



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

BÁRBARA ÉVELYN ARÁUJO FIGUEIRÊDO

**PARTICIPAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS DE
MANEJO, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS
URBANOS.
ANÁLISE JURÍDICA**

Salvador

2018

BÁRBARA ÉVELYN ARAÚJO FIGUEIRÊDO

**PARTICIPAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS DE
MANEJO, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS
URBANOS.
ANÁLISE JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Pós-Graduada, pela Faculdade de
Baiana de Direito.

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

BÁRBARA ÉVELYN ARAÚJO FIGUEIRÊDO

**PARTICIPAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS DE
MANEJO, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS
URBANOS.
ANÁLISE JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Pós-Graduada, pela Faculdade de
Baiana de Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

FIGUEIRÊDO, Bárbara Évelyn Araújo. **Participação Público-Privada no âmbito dos serviços de manejo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos: Análise Jurídica.** 2018. 82 f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018.

RESUMO

Considerando a necessidade de atendimento à Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010, no âmbito municipal, com a promoção e oferta da prestação dos serviços públicos essenciais de manejo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos, o presente trabalho tem como objetivo oferecer solução ao referido problema, construindo a modelagem jurídica adequada para a operação dos referidos serviços, com enfoque na Participação Público-Privada e na Concessão Administrativa.

Palavras-Chave: Política Nacional de Resíduos Sólidos – Municipal – Participação Público-Privada - Concessão Administrativa.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS	9
3.	MODALIDADES E FORMAS DE CONTRATAÇÃO	9
3.1.	CONCESSÃO COMUM.....	10
3.2.	PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	11
3.2.1.	Concessão Patrocinada	13
3.2.2.	Concessão Administrativa	15
4.	ANÁLISE DE VIABILIDADE JURÍDICA DO MODELO PROPOSTO	15
5.	PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	18
6.	CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO	19
7.	CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	22
7.1.	QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.....	23
7.2.	QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	25
8.	REQUISITOS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.....	31
9.	EVENTUAIS CONTRAPARTIDAS A SEREM PAGAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. RECEITAS ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES E ACESSÓRIAS.....	33
10.	DOS AGENTES E SUAS RESPONSABILIDADES	35
10.1.	CONSÓRCIO MUNICIPAL.....	35
10.2.	MUNICÍPIOS INTEGRANTES DO CONSÓRCIO	37
10.3.	CONCESSIONÁRIA	38
10.4.	AGÊNCIA REGULADORA	39
11.	MATRIZ DE RISCO E MEDIDAS MITIGADORAS	41
12.	DAS OBRIGAÇÕES.....	42
12.1.	DO PODER CONCEDENTE.....	43
13.	ESTRUTURA DAS GARANTIAS	46
13.1.	VINCULAÇÃO DE RECEITAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO.....	49
13.2.	UTILIZAÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS PREVISTOS EM LEI.....	56
13.3.	CONTRATAÇÃO DE SEGURO-GARANTIA.....	57
13.4.	GARANTIA PRESTADA POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	59
13.5.	EMPRESA ESTATAL OU FUNDO GARANTIDOR.....	61
14.	ASPECTOS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	64
14.1.	ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	65

14.2. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	68
14.3. ASPECTOS AMBIENTAIS	71
14.4. ASPECTOS TRABALHISTAS E FISCAIS	73
15. DAS COOPERATIVAS.....	75
16. DA INSTITUIÇÃO DA TAXA DE LIXO	78
17. CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	90

1. INTRODUÇÃO

A gestão e o gerenciamento dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos constituem-se em um dos maiores desafios enfrentados por administrações públicas. A falta de planejamento integral dos sistemas de resíduos sólidos caracteriza o principal entrave ao manejo adequado, afetando a abrangência da coleta, que não atende a malha urbana total; sistemas de disposição final inadequados; falta de dispositivo legal que regulamente e promova a cobrança dos serviços; soluções individuais predominantes, com custos de implantação e operação e per capita muito maiores nos pequenos municípios pela ausência de escala.

A gestão de resíduos sólidos pode ser definida como o conjunto de ações voltadas para o planejamento e desenvolvimento de políticas públicas, englobando todas as atividades que compreendam a macro administração dos resíduos sólidos, atendendo a leis e normas relacionadas nas três escalas de poder.

O gerenciamento dos resíduos sólidos é parte integrante da gestão, constituindo-se na administração dos aspectos mais imediatos de todas as etapas referentes ao manejo e destinação final dos resíduos sólidos, destacando-se as questões de responsabilidade e de envolvimento dos setores da sociedade. O gerenciamento dos resíduos sólidos deve estar coadunado e materializado nas suas práticas cotidianas, nas medidas de prevenção e correção dos problemas, vislumbrando a preservação dos recursos naturais, a economia de insumos e energia e a minimização da poluição ambiental.

A efetivação de soluções aptas ao atendimento das políticas públicas voltadas para o setor de resíduos sólidos encontra óbice, sobretudo, em dificuldades de ordem técnica e jurídica, já que a promoção e oferta da prestação dos serviços públicos essenciais de manejo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos, exigem complexa estruturação para cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010.¹

Outro aspecto muito relevante que interfere negativamente no gerenciamento dos resíduos sólidos por parte dos municípios refere-se à sustentabilidade financeira e à taxação do leque de serviços que integram a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Em termos gerais, no país, a cobrança dos serviços de limpeza pública é arrecadada em conjunto com outros tributos, dificultando o acesso preciso ao montante arrecadado e destinado aos serviços ligados à coleta,

¹BRASIL. Lei n.º 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acessado em: 09/12/2018.

transporte, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos urbanos; ou, pior, sequer são cobrados.

Diante deste quadro, percebe-se que muitos municípios convivem com uma condição precária no tocante aos serviços de manejo e destinação final dos resíduos sólidos urbanos. Assim, a presente monografia pretende solucionar o referido problema, construindo a modelagem adequada para a operação do serviço de manejo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos.

2. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O Projeto de Lei nº 203/1991, dispunha sobre acondicionamento, coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos de serviços de saúde, com a finalidade de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro normas que regulassem a gestão de resíduos sólidos.

A Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, representa um marco legal de extrema importância para garantia da adequada destinação dos resíduos sólidos e desenvolvimento sustentável.

No entanto, antes da supracitada Lei, muitas foram as tentativas de regulamentar e estabelecer diretrizes e políticas públicas capazes de promover a coleta seletiva, erradicação dos lixões, responsabilização dos geradores de resíduos, tratamento e disposição final aos resíduos.

A criação da Política Nacional de Resíduos Sólidos se deu de forma multidisciplinar, levando em consideração os possíveis impactos e todos os aspectos que interferem no âmbito social, histórico, econômico, ambiental, tecnológico e de saúde pública.

O intuito maior era implantar no Brasil um modelo que garantisse de forma eficiente o desenvolvimento sustentável, garantindo-se bons resultados na economia, bem como promovendo a geração de emprego e ao mesmo tempo adotando medidas para diminuir a degradação do meio ambiente. Trata-se também de um meio para prevenir que o processo de urbanização e adensamento da população levasse ao depósito desordenado de resíduos.

3. MODALIDADES E FORMAS DE CONTRATAÇÃO

Inicialmente, esclarece-se que a escolha acerca da contratação deve observar uma série de requisitos legais, bem como a natureza do serviço a ser contratado e a necessidade do Poder Contratante.

Objetivando identificar a melhor e mais adequada modalidade para o objeto a ser licitado, impõe-se a analisar as principais alternativas de contratação admitidas no âmbito da contratação pública para o objeto que se pretende licitar.

3.1. CONCESSÃO COMUM

De acordo com a Lei nº 8.987/1995, art. 2º, inciso II², a concessão de serviço público corresponde à delegação da prestação do serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Analisado a definição legal, tem-se que para Concessão Comum é necessário que a prestação do serviço público a ser licitado seja de natureza obrigatória, contínua, universal e permanente por parte do Ente Público, bem como seja admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro a sua exploração econômica e, por fim, que o serviço seja objeto de remuneração tarifária.

Considerando, ainda, que o serviço prestado através da denominada Concessão Comum, apenas será remunerado especificamente por tarifas pagas diretamente pelo usuário, sem qualquer aporte do Poder Concedente, tem-se que o serviço objeto da concessão precisa ser passível de individualização, permitindo-se que seja atribuído a cada usuário uma tarifa específica.

Nesse contexto, a Concessionária poderá organizar o negócio com certa margem de liberdade para idealização e planejamento de investimento financeiro do projeto, possibilitando de forma mais ampla o sucesso do negócio. Além disso, o simples fato do serviço ser essencial já garante à Concessionária um grande público consumidor.

Por óbvio que, embora a Concessionária tenha mais liberdade financeira para administrar o projeto do que o próprio Poder Público, isto não significa dizer que a Administração Pública concede uma “carta em branco” para a Concessionária. Pelo contrário, o Contrato de Concessão impõe uma série de obrigações para Concessionária, a qual fica obrigada inclusive a prestar o serviço contratado em locais que não garantam um bom retorno financeiro.

