma periódica e passando pelo crivo social da consulta aos usuários.

5.53. Ainda, foram previstas regras para relacionamento com partes relacionadas, como, por exemplo, a implementação de política de transação com partes relacionadas. Ainda, a minuta de contrato permite a celebração de contratos com partes relacionadas para realização de obras e serviços e de contratos de mútuo (na qualidade de mutuária). Quanto às vedações, destacam-se a concessão de empréstimos aos seus acionistas, bem como a prestação de fianças e avais.

Deveres da Concessionária

5.54. Na elaboração da cláusula relativa aos deveres da concessionária, utilizou-se como referência a minuta do contrato de desestatização da CODESA. A partir desse modelo, foram realizadas adaptações, bem como adicionados complementos e novos temas específicos ao caso de Itajaí. Ainda, foi realizado agrupamento por temas, no intuito de aprimorar a organização lógica dos assuntos. Desse modo, constam deveres relativos a:

- Atribuições gerais;
- Competências legais da Administração do Porto;
- Infraestrutura de Acesso Aquaviário;
- Competências legais da Administração do Porto de interface com outras autoridades;
- Ações para o alcance dos Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura;
- Gestão do Porto Organizado;
- Publicidade de dados e informações à sociedade;
- Responsabilidades da Concessionária;
- Seguros; e
- Garantia de Execução do Contrato.

5.55. Quanto às **atribuições gerais**, constam deveres como o de explorar economicamente a concessão, cumprir os indicadores de desempenho, manter os bens reversíveis, entre outros do gênero.

5.56. Destaca-se o dever de atender de forma não discriminatória terceiros interessados nos serviços de movimentação de cargas pelo Porto Organizado, considerando as disponibilidades e as condições gerais das atividades, observada a regulação sobre o tema, em especial o disposto na Resolução nº 3.274-ANTAQ/2014. Essa disposição é a mesma que passou a ser adotada nos últimos contratos de arrendamento do setor portuário, visando deixar consignada em contrato a obrigação, já prevista em regulamento, de atendimento a todos os interessados em movimentar cargas pelo Porto.

5.57. Outra obrigação estabelecida com base nos contratos de arrendamento recentes é a de

obter, renovar e manter vigentes, durante toda a concessão, as licenças, permissões e autorizações ambientais, bem como ao término da concessão, efetuar a transferência de titularidade do processo de licenciamento ambiental a quem o Poder Concedente determinar. Essa medida se justifica em razão do tempo necessário à conclusão do processo de licenciamento. A falta de previsão expressa da necessidade de manter as licenças pode ensejar a perda de sua vigência e, conseqüentemente, ônus e custos a serem suportados pelo poder público ou futura concessionária. A inserção do dispositivo trará segurança, reduzirá custos e facilitará o processo de transferência de titularidade das licenças, uma vez que o poder público poderá utilizar futuramente os processos de licenciamento ambiental em curso e as licenças ambientais válidas.

5.58. Entre as **competências legais da Administração do Porto**, constam atribuições da concessionária para a execução da atividade de administração portuária, tais como a pré-qualificação dos operadores portuários, arrecadação das receitas tarifárias e não tarifárias relativas às suas atividades, fiscalização de obras, autorização da entrada e saída de embarcações, entre outras do gênero. Vale ressaltar, ainda, o dever de reportar à ANTAQ infrações a dispositivos legais, contratuais e regulamentares, inclusive aqueles previstos no REP e nas normas de pré-qualificação dos Operadores Portuários. Esse dever é relevante porque, apesar das atribuições da concessionária estabelecidas em contrato, a ANTAQ mantém sua função de fiscalização, naquilo que lhe couber, devendo a concessionária comunicar a agência reguladora sobre infrações ocorridas no Porto Organizado.

5.59. No que diz respeito à **Infraestrutura de Acesso Aquaviário**, frisa-se que a Concessionária será integralmente responsável pelo seu bom funcionamento. A modelagem foi idealizada para promover autoexecutoriedade dos contratos de dragagem (aprofundamento e manutenção), levantamentos hidrográficos, auxílios à navegação, *Vessel Traffic Service (VTS)* e demais funções correlatas. Com flexibilidade para tomada de decisões, a Concessionária poderá aproveitar sinergias de uso de equipamentos e terá plenas condições de garantir bom termo nos Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura exigidos. Devido à necessidade de transparência na aplicação dos recursos de manutenção e melhoria da Infraestrutura de Acesso Aquaviário, foi prevista a obrigatoriedade de apresentação periódica de documentação técnica em conformidade com a NORMAM-33/DPC.

5.60. As **competências legais da Administração do Porto de interface com outras autoridades** foram incluídas com base no disposto no art. 18 da Lei nº 12.815/13, e dizem respeito às atribuições sob coordenação da Autoridade Marítima e à Autoridade Aduaneira.

5.61. Sobre as **ações para o alcance dos Parâmetros Técnico-Operacionais da Infraestrutura**, vale lembrar a definição atribuída na Subcláusula 1.1.1.46 da minuta de contrato a esse termo, que corresponde às características técnicas operacionais mínimas a serem observadas na realização dos investimentos e das atividades pela concessionária, incluindo todos os códigos e regulamentos municipais, estaduais e federais aplicáveis, bem como normas da Marinha e padrões de projeto indicados pelas ABNT, ISO, IMO, MARPOL e PIANC. Nesse sentido, constam as obrigações de zelar e incentivar a adoção das melhores práticas de saúde ocupacional, segurança operacional e meio ambiente nos serviços desempenhados dentro da Área da Concessão, bem como organizar, proteger, preservar e prover ambiente seguro para a exploração do Porto Organizado. Além disso, a concessionária deverá obter as certificações ISO especificadas na minuta de contrato ou outras porventura determinadas pela ANTAQ. Deverá, ainda, prestar apoio técnico e administrativo ao Conselho de Autoridade Portuária e ao Órgão de Gestão de Mão De Obra, bem como estabelecer o REP, observadas as diretrizes do Poder Concedente.

5.62. Em relação à **gestão do Porto Organizado**, constam obrigações básicas relativas à manutenção de sistema de cobrança das tarifas portuárias, manutenção de banco de dados para geração de informações sobre as tarifas, dados estatísticos de tráfego de embarcações, entre outros. Destaca-se o dever de estabelecer e administrar um sistema de atendimento físico e eletrônico aos usuários e à comunidade local, bem como ouvidoria para apurar reclamações relativas à execução do Contrato de Concessão.

5.63. Quanto à **publicidade de dados e informações à sociedade**, constam obrigações diversas buscando propiciar os usuários e demais interessados dados relevantes sobre o Porto, tais como tabelas tarifárias, programação do uso do cais, resultados de levantamentos batimétricos, dados sobre filas de caminhões, entre outros, que deverão ser disponibilizados em sítio eletrônico.

5.64. No que tange a obrigação de constituição de **capital social mínimo**, informa-se que o valor de capital social foi definido como sendo 20% do CAPEX estimado da concessão, ou seja, R\$ 555.875.093,69. Importante consignar que a exigência de capital social mínimo é possibilitada pelo art 31 da Lei 8.666/93, sendo o montante limitado a 10% do valor estimado da contratação. Nessa sentido, informa-se que o capital social mínimo incluído como obrigação contratual atende ao critério legal citado.

5.65. Além do aspecto relacionado à mensuração do capital social mínimo, deve-se esclarecer, tecnicamente, que a obrigação é importante para a minimização dos riscos relacionados à execução do contrato, tendo em vista o elevado montante de investimentos mínimos obrigatórios e as demais obrigações relacionadas à prestação de serviço e aos demais encargos contratuais consignados na minuta de contrato. Adicionalmente, incluiu-se condição para autorização da redução dos valores de capital social mínimo pela ANTAQ, condicionando a redução do capital social

à demonstrar que os seus fluxos de caixa futuros são suficientes para o cumprimento das obrigações contratuais da concessionária.

5.66. No que tange à **responsabilidade da concessionária**, foram relacionados deveres cuja inobservância gera responsabilização por parte da Concessionária, tais como: posse, guarda, manutenção e vigilância dos Bens da Concessão; manutenção da integridade da área da concessão e das instalações portuárias; e ressarcimento do poder concedente de desembolsos decorrentes de determinações judiciais, em situações específicas.

5.67. No que diz respeito aos **seguros**, seguiu-se a linha do que tem sido adotado nos contratos de arrendamentos portuários, com as devidas adaptações. Nesse ponto, o regramento da minuta de contrato de desestatização da CODESA mostrou-se com grau de detalhamento insuficiente para o caso do Porto de Itajaí, tendo em vista a necessidade, neste caso, de significativos investimentos em instalações portuárias, detalhados no Anexo 1. Em razão disso, foi realizada uma especificação das modalidades de seguros a serem contratados, de modo a garantir que todas as etapas relevantes da implementação dos investimentos, sobretudo as etapas de realização de obras, sejam resguardadas de forma adequada.

5.68. Outra obrigação da concessionária diz respeito a **garantia de execução contratual**. A lei nº 8.666/93, em seu art. 56, trata das modalidades de garantia de execução contratual e dos limites de valores, que de acordo com o § 2º "não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo". Nesse sentido, foram definidos dois valores distintos de garantias de execução contratual, a saber: (i) R\$ 194.829.176,95 durante a vigência do contrato; e (ii) R\$ 77.931.670,7, pelo período de 24 meses após o término do contrato. Cumpre observar que os valores de garantia foram calculados, respectivamente, como sendo 2,5% do valor do contrato e 1% do valor do contrato, que se entende como adequados a correta execução contratual.