Relativamente aos riscos que emergem dessa relação firmada entre o Poder Concedente e a Concessionária, tem-se que a sua alocação deve se dar de forma específica, expressa e em sede de Instrumento Contratual.

² BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

Em verdade, o contingenciamento dos riscos e a sua alocação não deve ocorrer de forma desordenada, não devendo, portanto, ser atribuído todos os riscos do negócio à Concessionária, haja vista quanto mais arriscado é o negócio, maior será os custos da contratação. A cerca do tema a doutrina assevera:

Portanto, a concessão comum envolve, por certo, um arranjo pelo qual o particular (concessionário) assume riscos nos termos do que dispuser o pacto concessório (contrato). E devem ser transferidos ao particular os riscos que digam com sua capacidade de bem explorar o serviço (riscos de custo, riscos de demanda, por exemplo), ficando com o Poder Público aqueles riscos dificilmente evitáveis pela diligente ação do privado (risco político, riscos de alteração legislativa, riscos derivados de força maior, por exemplo).³

Considerando os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos, infere-se que se trata de serviço público de natureza obrigatória, contínua, universal e permanente, bem como é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro a sua exploração econômica. No entanto, o objeto a ser licitado não guarda as características de um serviço remunerado única e exclusivamente por tarifa, haja vista a dificuldade prática de se estabelecer métodos precisos e capazes de contingenciar a fruição do serviço por usuário.

Ademais, bem observada a realidade socioeconômica encontradas na grande maioria dos municípios, para viabilizar o projeto, além de eventual tarifa a ser cobrada do usuário, faz-se indispensável para fechamento da equação econômico e financeira do negócio aporte a ser realizado direta ou indiretamente pelo Poder Concedente, circunstância que atrai, desde logo, a necessidade de se estabelecer garantias ao contratado.

Diante dessas considerações, infere-se que, para os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos, a Concessão Comum não encontra sede legal, revelando-se inapropriada para o caso em tela.

3.2. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A Parceria Público-Privada consiste no contrato administrativo de concessão, firmado entre o Poder Público e um parceiro privado, garantindo à Administração Pública, através de

³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões, I ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 184.

investimentos privados, tenha uma maior flexibilidade na estruturação de projetos de infraestrutura.

Trata-se de um contrato que precisa respeitar requisitos básicos, a exemplo de: (i) valor mínimo do Projeto é de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e (ii) prazo contratual mínimo de 05 (cinco) anos e máximo de 35 (trinta e cinco) anos.

Com o advento da Lei n° 11.079/2004⁴, instituiu-se novas possibilidades de remuneração da Concessionária, por meio das Concessões Patrocinadas e Concessões Administrativas, possibilitando as concessões de serviços/obras que antes não eram factíveis no âmbito da Concessão Comum.

Outros fatores impulsionaram o desenvolvimento das PPP's no âmbito das contratações públicas, como, por exemplo, aumentar o investimento em infraestrutura sem endividar a Administração Pública e transferências de riscos do Poder Concedente para Concessionária.

Destaca-se, ainda, nas PPP's o oferecimento de garantias pelo Poder Concedente, um instrumento de atratividade para o mercado e de importância primordial para a viabilização dos projetos. Assim, as garantias serão oferecidas para que se tenha certeza de que, qualquer que seja o Governo, as obrigações contratuais assumidas serão integralmente cumpridas ou, caso não o sejam, os investidores terão formas de assegurar a receita contratada.

As garantias às obrigações pecuniárias da Administração Pública nos contratos de PPP estão dispostas no artigo 8º da Lei n.º11079/04 sendo elas: (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei. O parágrafo único do artigo 11 da referida Lei, por sua vez, estabelece que o edital de licitação deverá especificar as garantias a serem concedidas ao parceiro privado. Portanto, as garantias acima podem ser prestadas em caráter cumulativo e não exclusivo.

As PPP's possuem um rito a ser seguido, a fim de garantir o objeto a ser licitado se trata de um projeto com adequação e viabilidade. Para tanto, faz-se necessário a prévia autorização da autoridade competente, devidamente fundamentada em estudo técnico que demonstre a

⁴ BRASIL. Lei n° 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

conveniência e a oportunidade da contratação, justificando a opção pela forma de parceria público-privada.

3.2.1. Concessão Patrocinada

Nos termos da Lei nº 11.079/2004, a Concessão Patrocinada⁵ é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei de Concessão Comum, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Quer dizer que o Poder Público poderá implementar a Parceria Público-Privada, modalidade Concessão Patrocinada, para os mesmos serviços licitados pela Concessão Comum, sendo que a diferença mais significativa entre as modalidades reside na forma de remuneração da Concessionária.

Enquanto que na Concessão Comum a remuneração é feita integralmente através da tarifação, na Concessão Patrocinada a remuneração da Concessionária se dá por meio das tarifas, contraprestação pecuniária e do aporte público⁶.

A contraprestação pecuniária será adimplida pelo Poder Concedente à Concessionária, desde que comprovada a performance desta, servindo como complemento à contraprestação tarifária, para remunerar o custo unitário. Trata-se, portanto, de subsídio direto para garantir a redução do valor tarifário.

⁵ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

⁶ Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

(...)

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Já o aporte público tem a finalidade de ressarcimento da Concessionária pelos investimentos feitos ou que ainda serão feitos, tudo em estrita consonância com o Edital de Licitação e Contrato, sendo que em contrapartida o Poder Concedente é beneficiado pelo barateamento do custo da contraprestação.

Sim, pois a contraprestação complementa a receita tarifária com vistas a ressarcir todos os custos do concessionário, mais sua margem de lucro. Se o custo de formação necessário para prestar o serviço (investimentos nos bens de suporte à prestação) é ressarcido por meio do aporte, menor é o custo financeiro exigido para que o pagamento se dilua em contraprestações desembolsadas ao longo da concessão.

(...)

Diz a lei (art. 7º, § 2º) que os aportes devem ocorrer durante a realização dos investimentos, guardando proporcionalidade com as parcelas efetivamente invertidas, consoante marcos a serem previamente definidos no contrato (art. 5º, inc. XI).

Nota-se que o caso dos aportes não se exige uma precedência efetiva da conclusão do investimento para transferência dos valores, mas sim uma concomitância e uma relação de proporcionalidade. Descabe, pois, em relação aos aportes, falar em medição ou aferição da parcela de investimento executada, eis que o regime previsto na lei para essa parcela não é da remuneração, mas de compartilhamento de investimentos nos bens do ativo público.⁷

Dessa forma, embora a norma legal autorize que o Poder Concedente promova aportes públicos e contraprestação pecuniária adicional à tarifa, a Concessão Patrocinada tem o seu objeto restrito a serviços passíveis de remuneração direta e individualizada pelo usuário.

Temos, então, que o objeto da concessão patrocinada deve corresponder a uma atividade prestacional atribuída ao Estado, patrocinada de exploração econômica e apta a permitir a fruição individualizada pelo cidadão, e ela é objeto de concessão patrocinada pelo fato de o poder concedente entender cabível e necessário dispendir recursos públicos para evitar que os custos do serviço sejam integralmente transferidos aos usuários.⁸

Por vezes, a concessão patrocinada esbarra em dificuldades práticas de identificar o usuário, no caso em análise, reclama a existência de cadastro confiável, a quantidade de serviço por ele especificamente utilizado e a capacidade de pagamento pelo serviço de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*, I ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 207.

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*, I ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 204.

3.2.2. Concessão Administrativa

Já a Concessão administrativa, de acordo com a Lei 11.079/2004⁹, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Diferente da Concessão Patrocinada, a Concessão Administrativa é não tarifária e obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato.

De certo modo, a Concessão Administrativa se assemelha com as contratações celebradas com base na Lei 8.666/1993¹⁰, haja vista que a Concessionária é contratada para prestar determinado serviço e recebe sua contraprestação diretamente do Poder Público.

Contudo, o curto prazo de 05 (cinco) anos da Lei de Licitações inviabiliza investimentos altos, uma vez que dentro desse intervalo de tempo, a Contratada não conseguiria amortizar os investimentos.

No caso em tela, a presente monografia visa demonstrar a viabilidade de contratação, por longo período, de obras e serviços em único instrumento, garantindo-se conjuntamente a amortização dos custos, a exploração do serviço pelo parceiro privado por mais tempo, despertando o interesse dos entes privados em acorrer ao certame e promover os investimentos necessários.

4. ANÁLISE DE VIABILIDADE JURÍDICA DO MODELO PROPOSTO

A implementação e operação dos serviços de manejo de Gestão dos Resíduos Sólidos exigem, necessariamente, uma infraestrutura complexa, haja vista que a necessidade de adoção de uma tecnologia apta e eficiente no tratamento dos resíduos sólidos, implantação e operação de unidades de transbordo e aterro sanitário, recebimento e pesagem dos resíduos, organização interna dos empreendimentos, forma de transporte dos resíduos, investigação preliminar dos

⁹ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

¹⁰¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

lixões, desenvolvimento de programas ambientais, análise do impacto sócio econômico da implantação dos empreendimentos e promoção da logística reversa.

Nesse sentido, a infraestrutura logística a ser montada é determinante para o desenvolvimento socioeconômico e ambiental de uma região, mas o volume de recursos necessários para atingir o nível de serviços desejáveis para essa infraestrutura nem sempre é compatível com a capacidade financeira do poder público.

Destaca-se que a atividade de manejo e gestão dos resíduos sólidos tem interesse e relevância coletiva e abrange não só a implementação da política nacional de resíduos sólidos, como interfere positivamente na saúde pública, garantindo um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por essa razão, busca a satisfação do interesse da coletividade.

De acordo com Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos, a gestão integrada de resíduos sólidos é conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (art. 3º, XI¹¹).

Com efeito, dentre os objetivos e princípios da PNRS (arts. 6º, III, e 7º, VII, da Lei 12.305/2010¹²), tem-se a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública, o que revela de forma ainda mais categórica a complexidade do serviço a ser prestado, haja vista a sua multidisciplinariedade.

Consoante já demonstrado, o serviço de manejo e gestão de resíduos sólidos correspondem a serviços públicos essenciais, incluídos no âmbito do saneamento básico e, por conseguinte, o seu exercício é da titularidade dos Municípios e o Distrito Federal, tendo em vista que correspondem a serviço de interesse e impacto local.

Conforme visto anteriormente, tanto a Concessão Comum quanto a Concessão Patrocinada são modalidades utilizadas para licitar serviços/obras passíveis de utilização individual pelos usuários, sendo necessário, de forma total ou parcial, a contraprestação tarifária.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

¹² BRASIL. Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos se dividem em uma parcela passível de quantificação (resíduos que tem origem nas residências) e outra parte que não possui usuários determinados (resíduos que tem origem em lixeiras públicas).

Sucedem que, muito embora seja possível individualizar quantidade cada usuário produz de resíduo e, por conseguinte, o quanto cada usuário utilizaria dos serviços, importa evidenciar que seria extremamente difícil viabilizar esse procedimento, em razão dos seguintes motivos: (i) a necessidade de integração entre o serviço de coleta e os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos; (ii) os custos para promover essa individualização.

É preciso ter em mente que os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos se iniciam com o descarregamento dos resíduos em unidades de transbordo ou no próprio aterro sanitário. Sendo assim, se não há um levantamento no momento da coleta acerca do quanto cada usuário utilizará do serviço, a Concessionária/empresa a ser contratada também não poderá fazê-lo, haja vista que chegará ao seu empreendimento resíduos misturados, oriundos de milhares usuários, sendo impossível a individualização.

De outro lado, não se pode ignorar que não é uma tarefa simples fazer o levantamento acerca da quantidade de resíduo que cada usuário está descartando. Nesse contexto, diante da complexidade deste procedimento, os custos seriam elevadíssimos, o que inviabilizaria a Concessão Comum ou Patrocinada.

Com efeito, cabe a Administração atender à coletividade no seu todo e embora não se trate única e exclusivamente de serviços *uti universi*, é como se fosse, haja vista a dificuldade de as Concessionárias estabelecerem tarifas fidedignas a realidade e de cobrá-las de forma efetiva.

Por outro lado, considerando a complexidade do objeto e da necessidade de vultosos investimentos, revelou para o projeto a desvantajosidade sob a modalidade de Licitação Comum (Lei 8.666/93¹³).

Outrossim, diante da inviabilidade de imposição de tarifas, resta impossível promover a contratação por meio da Concessão Comum e/ou Patrocinada, verifica-se a Concessão Administrativa como a modelagem mais adequada ao caso concreto.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

5. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é o meio pelo qual as empresas/consórcios privados se manifestam formalmente perante a Administração Pública, o interesse de propor estudos, projetos e soluções de estruturação de um projeto de Concessão Comum ou de PPP.

A estruturação de um projeto voltado para contratação via Concessão Comum ou PPP requer, desde o princípio, que os estudos sejam desenvolvidos por equipes especializadas e capazes garantir o sucesso da contratação.

Nesse contexto, o PMI surgiu como um instrumento que transfere ao setor privado todo o trabalho de estruturação do projeto, de forma que várias empresas/consórcios podem apresentar seus estudos, desde que habilitada e autorizada pelo Poder Concedente.

O PMI poderá ter origem tanto por iniciativa do Poder Público quanto do setor privado. Sobre essas questões Fernando Vernalha Guimarães assevera:

O PMI tanto pode se originar de solicitação pública — ato que instala um chamamento público para que pessoas da iniciativa privada possam apresentar estudos, projetos, levantamentos, investigações etc., como pode — em alguns casos, a depender da regulamentação local — derivar de manifestação espontânea e independente de particulares — hipótese em que sua tramitação subsequente exigirá um chamamento público, com vistas a conferir publicidade e assegurar a oportunidade de outros interessados manifestarem proposições equivalentes.

O curso natural da tramitação de um PMI compreende as fases de (i) divulgação da solicitação e chamamento de contribuições de particulares; (ii) análise das contribuições e definição do projeto selecionado; e (iii) incorporação e aproveitamento da contribuição, com a definição do ressarcimento do particular pela transferência dos direitos sobre o projeto.¹⁴

Dentre os projetos apresentados, a Administração selecionará objetivamente o melhor projeto, o qual servirá para instruir e aparelhar subsequentemente um processo de licitação de PPP ou de concessão.

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada, R. de Contratos Públicos – RCP I Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-97, mar./ago. 2013, P. 78. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/04/artigos-10-anos-lei-PPP.pdf>>. Acessado em: 09/12/2018.

Inicialmente, o PMI não gera ônus para o Poder Público. Na verdade, as obrigações de ressarcimento surgem para a Administração quando do aproveitamento parcial ou total dos estudos apresentados por uma das empresas/consórcio que ocorreu ao PMI.

6. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

No que diz respeito ao critério de julgamento da licitação, faz-se necessário definir o tipo que será utilizado na PPP: menor preço, melhor técnica ou técnica e preço.

O tipo Menor Preço corresponde ao critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é a de menor preço, desde que esteja de acordo com as especificações.

Já a Melhor Técnica se trata de critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida exclusivamente com base em fatores de ordem técnica, tudo em estrita consonância com as normas previstas no edital.

De acordo com a Lei 8.666/93, no seu art. 46¹⁵, para utilização deste tipo, a licitação deve ser de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Em regra, sempre que exigida no edital, a proposta técnica é avaliada e pontuada. No entanto, admite-se a possibilidade das propostas técnicas serem avaliadas apenas para fins de qualificação do licitante para participação na etapa de julgamento das propostas econômicas. Nesse caso, a proposta técnica não é pontuada, mas sim “aceita” ou “não aceita”. Essa é a denominada “etapa de qualificação de propostas técnicas”.

Relativamente ao tipo Técnica e Preço, o critério de seleção consiste na proposta mais vantajosa para a Administração, considerando para tanto a combinação dos critérios de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica.

Para garantir o sucesso da licitação, é preciso, ainda, garantir transparência na escolha dos critérios e na sua forma de avaliação. Para atingir esse objetivo é conveniente especificar os aspectos técnicos, esclarecendo o percentual da nota final designado para cada critério, bem

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

como esclarecer por meio de explicações os fatores que serão considerados na avaliação e designação da nota de cada critério.

Pois bem. Importa analisar qual será o critério de julgamento será mais eficiente na minimização dos riscos a serem produzidos, evitando-se contratações antieconômicas, restrição injustificada à competitividade e favorecimento indevido.

No que diz respeito à utilização do critério menor preço, tem-se que sua aplicação de maneira isolada oferece um processo mais simplificado, garantindo fácil controle para o processo. Isto porque, elimina-se a necessidade de realização de julgamento técnico ou avaliação qualitativa.

O julgamento da licitação pelo tipo menor preço deve ser utilizado quando a complexidade técnica do objeto a ser licitado for muito baixa, sendo desnecessário o desenvolvimento de estudos específicos para sua definição. Ou seja, quando os seus aspectos técnicos já estejam solucionados e/ou quando se trate de serviços de simples operação.

A Lei Federal n. 11.079/2004, em seu art. 12, inciso II, estabelece os critérios de julgamento a serem adotados nas licitações que antecedem a contratação de PPPs. O art. 12, II, alínea “a”¹⁶, prevê o critério de julgamento com base no “menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública”.

Por outro lado, quando for relevante a qualidade técnica e/ou quando se tratar de projetos complexos, infere-se que os fatores técnicos devem ser considerados e incluídos nos critérios de julgamento, como se verifica no caso sob análise.

Os serviços de manejo e gestão de resíduos sólidos são de extrema complexidade, haja vista que se referem construção e operação de Unidades de Transbordo e unidade destinação final, voltados para garantir um adequado tratamento e destinação final dos resíduos sólidos.

São obras e serviços que envolvem diretamente as mais diversas áreas da engenharia (civil, ambiental e sanitária), que devem estar voltadas para gerar o menor impacto social e ambiental na região.

Nesse caso, uma consideração fundamental é o peso a ser utilizado para a designação das notas relativas a proposta técnica e a proposta econômica. Conforme posicionamento do

¹⁶ BRASIL. Lei n° 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Tribunal de Contas da União, o preço deverá sempre ter peso significativo, não devendo o peso atribuído a proposta técnica superar o peso da proposta econômica. Confira-se:

A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido que a estipulação de peso maior à nota técnica deve ser adequadamente justificada nos autos do certame. Como exemplo, transcrevem-se os seguintes excertos de Acórdãos:

Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 743/2014-TCU-Plenário, relator: Augusto Sherman).