5.69. Adicionalmente, registra-se que a obrigação de manutenção de garantia por período após a vigência do contrato de concessão decorre da verificação de cumprimento de obrigações que podem ser verificadas após o prazo de vigência do contrato, como, por exemplo, as obrigações relacionadas a reversibilidade dos bens. Ainda, definiu-se, também, cláusula de reajuste dos valores da garantia de execução contratual, em acordo com a Lei nº 8.666/93.

Deveres da ANTAQ

5.70. No seu papel de agência reguladora, a ANTAQ possui a competência de fiscalizar a execução dos contratos de concessão de Porto Organizado. Conforme o art. 27, inciso XXVI, da Lei 10.233/01, cabe à ANTAQ "fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012". Disso decorrem os deveres estabelecidos na cláusula em questão, entre os quais regular a prestação das atividades, exigir obediência às disposições contratuais e regulamentares, rejeitar atividades que ponham em risco a segurança pública ou bens de terceiros, executar inspeções, entre outras do gênero.

5.71. A ANTAQ receberá anualmente da Concessionária um relatório com documentos técnicos relacionados à Infraestrutura de Acesso Aquaviário. De posse desse material, a agência terá condições de dar efetividade a sua competência de fiscalizar, dará publicidade aos Usuários e poderá tomar decisões acerca de Parâmetros Técnicos-Operacionais da Infraestrutura.

Remuneração da Concessionária

5.72. Conforme já mencionado nesta Nota Técnica, o modelo de concessão adotado para o Porto Organizado de Itajaí estabelece que a operação portuária será realizada pela própria Concessionária, permitida a contratação de operador portuário pré-qualificado. Além disso, entre as atribuições de administração do porto, a concessionária será responsável pela gestão da Infraestrutura de Acesso Aquaviário. Nesse modelo, a remuneração da concessionária será composta por receitas não tarifárias - em que se enquadra a cobrança de preço pela prestação do serviço de operação portuária - e de Receitas Tarifárias - em que se enquadra a cobrança de tarifa pelo uso da Infraestrutura de Acesso Aquaviário. O detalhamento referente às tarifas e preços está disposto no anexo 3 da minuta de contrato.

5.73. No que diz respeito às receitas não tarifárias, seguiu-se o padrão estabelecido nos contratos de arrendamentos portuários, de modo que a Concessionária poderá cobrar preço livre avençado entre as partes, quando se tratar de oferta de serviços aos usuários, bem como demais serviços acessórios. Ainda, a concessionária deverá observar as normas que regulam a prestação de serviço de movimentação e armazenagem de contêineres, constantes na Resolução Normativa nº 34/2019.

5.74. Já o valor da tarifa portuária relativa à Infraestrutura de Acesso Aquaviário será definido pela concessionária, observando-se o que couber o disposto na Resolução ANTAQ nº 32/2019 bem como o mecanismo de **Price Cap Receita Teto**. As tarifas constantes no grupo da Infraestrutura de Acesso Aquaviário remuneram, especificamente, a aquavia, abrigos, áreas de fundeio, canais e bacias de evolução, balizamento, sinalização e gerenciamento do acesso dentro da área do Porto Organizado, incluindo o Vessel Traffic System – VTS e sua operação.

5.75. Vale ressaltar que a tarifação deverá ser baseada em critérios objetivos e não discriminatórios, tais como horário, dia, sazonalidade, facilidades disponíveis para o usuário e nível de serviço.

5.76. Adicionalmente, no que concerne as receitas tarifárias da concessionária, destaca-se os mecanismos de regulação por incentivo introduzidos através dos Fatores Q e X. O Fator Q é uma medida de desempenho e de qualidade do serviço prestado pela concessionária, atrelado a tarifa. Os Indicadores de Qualidade de serviço estão definidos no PEP, bem como os efeitos sobre o reajuste tarifário em função de atingimento das metas estabelecidas contratualmente. No que tange o Fator X, a metodologia de aferição do Fator será regulamentada pela ANTAQ, sendo um mecanismo de compartilhamento dos ganhos/perdas de produtividade da indústria com os usuários através dos reajustes tarifários.

5.77. **Alocação de riscos**

5.78. No que se refere à cláusula de alocação de riscos, foi seguido em linhas gerais o modelo proposto no projeto de desestatização da CODESA, com a inclusão de ajustes e complementações.

5.79. Quanto aos riscos assumidos pela concessionária, destacam-se os seguintes:

- Riscos em geral relativos às obras e seus cronogramas;
- Prestação inadequada das atividades e descumprimento dos indicadores de desempenho;
- Obtenção, manutenção e renovação de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, incluindo os custos associados a tais medidas;
- Recuperação, remediação e gerenciamento de passivos ambientais, cabendo ao poder concedente o risco decorrente da remediação de passivos existentes identificados em até 12 (doze) meses contados da Data de Assunção;
- Não efetivação da demanda projetada por qualquer motivo, inclusive se a variação decorrer da implantação de novos portos organizados ou novas instalações portuárias privadas, dentro ou fora da Área de Influência do Porto Organizado;
- Variações de taxas de câmbio que afetem os custos da concessionária;
- Atrasos, paralisações, prejuízos, custos ou investimentos adicionais decorrentes de hipóteses de caso fortuito e força maior que, em condições normais de mercado, possam ser caracterizadas como evento segurável; e
- Eventuais passivos dos Contratos de Uso transferidos à Concessionária nos termos do Anexo 7.