Em licitações do tipo técnica e preço, a instituição contratante deve sempre justificar, respaldada em estudos técnicos, quando o peso do critério preço for inferior ao do critério técnica. (Acórdão 768/2013-TCU-Plenário, relator: Marcos Bemquerer).

A adoção, em licitação do tipo técnica e preço, de peso excessivamente elevado para a pontuação técnica em relação à de preço, sem justificativa plausível, e de critérios subjetivos de julgamento das propostas contraria o disposto nos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 2.902/2012-TCU-Plenário, relator: Augusto Sherman).

O estabelecimento de critério de pontuação técnica, em licitação do tipo técnica e preço, que valoriza excessivamente determinado quesito, em detrimento do preço, restringe o caráter competitivo do certame e compromete a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. (Acórdão 512/2012-TCU-Plenário, relator: Weder de Oliveira).

Nas licitações do tipo técnica e preço, a atribuição de pontuação distinta para técnica e preço demanda justificativa. (Acórdão 546/2011-TCU-Plenário, relator: Augusto Sherman).

O desbalanceamento entre critérios de técnica e preço torna possível o direcionamento da licitação, restringindo a competitividade e, conseqüentemente, o número de propostas apresentadas. (Acórdão 309/2011-TCU-Plenário, relator: Augusto Sherman).

Em licitação do tipo técnica e preço, é necessária a ponderação entre os pesos dos índices técnico e de preço, explicitando no processo a fundamentação para os pesos atribuídos. (Acórdão 1.597/2010-TCU-Plenário, relator: Augusto Sherman).

24. Desse modo, entende-se que as justificativas apresentadas não são suficientes para justificar a adoção de pesos diferenciados para as notas técnica e de preço, cabendo a realização de oitiva ao CAU/RJ para que apresente elementos concretos, constantes dos autos do processo administrativo da Tomada de Preços 3/2016, que demonstrem que essa análise foi realizada adequadamente, a seu devido tempo.¹⁷

¹⁷ TCU. TC 019.562/2017-9. Acórdão nº 2251/2017. Plenário. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti: Brasília. Julgamento 04/10/2017. Disponível em: <
[21](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiT4K270ZXfAhXIPpAKHWqaA7kQFjAAegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Fcontas.tcu.gov.br%2Fsagas%2FSvIvisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultaPagina%3DS%26item0%3D601256&usq=AOvVaw0MJqjO2QeiW39gr7l0YYR>.&br/>Acessado em: 10/12/2018.</p></div><div data-bbox=)

Noutro giro, esclarece-se, ainda, que os critérios de julgamento destinados a instruir o processo de Concessão Administrativa divergem daqueles critérios voltados para Concessão Patrocinada. Sobre o tema, Floriano de Azevedo M. Neto assevera:

Apenas se deve demarcar que, para a concessão administrativa, os critérios de julgamento não contemplam aqueles que tomam em conta a menor tarifa. Igualmente, como não faz sentido que uma concessão administrativa (que, por definição compreende a contraprestação paga pelo poder concedente) seja onerosa, tampouco pode o julgamento usar critérios que envolvam o maior ônus pago pelo concessionário. Sendo assim, a licitação para outorga de uma concessão patrocinada há de ser julgada por um dos seguintes critérios previstos no art. 12, inc. II, da Lei nº 11.079/2004: (i) mais baixo valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; ou (ii) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea “a” com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.¹⁸

Considerando que a modelagem jurídica ora apresentada tem por base uma concessão administrativa, de forma que se acredita que a remuneração do parceiro privado deva ser justamente por meio do pagamento de contraprestação por parte do Poder Concedente, bem como dada a complexidade do empreendimento, infere-se que o mais adequado reside na modelagem do tipo técnica e preço, e o julgamento das propostas levará em conta a menor contraprestação a ser paga pelo Consórcio em combinação com a melhor técnica a ser apresentada, nos termos do artigo 12, II, “b”¹⁹, da Lei 11.079/2004, adotados os pesos de 50% (cinquenta por cento).

7. CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões, I ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 263

¹⁹ Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Na fase interna da licitação, cumpre à Administração definir quais os requisitos de habilitação serão exigidos no instrumento convocatório. As exigências da fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração de interessados inexperientes ou incapazes para prestar/executar o objeto desejado. De acordo com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, as exigências de qualificação técnica e econômica serão aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²⁰

7.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A Lei de Licitações, que se aplica subsidiariamente à PPP, prevê, no art. 30, as exigências consideradas imprescindíveis à comprovação da qualificação técnica dos licitantes, devendo os licitantes demonstrar a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, que será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades competentes.²¹

De forma a atender ao princípio da competitividade das licitações públicas, em obediência inclusive ao disposto no art. 37, XXI²², da Constituição da República, as exigências de qualificação técnica devem guardar estrita pertinência com a natureza e as características com o objeto da licitação.

Por outro lado, importa esclarecer que as exigências impostas no instrumento convocatório não podem contrariar os princípios da moralidade, isonomia e competitividade.

Em verdade, as exigências previstas no edital possuem a função de garantir que o licitante contratado detém a qualificação técnica necessária para cumprir as obrigações contratuais e

²⁰ DOTTI, Marinês Restelatto; LOPES, Ronny Charles; VILAC, Teresa. Manual de licitações e contratações administrativas. Brasília: AGU, 2014.

²¹ Quando a qualificação técnica da empresa for fator preponderante para sua contratação, e a subcontratação for admitida, é imprescindível que se exija o cumprimento dos mesmos requisitos por parte da subcontratada (Acórdão nº 1.229/2008 – Plenário do TCU).

²² Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

executar o objeto licitado, não se admitindo exigências desarrazoadas²³. O Tribunal de Contas da União firmou seu entendimento nesse sentido:

As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.²⁴

(...) abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios exigências, não justificadas, que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que proíbem cláusulas/condições editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º, inciso I, e o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei 8.666/93, especialmente com relação à inclusão de condições para a participação dos concorrentes que não estejam amparadas nos arts. 27 a 31 da mencionada norma.²⁵

O Edital deverá conter exigências de qualificação técnica em consonância com a doutrina e jurisprudência pátria, bem como em estrita conformidade com as características e parâmetros técnicos do objeto contratual e do quanto estipulado pelos estudos desenvolvidos para implementação da PPP.

As referidas exigências têm por objetivo assegurar que o futuro contratado detenha a qualificação técnica necessária para executar o objeto relacionado à implantação e operação das Unidades de Transbordo e/ou Aterro Sanitário, seguindo as peculiaridades e especificações

²³ São inúmeros os precedentes em que o Tribunal determinou ao órgão licitante abster-se de fazer exigências desnecessárias, excessivas ou irrelevantes que comprometam a ampla competição do certame (v.g: Acórdãos 2.883/2008; 2.882/2008; 2.717/2008, 2.331/2008; 2.382/2008; 2.220/2008; todos do Plenário). TCU. AC-2743-43/16-P. Plenário. Relator Marcos Bemquerer.

²⁴ TCU. TC. 012.675/2009-0. Acórdão n. 1.942/2009 - Plenário. Rel. Min. André Luís de Carvalho: Brasília. Julgamento 26/08/20119. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313333383435&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acessado em 10/12/2018.

²⁵ TCU. TC-015.664/2006-6. Acórdão n.º 4606/2010 - 2ª Câmara. Rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, Julgamento: 17.08.2010. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwilpYP21JxfAhUDS5AKHfLIAz0QFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A24D309895014D33C714897B00%26inline%3D1&usg=AOvVaw0OKNz6M1tXdk5YHwaERIVT>>. Acessado em: 10/12/2018.

técnicas do objeto a ser licitado, com o intuito de garantir eficiente manejo e gestão dos resíduos sólidos.

Dessa forma, a minuta de edital deve incorporar as exigências de qualificação técnica os elementos técnicos descritos, descrevendo as parcelas relevantes e de maior valor significativo do objeto, no tocante a parcela relevante do objeto.

A relevância e as especificidades relativas ao objeto devem estar devidamente justificadas no projeto básico e na minuta de edital, de forma a evitar a restrição indevida da competitividade do certame. Em paralelo, os quantitativos mínimos exigidos, especificamente no tocante às exigências de qualificação técnica operacional, devem estar em plena conformidade com os parâmetros aceitos e já consolidados pela jurisprudência dos Tribunais de Contas da União.²⁶

7.2. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

As exigências relativas à qualificação econômico-financeira servem tão somente para garantir que o licitante que se sagrar vencedor do certame terá condições financeiras de

²⁶ (...) 2. Insurgiu-se a representante contra a existência de cláusulas editalícias que poderiam restringir o caráter competitivo do certame, consubstanciadas na exigência de quantitativos mínimos a serem comprovados em serviços de baixa relevância e de valor pouco significativo.

(...)