5.80. Da mesma forma que nos arrendamentos portuários, os riscos relacionados à implantação do negócio, bem como à demanda e variações de taxa de câmbio, por exemplo, são atribuídos ao parceiro privado. A lógica seguida nesse caso é a de que a concessionária é a principal responsável pela implementação bem como pelos resultados do empreendimento. Também são atribuídos ao parceiro privado os riscos referentes às licenças ambientais.

5.81. No caso de passivos conhecidos, a concessionária terá até 12 (doze) meses para identificar passivos em relação aos quais a responsabilidade passa a ser atribuída ao poder concedente.

5.82. Quanto a responsabilidade relativa a caso fortuito ou força maior, destaca-se a premissa de que a concessionária é responsável pela contratação de seguros disponíveis para essas situações. A Concessionária apenas se exime de responsabilidade no caso de evento não segurável.

5.83. Quanto à Infraestrutura de Acesso Aquaviário, a alocação de riscos de projeto deve ser interpretado de forma extensiva. Os documentos técnicos utilizados para o dimensionamento das intervenções na Infraestrutura de Acesso Aquaviário possuem nível conceitual e, caberá à Concessionária detalhar suas propostas no âmbito do Plano Básico Ambiental (PBI). Os mecanismos de revisão tarifária atinentes à Infraestrutura de Acesso Aquaviário visam a minimizar riscos de desequilíbrio contratual, como ocorre nas hipóteses de criação, extinção ou alteração de tributos, superveniência de jurisprudência tributária vinculante. A minuta de contrato ainda faz ressalvas à obrigatoriedade de que tais situações sejam invocadas somente caso impactem nos custos da prestação dos serviços.

5.84. Já em relação aos riscos assumidos pelo poder concedente, destacam-se os seguintes:

- Custos relativos a obras novas requeridas, aprovadas ou que não tiveram óbice pelo Poder Concedente, não previstas originalmente no PBI;
- Atraso na emissão de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, caso sejam ultrapassados os prazos legais ou regulamentares máximos previstos para sua emissão pelas autoridades competentes, desde que a Concessionária não tenha dado causa ao atraso;
- Vícios ocultos em Bens Reversíveis transferidos à Concessionária pelo Poder Concedente, desde que tenham sido identificados em até 12 (doze) meses contados da Data de Assunção;
- Criação, extinção ou alteração de tributos, encargos legais ou de regulação tributária (excetuada a legislação dos impostos sobre a renda), ou, ainda, superveniência de jurisprudência tributária vinculante, que tenham impacto direto e comprovado nas Receitas Tarifárias ou no que impacte os custos operacionais da Infraestrutura de Acesso Aquaviário;

- Modificação promovida pelo Poder Concedente nos Parâmetros da Concessão, que cause impacto direto e comprovado nas receitas e despesas da Concessionária;
- Determinação à Concessionária para a incorporação de novas tecnologias prescindíveis para o alcance dos Indicadores de Desempenho, causando impacto direto e comprovado nas receitas e despesas da Concessionária;
- Risco decorrente da remoção do casco soçobrado do navio Pallas, no que ultrapassar o montante de R\$ 19.881.804 (dezenove milhões, oitocentos e oitenta e um mil, oitocentos e quatro reais).
- Caso o poder concedente identifique a necessidade de novas obras, assim como incorporação de tecnologias prescindíveis para o alcance dos parâmetros de desempenho, poderá solicitá-las à concessionária. Nesse caso, os custos não serão de responsabilidade do parceiro privado.

5.85. Quanto a emissão de licenças, apesar da regra ser a responsabilidade da concessionária, caso sejam ultrapassados os prazos máximos previstos pelas autoridades competentes, o poder concedente assumirá a responsabilidade.

5.86. No intuito de compartilhar o risco do negócio quanto a tributos com impacto nas receitas tarifárias ou nos custos operacionais da Infraestrutura de Acesso Aquaviário, o risco de criação, extinção ou alteração desses tributos foi atribuído ao poder concedente.

5.87. Destaca-se a inclusão de regra relativa à remoção do casco soçobrado do navio Pallas. Nos estudos de viabilidade, os custos relativos às intervenções necessárias para o saneamento dessa situação foram calculados e contabilizados no fluxo de caixa do empreendimento. Desse modo, o poder concedente responsabiliza-se somente em relação ao valor que porventura ultrapassar o montante calculado, indicado na minuta de contrato.