7. Como já expus em despacho proferido nestes autos, o entendimento desta Corte pacificado no enunciado da Súmula 263 é no sentido de que a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre parcelas de maior relevância e de valor significativo.

8. Em juízo preliminar, observei que parte dos serviços atendiam ao requisito de relevância técnica, em vista do objeto a ser executado, razão pela qual considerei razoável o gestor se assegurar dos meios necessários a que os licitantes demonstrassem aptidão para executar o pactuado, em que pese os valores envolvidos não se mostrassem, individualmente, tão significativos.

9. Reitero que o aspecto mais relevante a ser considerado é o potencial restritivo da cláusula. Diante disso, pontuei alguns serviços que, no meu entender, não se mostravam razoáveis a figurar na lista de exigências, a exemplo da execução de cobertura com telhas tipos sanduiche, de revestimento com pedra ardósia, de piso vinílico e de blocos intertravados de concreto.

[...]

12. Outro ponto relevante a mencionar diz respeito ao valor dos quantitativos estabelecidos pelo Instituto para fins de aferição de capacidade técnico-operacional, que apresentavam proporção idêntica ao quantitativo total previsto para execução do respectivo serviço, nos orçamentos base das licitações. Naquela oportunidade, assinalei que os precedentes desta Corte informavam, como regra, que os quantitativos mínimos não deveriam ultrapassar 50% do valor previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas.

13. No entanto, reputo elidido o indício de irregularidade levantado em razão de o IF-Goiano ter demonstrado que existia uma observação no projeto básico mencionando que a comprovação da capacitação técnica previa atestados com, no mínimo, 50% dos quantitativos das tabelas indicadas, em consonância com a jurisprudência desta Corte (peça 11, p.25; peça 12, p. 6).TCU. Acórdão 244/2015. Plenário.

promover os investimentos necessários para implementação da PPP e operar os serviços concedidos, conforme previsto em sede contratual.

Com efeito, não se pode admitir que a qualificação econômico-financeira seja utilizada como critério de restrição a competitividade. Sobre o tema, Maurício Portugal Ribeiro assevera:

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que os requisitos de qualificação econômico-financeira já foram utilizados no passado para ambos: impedir a participação de empresas internacionais em licitações de concessões comuns e PPPs, de maneira a constituir barreiras indevidas de entrada para as empresas estrangeiras no país – e, também, para evitar a participação de empresas de porte médio, em licitações de interesse das empresas de grande porte.

(...)

Em vista dessa situação, é preciso ter cuidados especiais para evitar que a escolha dos requisitos para qualificação financeira não termine por criar barreiras desnecessárias de mercado, que impeçam empresas com a capacidade para prestação do serviço de participar da licitação.²⁷

Em relação à qualificação econômico-financeira, o Edital deve exigir a apresentação de balanços e demonstrações financeiras auditadas, que cumpram índices financeiros estipulados no edital, exigência de capital social e/ou patrimônio líquido mínimo.

No entanto, é preciso evitar o uso de índices ou de valor de patrimônio ou capital social mínimo que impeçam que empresas capazes de desempenhar o objeto contratual acorram ao certame²⁸.

De acordo com Maurício Portugal Ribeiro²⁹, a melhor estratégia para garantir que a empresa vencedora possua capacidade financeira de executar o projeto, é prever, ao longo do processo de licitação, eventos que exigem do participante da licitação a prática de atos que consubstanciam sinais de capacidade financeira.

²⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos* / Maurício Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-economico-financeira/>>. Acessado em 03/11/2018.

²⁸ Súmula nº 275 do TCU: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

²⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos* / Maurício Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-economico-financeira/>. Acessado em 03/11/2018.

Mais especificamente, a aferição desses sinais de capacidade financeira ocorre em regra após a adjudicação e homologação do processo seletivo. Ou seja, analisa-se a imposição de exigências de ordem financeira e não exigências de ordem econômico-financeira.

Nesse sentido, importa esclarecer que há uma distinção entre exigências de ordem econômico-financeira que integram o processo de seleção, e que devem, por isso, ser cumpridas por todos os licitantes, e exigências de ordem financeira que são condição de assinatura do contrato.

Maurício Portugal Ribeiro³⁰ estabelece três sinais de capacidade financeira em regra solicitados ao longo do processo licitatório: (i) a exigência de realização de aporte em dinheiro na SPE; (ii) a exigência de apresentação de seguros; (iii) a exigência de apresentação de garantia de cumprimento de contrato.

Embora se tratem de exigências comuns nas PPP's, quando, entretanto, são utilizadas como instrumentos para obtenção de indícios de capacidade financeira, os valores exigidos são proporcionalmente maiores que os exigidos em projetos comparáveis.³¹

A partir do supracitado raciocínio, firma-se o entendimento de que a não apresentação dos seguros, da garantia de cumprimento do contrato, e/ou a não comprovação do aporte na SPE caracteriza descumprimento da obrigação de assinar o contrato. Considerando a negativa do licitante vencedor em assinar o contrato, além da perda da garantia de proposta, a Administração Pública poderá aplicar as sanções previstas no art. 81 e seguintes da Lei 8.666/93, e requerer convocação do segundo colocado para assinatura do contrato nas mesmas condições do primeiro (art. 64³², da Lei 8.666/93).

Noutro giro, no que diz respeito a possibilidade de cumular, como parte da habilitação econômico-financeira, a exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo, e

³⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. — São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-economico-financeira/>>. Acessado em 03/11/2018.

³¹ Por exemplo, no projeto do Hospital do Subúrbio o valor do aporte foi de R\$20 milhões, para um projeto cujo investimento total é de aproximadamente R\$60 milhões. No caso do projeto Pontal de Irrigação, o valor do aporte é de R\$30 milhões, para um projeto com valor total de investimento estimado em infraestrutura de irrigação de R\$87 milhões. Neste caso, o investimento “on farm” depende da cultura escolhida pelo parceiro privado, mas, apenas para dar uma noção da dimensão do projeto, pode ser estimado em R\$300 milhões. EIRO, Maurício Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos* / Maurício Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-economico-financeira/>>. Acessado em 03/11/2018.

³² BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

capital social mínimo, Mauricio Portugal explica que essa discussão vem a propósito da locução do artigo 31, parágrafo 2º³³, da Lei 8.666/93, utilizar a conjunção adversativa “ou”, dando, pois, a entender que o agente público responsável pela modelagem do edital de licitação deveria escolher entre exigir a garantia de proposta, ou o valor de capital social mínimo, ou o valor de patrimônio líquido mínimo.

Levando em consideração que a Lei 8.666/93³⁴ é de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos; considerando que o caput do art. 18³⁵, da Lei 8.987/95, que prevê que as normas gerais serão aplicadas “no que couber”; considerando que nas concessões comuns ou PPPs, para a prestação de serviços públicos, a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior do que nas licitações de contratos de serviço regulados pela Lei 8.666/93, Mauricio Portugal defende a viabilidade da cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo.

Sucedendo que há julgado do Tribunal de Contas no sentido de que, independentemente de se tratar de licitações para a prestação de serviços públicos, a exigência cumulada ou de capital social mínimo, ou de patrimônio líquido mínimo ou de garantia de proposta fere o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993. Confira-se:

(...)

48. Tal como fiz constar no Despacho em que examinei o pedido de cautelar, verifica-se haver, nos subitens 8.2 e 8.2.1, referentes à habilitação, previsão da garantia de manutenção de proposta, nas mesmas modalidades e critérios constantes do art. 56, caput e § 1º, da Lei 8.666/1993, também conhecida como garantia de participação, no valor de 1% do total estimado do objeto da contratação, nos termos do art. 31, inciso III, da Lei 8.666/1993 (Peça 10, p. 21 e 22), conforme segue:

“8.2. Da Garantia de Manutenção de Proposta

8.2.1. Cópia do depósito identificado, quando realizar a garantia na modalidade estabelecida no subitem 16.1.1. Da Garantia, ou cópia da apólice ou fiança bancária entregue ao ICMBio em uma das modalidades estabelecidas no item 16, desse Edital. Comprovando [sic] o recolhimento pela licitante, da “Garantia de Manutenção de Proposta”, no valor de 1%(um por cento) do valor do contrato no montante de R\$ 2.314.178,64 (Dois milhões, trezentos e quatorze mil, cento e setenta e oito reais e sessenta e quatro centavos), conforme prevê o inciso III do artigo 31 da Lei 8.666/93,

³³ BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

até o último dia útil anterior a data de abertura da licitação, em favor do ICMBio, em qualquer agência da Caixa Econômica Federal ou banco do Brasil;”

49. Apesar de a previsão de garantia de manutenção de proposta não estar incluída no item editalício específico da qualificação econômico-financeira (isto é, no subitem 8.2.9.2 do Edital, Peça 10, p. 23), a Lei 8.666/1993 a inclui no rol da documentação relativa à qualificação econômico-financeira.

50. Há, portanto, cumulação de dois requisitos para a qualificação econômico-financeira sem o devido amparo legal: exigência de patrimônio líquido igual ou superior a 5% (parte final do subitem 8.2.9.2.2 do Edital) e de garantia de manutenção de proposta de 1% (subitem 8.2 e 8.2.1 do Edital), ambos sobre o valor estimado do futuro contrato.

51. A propósito, há jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a exigência, para fins de qualificação econômico-financeira, de garantia de participação na licitação e de patrimônio líquido mínimo afronta o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1992 (v.g.: Acórdãos 1.084/2015; 2.913/2014, 6.795/2012, 3.280/2011 e 1.016/2011, todos do Plenário) e no Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 275, que assim dispõe:

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

52. Ainda pela pertinência com essa matéria, menciono o Acórdão 1.905/2009 – Plenário, para destacar que a prestação de garantia como requisito autônomo de habilitação, ainda que deslocada do item das exigências de qualificação, integra a qualificação econômico-financeira quando exigida no Edital. Pela clareza, reproduzo excerto constante do Relatório, acolhido no Voto do Relator, que conduziu ao referido decisum (TC 006.674/2009-8):

“b) Exigência simultânea de garantia de proposta e comprovação de patrimônio líquido mínimo da contratação

(...)

Assim, considerando que somente podem ser exigidos dos licitantes os requisitos de habilitação previstos nos incisos do art. 27, os quais encontram-se detalhados nos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações, denota-se que a Eletrosul inovou a ordem jurídica ao elencar a garantia de proposta como requisito autônomo de habilitação, vez que não há previsão legal para tanto, vez que tal garantia integra o rol de documentos elencados nos requisitos de qualificação econômico-financeira, consoante o disposto no inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, como já observado anteriormente, concomitantemente à exigência de prestação de garantia para fins de habilitação no certame, foi exigida dos licitantes a comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor previsto no orçamento de referência da licitação (item 12.3.2), procedimento que vai de encontro ao já mencionado § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 e à jurisprudência consolidada deste Tribunal, que aponta no sentido de que, na correta exegese do dispositivo legal em foco, é vedada, nas licitações, a exigência simultânea da garantia a que se refere o art. 31, inciso III, e de capital ou patrimônio líquido mínimos, que são mutuamente excludentes.

Inclusive, sobre a matéria, cabe trazer as seguintes considerações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler, em Voto proferido no Acórdão nº 808/2003-Plenário:

“11. A Lei de Licitações e Contratos permite que a Administração exija dos licitantes, para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira nos casos de compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, alternativamente em relação à prestação das garantias previstas no § 1º do art. 56 da mesma Norma (caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-

garantia ou fiança bancária), no valor máximo de 1% do valor estimado do objeto a ser contratado.

(...)

18. Referido dispositivo deixa três alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) capital social mínimo; b) patrimônio líquido mínimo ou c) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei.

19. Como bem ressaltado pela Unidade Técnica, ademais, o eminente Ministro Humberto Guimarães Souto, ao relatar a Decisão nº 681/98 - Plenário, deixou assente que, na hipótese acima, o legislador cuidou de fornecer alternativas e não o somatório das hipóteses que indicou. Não resta dúvida que, se assim o fez, foi para evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame. (Voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler, proferido no Acórdão nº 808/2003 – Plenário)

No mesmo sentido, cabe mencionar ainda as Decisões nºs 581/2000 – Plenário, 1.521/2002 – Plenário e os Acórdãos nºs 1.664/2003 – 1ª Câmara, 108/2006 – Plenário, 102/2007 – Plenário, 1.694/2007 – Plenário e 2.640/2007 – Plenário.

Em sua manifestação, o gestor buscou justificar tal ato sustentando que não houve desrespeito à vedação constante do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que o referido dispositivo legal diz respeito única e exclusivamente aos requisitos de qualificação econômico-financeira e que, no edital do certame, a garantia de proposta não integra tais requisitos, não havendo, portanto, em seu entendimento, qualquer tipo de irregularidade.

Ora, independentemente da maneira como foi prevista a mencionada garantia, seja como requisito de qualificação econômico-financeira ou como requisito autônomo de habilitação, o fato é que tal garantia não pode ser exigida dos licitantes em certames que já prevejam exigências de comprovação de patrimônio líquido ou capital social mínimos. Buscar interpretar o § 2º do art. 31 da referida lei de outra forma ou, ainda, desmembrar a garantia dos demais requisitos de qualificação econômico-financeira e exigi-la concomitantemente à comprovação de percentual mínimo de patrimônio líquido ou capital social, seria esvaziar de todo sentido a finalidade buscada pela norma, que é, exatamente, a de fornecer alternativas à Administração na busca da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes, mediante a utilização de um dos critérios ali previstos e não o seu somatório.

(...)

Aquí, mais uma vez, cumpre relembrar que a garantia habilitatória prevista no inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93, comumente chamada de ‘garantia de proposta’, destina-se, exclusivamente, a comprovar a boa situação financeira das empresas licitantes, como os demais requisitos de qualificação econômico-financeira elencados no mesmo dispositivo legal, e não a resguardar a Administração de possíveis prejuízos em caso de eventual inadimplemento contratual, para a qual a lei já prevê a prestação da garantia prevista em seu art. 56, pelo contratado.”

53. Nem mesmo procede o argumento do ICMBio de que nas licitações para a prestação de serviços públicos a qualificação econômico-financeira dos participantes teria importância superior àquela exigida nas licitações de obras e serviços regulados pela Lei 8.666/1993, o que, na visão do licitante, justificaria a cumulação de garantia de proposta, patrimônio líquido e capital social.

54. Há licitação de obras com elevado grau de complexidade (usinas nucleares, transposição de rios de grande porte, por exemplo), tanto em termos técnicos de engenharia como em relação ao tempo de execução, cuja importância da qualificação econômico-financeira não se reduz, por se tratar simplesmente de

execução de obras, comparativamente à prestação de serviços de transporte ferroviário de passageiros, como é o caso ora em exame. A disposição legal de não cumulação deve ser cumprida tanto numa quanto noutra situação.³⁶

Dessa forma, não merece prevalecer argumento que a qualificação econômico-financeira dos participantes de licitações de serviço público teria importância superior àquela exigida nas licitações de obras e serviços regulados pela Lei 8.666/1993.

8. REQUISITOS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

O art. 10³⁷ da Lei nº. 11.445/2007 evidenciou a exigência de contratação para a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular, de forma a conferir maior segurança jurídica às partes envolvidas, facilitando também a fiscalização dos serviços.

O art. 11 da referida lei fixou as condições de validade dos contratos de prestação de serviços, nos seguintes termos:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

- I - a existência de plano de saneamento básico;
- II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;
- III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;
- IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.³⁸

³⁶ TCU. TC 029.386/2014. Acórdão n. 2743-43/16-P. Plenário. Relator Marcos Bemquerer. Julgamento: 26/10/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=11808056&codPapelTramitavel=56350036>>. Acessado em 10/12/2018.

³⁷ BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

³⁸ BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

Considerando que o objeto sob estudo se restringe a contratação de serviço de gestão de resíduos sólidos, que integra o saneamento básico, há o entendimento de que se faz necessário a existência de plano de gestão integrada de resíduos sólidos – PGIRS do Poder Concedente.

No que tange ao segundo dos requisitos, conforme disposto no inciso II do art. 11, supratranscrito, o Poder Concedente deve apresentar estudos aptos a comprovarem a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços de manejo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos.

Igualmente, torna-se imperiosa, nos contratos que versem acerca da prestação de serviços públicos de saneamento básico, a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

Para as hipóteses de contrato de concessão ou de programa, a Lei determina que as normas reguladoras disciplinem, obrigatoriamente, os seguintes pontos (art. 11, §2º):

- a) Autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;
- b) Inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;
- c) Prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;
- d) Condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas, a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas e a política de subsídios;
- e) Mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;
- f) Hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.³⁹

Por óbvio, o órgão regulador que promoverá este controle interno tem de ser diverso do prestador do serviço sob comento (art. 9º, II). Ou seja, pode o Poder Concedente firmar instrumento de cooperação com uma agencia reguladora ou promover a contratação de ente privado, capaz de promover a fiscalização.

³⁹ BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

Por fim, em caso de prestação regionalizada (um contrato de prestação para mais de um município), todas as condições de validade e regras elencadas no art. 11 poderão se referir ao conjunto de municípios por ela abrangidos.

Desta forma, a gestão associada tem a enorme vantagem de possibilitar que os estudos acerca da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços – condição de validade dos contratos, sem os quais não há que se falar em prestação indireta dos serviços –, e até mesmo o plano de resíduos, sejam feitos em conjunto, reduzindo de forma expressiva o dispêndio individual de cada Município.

9. EVENTUAIS CONTRAPARTIDAS A SEREM PAGAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. RECEITAS ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES E ACESSÓRIAS.

Embora a Lei Federal de Parceria Público-Privada não aborde especificamente a possibilidade de o parceiro privado auferir receitas acessórias, é possível aplicar subsidiariamente a Lei de Concessões Comuns (conforme art. 11 da Lei Federal nº 11.079/2004), que prevê no seu art. 18, VI, que o edital de licitação deve prever “as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados”⁴⁰.