5.88. Deve-se ressaltar que foram inclusas nos riscos alocados ao poder concedente as alterações tributárias que tenham impactos diretos sobre a receita tarifária ou que impactem os custos operacionais das infraestruturas de acesso aquaviário. Do ponto de vista regulatório, deve-se fazer distinção entre as receitas advindas da prestação dos serviços portuários (movimentação e armazenagem de cargas) e as advindas da exploração das infraestruturas de acesso aquaviário. No primeiro caso, trata-se de definição de preço livre pela concessionária, observadas as regras e os parâmetros regulatórios dispostos na lei e nas resoluções da ANTAQ. Aqui, a concessionária detém capacidade de repassar os aumentos de custos ou as reduções de receitas ao preço, não havendo que se falar em risco alocável ao poder concedente, uma vez que a própria concessionária tem capacidade de gerenciar sua receita e seus custos, nesse ponto. Noutro giro, as receitas tarifárias, advindas da exploração das infraestruturas de acesso aquaviário, sofrem restrições tarifárias, qual sejam, processos de revisão e reajuste periódicos e atrelados a análise do regulador. Portanto, nesse segundo caso, a cláusula aloca o risco de alterações tributárias que impactem a receita tarifária e os custos operacionais atrelados às infraestruturas de canal aquaviário ao poder concedente.

Equilíbrio Econômico-Financeiro

5.89. São mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro o reajuste e a revisão tarifária, a revisão dos parâmetros da concessão, a proposta apoiada e a revisão extraordinária. Os itens abaixo buscam analisar, de forma mais pormenorizada, os aspectos de cada um desses mecanismos.

Reajuste e Revisão Tarifária

5.90. Os aspectos atinentes ao reajuste e a revisão tarifária são tratados pela regulação da ANTAQ através da Resolução Normativa nº 32/2019. Do ponto de vista contratual, os procedimentos para ambos institutos foram definidos tanto na minuta de contrato de concessão quanto no Anexo 3 - Tarifas e Preços.

5.91. Inicialmente, devem-se fazer considerações acerca das restrições tarifárias impostas pela minuta de contrato e pelo anexo 3. O modelo de concessão vislumbrado para o Porto Organizado de Itajaí, conforme descrito no PEP e no próprio contrato, prevê a operação direta da operação portuária de movimentação e armazenagem de cargas, ou seja, da operação de contêineres na área do Porto Organizado. Nesse ponto, a exploração do ativo demanda as mesmas regras de um terminal portuário de contêineres, uma vez que essa é a vocação primordial do Porto. Assim, no anexo 3, foram definidas as regras de prestação de serviços portuários, bem como de seus serviços acessórios, estabelecendo a cobrança de preços livres acordados entre as partes. Adicionalmente, estabeleceu-se que, para a exploração dessa atividade, o Concessionário deverá observar os parâmetros regulatórios definidos na Resolução Normativa nº 34, de 19 de agosto de 2019.

5.92. No que diz respeito a regulação tarifária, por diretriz do Poder Concedente, adotaram-se os mecanismos anteriormente previstos na desestatização da CODESA, quais seja, a regulação tarifária baseada em um modelo misto de regulação com *price cap* e *revenue cap*. Além desses mecanismos de regulação tarifária, o modelo agrega outros instrumentos relacionados à regulação por incentivo, como o Fator Q - medida de desempenho - e o Fator X - medida de eficiência. Assim, o modelo busca, através de incentivos específicos, estimular o concessionário a atingir determinados parâmetros relacionados a qualidade na prestação dos serviços remunerados pela respectiva tarifa, além de compartilhar as ganhas/perdas de produtividade para com os usuários. Uma das vantagens dessa forma de regulação, em relação ao modelo de regulação por custo, é a promoção de incentivos

para que a concessionária faça uma gestão mais prudente dos custos, forçando-a a buscarem níveis ótimos de produtividade e eficiência.

5.93. Assim, aproveitando-se do arcabouço regulatório aplicável à CODESA, a minuta de contrato e seus respectivos anexos trazem um conjunto de regras específicas relacionadas aos reajustes e às revisões tarifárias relacionadas a tarifa pelo uso das infraestruturas de acesso aquaviário.

Revisão dos Parâmetros da Concessão

5.94. A revisão dos parâmetros da concessão ocorrerá a cada 5 anos, contados da data de assunção. Nesse sentido, deve-se considerar que a referida revisão permitirá a determinação dos Indicadores de Qualidade de Serviço (IQS), da metodologia de cálculo do Fator Q e metodologia de cálculo do Fator X e dos Indicadores de Desempenho. Ainda, importante salientar que a revisão dos parâmetros da concessão depende de ampla discussão pública e serão regulados pela ANTAQ posteriormente.

Proposta Apoiada

5.95. A Proposta Apoiada constitui mecanismo de flexibilização regulatória cujo objetivo é permitir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e da eficiência na gestão portuária ao longo do período da Concessão. No caso da concessão do Porto Organizado de Itajaí, buscou-se definir o escopo de aplicação e melhor delimitar os usuários interessados no âmbito da Proposta. Assim, dadas as especificidades da presente concessão, buscou-se restringir o escopo da aplicação da proposta apoiada às regras de tarifação, indicadores de desempenho e parâmetros técnicos operacionais da concessão e novos investimentos no que diz respeito, apenas, às Infraestruturas de Acesso Aquaviário.