Essas receitas visam não só ao atendimento do interesse econômico do próprio parceiro privado, como ao atendimento do interesse público, na medida em que os ganhos decorrentes da execução de atividades conexas são compartilhados com a Administração Pública. Tal previsão busca, em última instância, aproveitar ao máximo o potencial econômico da concessão, em observância aos princípios da eficiência e da economicidade.

Trata-se, assim, de um mecanismo contratual capaz de incentivar o parceiro privado a maximizar a utilização de todo o potencial referente à infraestrutura voltada para o Sistema de Manejo e Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos que será por ele implantada e operada, ao longo de toda a execução contratual.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Há evidente interesse do parceiro privado em explorar esse potencial, tendo em vista a oportunidade de incrementar seus ganhos econômicos com receitas alternativas à contraprestação pecuniária paga pelo Poder Concedente, por meio da execução de projetos associados ao contrato de PPP e que não integram seu escopo de obrigações.

Por esse viés, o Poder Concedente não pode impor a exploração de receitas alternativas pelo parceiro privado como se fosse uma obrigação. Muito pelo contrário, deve ser algo a ser explorado, desde que haja viabilidade para auferir benefícios econômico-financeiros, quando, então, deverá ser incentivado pelo próprio Poder Concedente, haja vista que os resultados podem ser revertidos para o sistema da concessão.

Nesse sentido, o interesse público é atendimento, na medida em que há chances de reduzir os custos assumidos pelo Poder Concedente para remunerar pelos serviços contratados, com o compartilhamento dos ganhos econômicos eventualmente obtidos pelo parceiro privado com a exploração de receitas alternativas com a Administração Pública. Ou seja, sem descaracterizar a lógica do incentivo ao parceiro privado, é possível prover redução da contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Concedente.

Neste particular, é fundamental que a modelagem de exploração de receitas alternativas, tal como previsto na minuta contratual proposta, preveja o compartilhamento dos ganhos econômicos entre partes em proporções que ainda incentivem o parceiro privado a de fato se dispor a explorar projetos associados à concessão administrativa.

No caso concreto, a infraestrutura cria oportunidades econômicas ao parceiro privado receber resíduos de outros municípios ou de grandes geradores privados, o que pode vir a incrementar o potencial econômico da PPP.

Dessa forma, a minuta contratual proposta deve prever a possibilidade de o parceiro privado executar atividades extras, estando o parceiro privado autorizado a explorar receitas alternativas e compartilhá-las com o Poder Concedente nos percentuais fixados na minuta do contrato, inclusive junto a outros entes públicos.

É preciso, ainda, fixar o percentual de compartilhamento das receitas alternativas, a fim de garantir segurança-jurídico a relação contratual firmada entre a Administração Pública e a Concessionária.

Diante do exposto, verifica-se que a possibilidade exploração de receitas alternativas, complementares e acessórias incentivam diretamente o parceiro privado, e, ao mesmo tempo, cria benefícios econômico ao Poder Concedente.

10. DOS AGENTES E SUAS RESPONSABILIDADES

A necessidade de responsabilizar surge a partir do não cumprimento de uma obrigação contratual, bem como podem decorrer de atos lícitos ou ilícitos praticados pelos entes que compõe a relação contratual.

A contratação de Parceria Público-Privada, via Concessão Administrativa, envolve vários atores que trabalham em conjunto para prestar o serviço de forma eficiente e compatível com os princípios e regras do direito público.

No caso em tela, é preciso verificar as possíveis responsabilidades a que estão sujeitos os Consórcio Municipal, Municípios Integrantes do Consórcio, Concessionária, Agência Reguladora.

10.1. CONSÓRCIO MUNICIPAL

Muitos Municípios brasileiros ainda não implementaram integralmente a Política Nacional de Resíduos Sólidos, verificando-se na prática a grande dificuldade em destinar adequadamente os resíduos sólidos coletados nos Municípios.

O supracitado cenário muitas vezes se verifica em razão de circunstâncias política e econômica vivenciadas pelos municípios brasileiros, exigindo-se novas alternativas para implementação de projetos que garantam a oferta de serviços essenciais.

Uma dessas alternativas é o Consórcio Público Intermunicipal, instituto dotado de personalidade jurídica de direito público, apto a estabelecer coordenação e operação de serviços de interesse de municípios localizados em uma mesma região, a partir de objetivos comuns bem definidos.

A associação entre municípios visa a reunião de recursos materiais, financeiros e humanos, com a finalidade garantir a implementação de ações que não conseguiriam promover sozinhos, seja pela ausência de capacidade técnica e financeira para promover isoladamente investimentos vultuosos, seja para dividir os riscos do projeto pretendido.

Conforme previsto na Lei 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017/07, restou previsto que o Consórcio Público Intermunicipal deve atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos, exercer atividades de arrecadação de tarifas e ao cálculo dos preços públicos, bem como regulação dos serviços a serem prestados.

Todos os atos praticados pelo Consórcio devem seguir procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

No âmbito do consórcio, a relação entre os municípios é igualitária, tanto no que diz respeito às obrigações quanto em relação aos direitos. Por outro lado, as questões relativas à remuneração da Concessionária por cada município, deverá respeitar a quantidade de serviço prestado em favor de cada município membro.

Os consórcios poderão exercer ou delegar a gestão associada dos serviços públicos, especificando o objeto e área da prestação dos referidos serviços, podendo promover licitações e concessões, para viabilizar a consecução do bem maior, a PPP.

Da mesma forma, o Consórcio guarda consigo o poder para desapropriar, recolher tarifas e preços públicos, equiparando-se à figura de um ente federado limitado ao cumprimento dos objetivos comuns previstos no Termo de Constituição do Consórcio.

Dessa forma, constatado determinado dano, é preciso verificar na matriz de risco para qual agente está alocado o referido risco. Confirmando que se trata de risco assumido contratualmente pelo Concessionário, este será o responsável por arcar com danos/prejuízos causados ao particular, conforme doutrina brasileira:

(...) se (...), o concessionário não tiver meio efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá *responsabilidade subsidiária* pelo fato de ser o concessionário um agente seu. Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará

diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária.⁴¹

Portanto, se eventualmente o Concessionário estiver em situação financeira que o impossibilite de promover os ressarcimentos necessários, o Consórcio responderá de forma subsidiária, desde que fique evidenciado que o dano decorreu a partir da execução do serviço público.

10.2. MUNICÍPIOS INTEGRANTES DO CONSÓRCIO

A prestação dos serviços relativos ao saneamento básico deve estar em consonância com os princípios fundamentais da universalização do acesso, da integralidade do serviço, da eficiência e sustentabilidade econômica, garantindo-se, ainda, a saúde pública e a proteção do meio ambiente.

De acordo com a Lei 11.445, integram o saneamento básico o conjunto de serviços voltados para o manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais relativas à transporte, ao transbordo, ao tratamento e ao destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas.

A associação voluntaria dos municípios que compõem o Consórcio, está amparada nos termos do art. 241⁴² da Constituição Federal, com a finalidade de promover uma gestão associada dos serviços públicos de manejo, transporte, transbordo e destinação final dos resíduos sólidos.

A norma constitucional, ainda, previu que os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual Direito Administrativo. 28. ed. rev., amp. e atual até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015. p.413.

⁴² Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

Tendo em vista que os Municípios são os reais titulares do serviço público a ser licitado, infere-se que as responsabilidades a que estão submetidos aos Consórcios também se estendem aos Municípios e respectivos gestores públicos.

10.3. CONCESSIONÁRIA

A contratação com o Poder Público, principalmente no âmbito das Parcerias Público-Privadas, atrai muitas responsabilidades para o parceiro privado. Trata-se, na verdade, de uma característica desse tipo de contratação.

O protagonista da concessão é a própria Concessionária contratada, sendo ela a principal responsável pela execução e harmonia de todo o projeto. Eventual descumprimento das suas obrigações estabelecidas em sede de instrumento contratual gerará responsabilidade direta, inclusive com relação a terceiros.

A Lei Federal 8.987/1995⁴³, que se aplica de forma subsidiária às Parcerias Público-Privadas, prevê a responsabilidade da concessionária em responder pelos danos e prejuízos causados aos usuários, terceiros ou ao Poder Concedente.

Isso porque o serviço a ser contratado é de natureza pública⁴⁴ e universal, motivo pelo qual todos os cidadãos, independentes de serem usuários diretos ou não, gozam da proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado.

Com efeito, é objetiva a responsabilidade civil pelos danos que a Concessionária vier a causar a terceiros, não considerando nestes casos eventual culpabilidade ou dolo. Ou seja, diante

⁴³ Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

⁴⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

de uma situação que envolva a Concessionária, faz-se necessário apenas comprovar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre o alegado dano e a ação/omissão da Concessionária.

No entanto, a responsabilidade objetiva não é absoluta, a Concessionária, para mitigar ou extinguir sua responsabilidade, deverá comprovar que não houve dano ou, se houve dano, que os fatos se deram por culpa exclusiva do usuário, do terceiro ou do Poder Concedente, descaracterizando o nexo de causalidade.

Por outro lado, é resguardado, ainda, o direito de regresso da Concessionária em face do autor do dano que age com dolo ou culpa.