5.96. A delimitação mais precisa dos usuários que poderão, juntamente com a concessionária, apresentar proposta apoiada visa trazer maior objetividade ao instituto, facilitando o processo de elaboração da proposta e, em última instância, aumentando a efetividade do instrumento contratual proposto.

5.97. Por outro lado, a delimitação do escopo, restringindo a aplicação do instituto apenas às infraestruturas de acesso aquaviário busca, sobretudo, evitar que a prestação dos serviços portuários de movimentação e armazenagem de cargas seja impactado pelo instituto, uma vez que preza-se, na operação portuária, pela liberdade do concessionário. Noutra giro, entende-se que, no que diz respeito às infraestruturas de acesso aquaviário, a proposta apoiada é importante mecanismo de flexibilização regulatória, sendo plenamente aplicável ao caso concreto. A possibilidade de flexibilizações, através da proposta apoiada, para alterar as restrições tarifárias aplicáveis, estabelecer indicadores de desempenho e a realização de novos investimentos são benéficas tanto à regulação quanto aos usuários, uma vez que alinha os objetivos da regulação a prestação regular e com qualidade do serviço.

Revisão Extraordinária

5.98. No que tange a revisão extraordinária, tece-se considerações acerca do valor definido para a definição de impacto relevante no âmbito da minuta de contrato. Inicialmente, sublinha-se que, no caso da concessão da CODESA, a definição de impacto relevante estava atrelada a 1% da receita bruta média da concessionária. No caso concreto em análise, como já discorrido em outros tópicos dessa Nota Técnica, evitou-se utilizar o parâmetro da receita bruta para definição das regras contratuais, tendo em vista a possibilidade de verticalização e o decorrente relacionamento com partes relacionadas. Assim, buscou-se estimar, de partida, a definição do impacto relevante como um montante representativo e relacionado a receita bruta estimada da concessionária ao longo do horizonte contratual. Assim, o valor de R\$ 8.401.003,22 corresponde a 1% da receita bruta (sem receita de construção) estimada para o horizonte contratual da concessão

5.99. Além de normas procedimentais, a cláusula traz, também as formas de implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a saber: (i) alteração do valor das tarifas portuárias; (ii) alteração do prazo da concessão; (iii) alteração das obrigações contratuais; (iv) revisão da contribuição variável; e (v) outra forma definida de comum acordo entre Poder Concedente e a Concessionária (como, por exemplo, a utilização dos recursos da conta vinculada).

Fiscalização

5.100. Quanto à fiscalização, a minuta de contrato define aspectos relacionados à competência e a forma, esclarecendo os direitos da ANTAQ quanto ao processo de fiscalização.

Penalidades

5.101. Quanto às penalidades, sublinha-se que a Resolução nº 3274 - ANTAQ, de 6 de fevereiro de 2014, dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas. Adicionalmente, a Resolução nº 3259 - ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ. Dessa forma, tendo em vista a existência de duas normas que tratam tanto das infrações quanto do processo sancionador, a minuta de contrato de concessão faz referência às normas e regulamentos vigentes, cujas penalidades e procedimentos sancionadores serão aplicados à **Concessionária**, "conforme disposto na regulamentação da ANTAQ".

5.102. Ao mesmo passo, o Plano de Exploração Portuária - PEP, traz critérios de dosimetria para algumas infrações contidas no Anexo 1. Assim, as minutas de contrato e a minuta de anexo 1 trazem, além da remissão às normas sancionadoras vigentes, outros aspectos relacionados a natureza da infração, sendo classificadas como "leve, média, grave e gravíssima", em acordo com o art. 35 da Resolução nº 3259/2014 - ANTAQ.

Financiamento e Acordo Tripartide

5.103. O regramento relacionado ao financiamento da concessão tem seus requisitos dispostos em cláusula própria da minuta de contrato e, também, no Anexo 6 ao contrato. Resumidamente, as regras discorrem acerca da responsabilidade pelo financiamento necessário ao desenvolvimento das atividades do contrato, alocado exclusivamente à concessionária, sobre os direitos dos financiadores frente a concessionária - incluindo o disposto no artigo 27-A da Lei nº 8.987/1995. Dentre esses direitos, destacam-se a transferência do controle ou da administração temporária da concessionária pelos financiadores, bem como os requisitos para essas hipóteses.

5.104. Adicionalmente, é facultado aos financiadores a celebração de Acordo Tripartide, cuja minuta referencial e não vinculante está disposta no Anexo 6, e que tem por objetivo disciplinar os direitos dos financiadores frente a concessão, sendo eles: (i) adimplir as obrigações pelas quais a Concessionária estiver em mora frente ao Poder Concedente e/ou ANTAQ; (ii) assumir temporariamente a administração da Concessionária para promover sua reestruturação financeira e, posteriormente, retornar à Concessionária a execução das atividades associadas ao Contrato de Concessão - Administração Temporária; (iii) assumir o controle societário da Concessionária, mediante a consolidação da propriedade resolúvel de ações previamente transferidas em garantia, ou outra forma de garantia possível, nos termos do artigo 27-A, §3º, da Lei nº 8.987/1995, para promover a reestruturação financeira da Concessionária e assegurar a continuidade das Atividades objeto da Concessão - Assunção de Controle; (iv) nas hipóteses previstas no Acordo Tripartite, transferir os direitos da Concessionária oriundos do Contrato de Concessão a terceiro - Transferência da Concessão; e (v) exercer demais prerrogativas previstas nos Documentos do Financiamento, inclusive o vencimento antecipado da dívida e a consequente execução de garantias ofertadas pela Concessionária no âmbito dos Documentos de Financiamento.

5.105. Importante notar que a faculdade de celebração do Acordo Tripartide traz segurança jurídica às partes, uma vez que, na hipótese de sua assinatura, disciplina a forma e os procedimentos relacionados a administração temporária, a assunção do controle e a transferência da concessão, dentre outros. Assim, na eventualidade de exercício dos direitos legais dos financiadores em face da concessionária, o regramento, as etapas e os procedimentos do exercício do direito estarão previamente disciplinadas.

5.106. Cumpre frisar que as regras previstas na minuta de contrato seguem em linha com as práticas adotadas para a concessão da CODESA. Quanto ao Anexo 6, foram feitos ajustes no que diz respeito ao período de exercício, uma vez que, no caso da concessão do Porto Organizado de Itajaí, os indicadores de desempenho não tem efeitos diretos sobre as receitas, não havendo que se falar em qualquer tipo de desconto na remuneração da concessionária.

Intervenção

5.107. Os procedimentos e as hipóteses relacionadas à intervenção do Poder Concedente na concessão foram disciplinadas na minuta de contrato e estão em linha com o regime aplicável aos instrumentos contratuais previstos na concessão da CODESA.

Prorrogação do Contrato de Concessão

5.108. Os requisitos para a prorrogação do contrato de concessão são disciplinados no disposto do art. 19 do Decreto nº 8.033/2013. Adicionalmente, e sem prejuízo do cumprimento dos requisitos legais e regulamentares exigíveis, a minuta de contrato traz previsão de análise de oportunidade e conveniência por parte do Poder Concedente, sendo indicados itens mínimos relacionados a análise. Ainda, a cláusula prevê a inexistência de direito subjetivo à prorrogação por parte da concessionária.

Extinção do Contrato de Concessão

5.109. As hipóteses de extinção dos contratos de concessão são estabelecidas no art. 35 da Lei nº 8.987/1995.

5.110. Na minuta de contrato de concessão foram adotadas como base as hipóteses referidas no dispositivo mencionado. Ademais, o detalhamento de cada hipótese seguiu o padrão constante na minuta de contrato relativa ao processo de desestatização da CODESA.

5.111. Desse modo, a concessão considerar-se-á extinta, observadas as normas legais específicas, quando ocorrer: término do prazo do contrato; encampação; caducidade; rescisão por iniciativa da concessionária; anulação; por acordo entre as partes; ou falência ou extinção da concessionária. Foi prevista a extinção por acordo entre as partes visando possibilitar essa hipótese caso haja interesse recíproco. Além dos casos previstos, a ocorrência de caso fortuito ou força maior que não seja de responsabilidade da concessionária poderá, também, ensejar a extinção da concessão.

Bens da Concessão e Bens Reversíveis

5.112. Os dispositivos que regem os bens da concessão e os bens reversíveis encontram-se tanto na minuta de contrato de concessão quanto em seu anexo 8. Dentre as principais cláusulas, destaca-se a definição de bens reversíveis e a previsão de que os investimentos realizados serão amortizados no prazo da concessão. Ainda, a cláusula versa sobre o sistema de controle patrimonial e os procedimentos para a alienação e desfazimento de bens reversíveis, destacando-se a sistemática de prévia anuência, além de outras regras procedimentais.

5.113. O anexo 8, por sua vez, apresenta uma lista inicial de bens reversíveis, a obrigatoriedade de realização de inventário inicial pela concessionária, a definição das áreas da concessão e a lista de imóveis, com suas respectivas matrículas, cuja posse serão imediatas na data de assunção. Quanto a esses pontos, deve-se esclarecer que a distinção entre área da concessão e a área do porto organizado foi registrada em função dos ajustes necessários quanto à divisão a exploração das áreas não operacionais, como a marina, e o Centro Comercial Portuário, por exemplo, que, nesse momento, foram segregados da área da concessão.

5.114. Quanto à lista de matrículas com imissão de posse imediata, ressalta-se que a lista é resultado do due diligence realizado pelo Consórcio Demarest/Exe/Mind.

5.115. **Consulta aos Usuários**

5.116. As regras de Consulta aos Usuários têm como finalidade induzir a efetiva cooperação e compartilhamento de informações entre concessionário e partes interessadas relevantes, promovendo acordos e soluções negociadas entre as partes. O procedimento traz como vantagem o aumento do número de partes interessadas que exercem controle social das atividades da concessionária em relação à composição do CAP em temas da gestão do porto organizado que geram externalidades.

5.117. O escopo mínimo do procedimento de Consulta aos Usuários consiste em: (i) modificações e atualizações de propostas previstas no PEP; (ii) elaboração, alteração ou atualização do PDZ; (ii) elaboração, alteração ou atualização do REP; e (iv) elaboração e atualização do PRSC.

5.118. Ainda, foram definidas boas práticas que servem de referência para a efetiva consulta aos usuários, bem como demais regramentos procedimentais necessários a efetividade do mecanismo contratualmente previsto.

Comitê de Resolução de Disputas

5.119. Em linha com as demais iniciativas do Governo Federal no tocante à desestatização das Autoridades Portuárias brasileiras, manteve-se, no caso concreto, as regras relativas ao Comitê de Resolução de Disputas. Entende-se que o mecanismo, no caso da concessão do Porto Organizado de Itajaí, é importante para a correta execução contratual, sendo um fórum de prevenção de desacordos e solução de divergências. Assim, aos moldes do proposto na concessão da CODESA, não se vislumbraram alterações nas regras previstas naquele instrumento contratual, sendo mantidos os mesmos procedimentos.

Arbitragem

5.120. Quanto às disposições relacionadas a Arbitragem, buscou-se, mais uma vez, um alinhamento para com as regras, hipóteses e procedimentos arbitrais propostos para a desestatização da CODESA, não se vislumbrando alterações relevantes nos dispositivos contratuais.

6. CONCLUSÃO

6.1. Feitas as considerações acerca das minutas de edital e de contrato (SEI 4650855 e 4784197), entende-se que essas estão aptas, do ponto de vista legal e técnico, para análise do Poder Concedente e da ANTAQ, uma vez que as minutas de documentos jurídicos que suportam os procedimentos tendentes à desestatização do Porto Organizado de Itajaí atendem aos requisitos mínimos estabelecidos na Lei nº 12.815/2013, no Decreto nº 8.033/2013 e das leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95, no que couber.

À consideração superior.

Brasília, 28 de setembro de 2021.

FERNANDO CORREA DOS SANTOS

Coordenador da Gerência de Estruturação de Projetos 1

GUILHERME MORES

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

THILO MARTIN ZINDEL

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

MARCELO FERREIRA NUNES

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

RÔMULO CASTELO BRANCO GOMES DE ARAÚJO

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

CONRADO DA SILVEIRA FREZZA

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

EDGARDO ERNESTO CABRERA CHAMBLAS

Assistente Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

LEONARDO TAKEI KAWATA

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

VINÍCIUS LUCIANO TOLEDO DOS SANTOS

Assessor Técnico da Gerência de Estruturação de Projetos 1

FERNANDO DE CASTILHO

Gerente de Estruturação de Projetos 1

[1] A avaliação do mercado de terminais portuários dedicados à contêineres no Estado de Santa Catarina foi motivada pelo fato da operação resultar em sobreposição horizontal entre o terminal arrendado no Porto de Itajai à APM Terminals, do grupo econômico da Maersk, e o Terminal de Uso Privado (TUP) Itapoá, que, à época, possuía participação da Aliança Navegação e Logística Ltda., subsidiária da Hamburg-Sud.

[2] Anexo do PARECER N° 26/2017/CGAA3/SGA1/SG/CADE, de setembro/2017, que motivou a deliberação sobre o caso. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPUH1qOqaZnSA_AXs9gIP95I9Ccv-s-aLnYXF6ZwtsvEsoSqoMTWLLispAKY1JfL4w0BTOexCf8wHJJl5pE – acesso em: 02/09/2021.

[3] Disponível em: https://conteudos.xpi.com.br/fundos-imobiliarios/relatorios/brz-infra-portos-uma-oportunidade-no-setor-de-infraestrutura/?utm_campaign=Initiation+BRZ+-+PORT&utm_content=Acesso+Bloqueado+%281%29&utm_medium=email&utm_source=EmailMarketing&utm_term=Initiation+BRZ+-+PORT – acesso em 02/09/2021.

[4] Fonte: <https://www.marineinsight.com/know-more/11-major-container-terminal-operators-in-the-world/> - acesso em: 29/07/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Corrêa dos Santos, Coordenador(a)**, em 29/10/2021, às 17:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Mores, Assessor Técnico II**, em 29/10/2021, às 17:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Takei Kawata, Assessor Técnico IV**, em 29/10/2021, às 17:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Conrado da Silveira Frezza, Assessor Técnico II**, em 29/10/2021, às 18:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.infraestrutura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4747842** e o código CRC **53CE5C81**.



Referência: Processo nº 50840.101715/2021-06



SEI nº 4747842