No âmbito das Concessões, os riscos do negócio são assumidos, pelo ente contratado, no limite das previsões contratuais. Isto porque, em verdade os riscos são partilhados, conforme determinação do Poder Concedente e a proporção está firmada na premissa de que, quanto maior a transferência do risco para privado, maior serão os custos da contratação que a Administra Pública arcará.

10.4. AGÊNCIA REGULADORA

A prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que tem a discricionariedade de delegá-la a terceiros, mediante justificativa e conveniência pública.

Nesse contexto, inegável é a complexidade do projeto voltado para contratação dos serviços de manejo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos, motivo pelo qual revelou-se extremamente necessário a realização de convênio entre o Consórcio Intermunicipal e uma agência reguladora, como parte de um arranjo institucional dedicado a garantir o cumprimento de normas e de contratos entre prestadores de serviços e a Administração Pública.

Tratando-se de um Consórcio Intermunicipal, a importância de se ter uma agência reguladora a frente do projeto, a fim de conferir homogeneidade nas ações e nas medidas a serem adotadas, criando, inclusive empecilhos para eventuais favorecimentos e direcionamentos.

Conforme visto anteriormente, com o intuito de garantir o sucesso do projeto para concessão da Gestão de Resíduos Sólidos, caberá ao Agente Regulador zelar pelo cumprimento

dos contratos de concessão, fomentar a competitividade no setor, promover a universalização de serviços, arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Noutro giro, cabe ao Poder Concedente e, por conseguinte, a agência reguladora, regular o contrato administrativo, exercendo de forma proba seu papel de agente fiscalizador, além de realizar um procedimento licitatório eficaz, atraindo empresas sérias para assumir a concessão.

Diante da obrigação desse agente em regular o contrato e fiscalizar o seu cumprimento, aplicará a este agente a responsabilidade subsidiária em face dos eventuais danos causados a terceiros no âmbito da PPP.

O Poder Concedente deve ser responsabilizado quando o Concessionário demonstrar que a sua má atuação e eventual dano possuem nexos de causalidade com a falha de fiscalização do Poder Concedente. Ou seja, nos casos em que o ente responsável pela fiscalização se omitir, surgirá a responsabilidade civil do Estado.

Conforme amplamente demonstrado, a Agência Reguladora, tem o dever de promover a fiscalização de todo o procedimento de contratação e gestão de contrato. Sendo assim, caso reste comprovada sua omissão, esta poderá responder subsidiariamente pelos danos causados, assim como os Consórcios, Municípios e gestores.

Considerando que se trata de responsabilidade subsidiária, regra geral, o Concessionário responderá objetivamente por todo o dano, podendo, posteriormente, exercer seu direito de regresso em face da Agência Reguladora, Administração Pública e dos seus gestores.

Sobre a responsabilidade do poder concedente em razão de dano que guarde nexos causal com falha na fiscalização, Carvalho Filho assevera:

Se esta norma (art. 37, §6º da CF/88) atribui ao Estado responsabilidade civil por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, *não pode ele ver-se excluído dessa responsabilidade, quando seus agentes tiverem sido omissos ou deficientes na fiscalização das atividades do concessionário.*

Desse modo, a melhor interpretação é a de que, embora a responsabilidade primária integral seja atribuída ao concessionário, pode este exercer seu direito de regresso contra o Poder Concedente, quando tiver havido ausência ou falha na fiscalização, porque nesse caso terá o Concedente contribuído, juntamente com o concessionário, para a ocorrência do resultado danoso.

O direito de regresso deverá ser exercido pelo concessionário para postular a reparação de seu prejuízo na justa medida da contribuição do Poder Concedente para a ocorrência do resultado danoso cujo o prejuízo lhe provocou o dever de indenizar. Assim, se, por exemplo, o Concedente contribuiu pela metade para o resultado danoso, tem o concessionário, após ter reparado integralmente os prejuízos do lesado, o direito de postular reembolso de metade do foi obrigado a indenizar. Sentido diverso levaria a verdadeiro e indevido enriquecimento sem causa por parte do Estado: tendo agido com culpa e não tendo dever indenizatório, estar-se-ia locupletando de sua própria torpeza.⁴⁵

11. MATRIZ DE RISCO E MEDIDAS MITIGADORAS

A correta identificação e análise dos riscos e impactos gerados por meio da implementação da parceria público-privada pretendida é essencial para a adequada modelagem jurídica e econômica do projeto. A definição do projeto como sendo uma PPP Administrativa permite a repartição de riscos entre as partes e também a vinculação do privado à eficiência demonstrada na execução do objeto contratado, permitindo ao Poder Público criar mecanismos de incentivo à eficiência do parceiro privado.

É imposição legal que os riscos sejam partilhados entre as partes signatárias, não deixando sob o contratante público todas as intempéries possíveis que um contrato desta natureza pode revelar. Isto significa que o parceiro privado deverá gerenciar riscos e não apenas repassá-los ao Poder Público, requerendo compensação financeira de qualquer ordem. Tratando-se de risco sob sua responsabilidade, caberá ao privado arcar, comprometendo-se com o resultado.

Os riscos precisam ser bem definidos, a fim de evitar situações indefinidas que prejudiquem o negócio. No caso em tela, a encampação, mudança de legislação, regulamentação ou alteração unilateral do contrato, que aumente os custos da obra e operação, tais riscos devem ser alocados para o Contratante, bem como deve haver no contrato a previsão de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Contratada.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual Direito Administrativo. 28. ed. rev., amp. e atual até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015. p.412

É preciso, ainda, prever os riscos de trabalhistas, de inadimplemento ou falência por parte da Concessionária, garantindo que a Administração Pública seja ressarcida em eventuais perdas e danos.

Já os riscos de anulação do contrato, por ilegalidade, ou a ocorrência de eventos imprevisíveis, o risco deve ser compartilhado por ambas as partes. Nesses casos deve ser previsto no Edital e no Contrato a possibilidade de exigir a garantia de execução do contrato, a aplicação de multas contratuais, se necessário e, até mesmo reembolso da parcela dos investimentos não amortizados ou depreciados, caso seja extinta a concessão.

12. DAS OBRIGAÇÕES

No âmbito de qualquer contratação pública, regra geral, estabelece-se no instrumento contratual as obrigações a serem firmadas entre as partes. Em relação às Parcerias Público-privada não poderia ser diferente, as normas legais que subsidiam esse estudo e a fixação das obrigações são Lei Federal nº. 8.987/1995, Lei Federal nº 11.079/2004⁴⁶ e Lei Estadual 6.299/2007.

A Lei Federal de PPP, autorizou a utilização das cláusulas previstas no art. 23 da Lei de Concessões fossem aplicadas aos contratos de PPP, além de prever as obrigações assumidas pelas partes. Confira-se:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acessado em: 09/12/2018.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acessado em: 09/12/2018.

Outrossim, o art. 18, VII, da Lei 8.987/1995, especificou a necessidade de constar no Edital de Licitação as obrigações que serão assumidas tanto pelo Poder Concedente quanto pela Concessionária. Confira-se:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;⁴⁸

Portanto, verifica-se o quanto importante é um contrato bem estruturado, específico, capaz de solucionar eventuais entraves que as partes e o negócio vivenciem.

12.1. DO PODER CONCEDENTE.

O Estabelecimento das obrigações do Poder Concedente PPP no âmbito do contrato de PPP, perpassam por todo o processo de construção do projeto, fazendo-se necessário o acompanhamento da fase de implantação da PPP, o adimplemento das contraprestações pecuniárias de responsabilidade do Estado, o oferecimento de garantias ao contrato, a fiscalização do cumprimento do contrato de PPP nos parâmetros definidos em edital e no próprio contrato, o oferecimento em tempo hábil dos elementos necessários à execução contratual tais como a disponibilização de documentação relativa à PPP, dentre outras.

As normas legais, ainda, especificam obrigações que precisam constar em todos os contratos de PPP, individualizando a responsabilização pelo Estado, circunstância que apresenta vantagens em relação ao parceiro privado, tais como: a revisão periódica de parâmetros definidos no edital/contrato; a coordenação de possíveis convênios que se façam necessários ao cumprimento do contrato; a assistência, caso se mostre necessária, à implantação da PPP, bem como outras que se mostrem necessárias para cada caso específico.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

As principais obrigações do Poder Concedente, portanto, podem ser assim enumeradas, conforme art. 29 da Lei de Concessões:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
- XI - incentivar a competitividade; e
- XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.⁴⁹

Nos termos do art. 30⁵⁰ da Lei de Concessões Comuns, restou previsto que caberá, ainda, ao Poder Concedente realizar a fiscalização, devendo ter acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, no qual será promovida por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

⁴⁹ BRASIL. Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

⁵⁰ Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Em relação às obrigações assumidas pela Concessionária em um contrato de PPP e tende a ser mais padronizada, nos termos do art. 31 da Lei de Concessões, as principais obrigações da Concessionária são:

- I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
- VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
- VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.⁵¹

A norma legal estabeleceu como obrigação única e exclusiva da Concessionária, a responsabilidade pelas contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas por ela, no qual serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela Concessionária e o Poder Concedente⁵².

Não se pode olvidar que está incluído no rol de encargos da Concessionária, a sua obrigação de cumprir as normas previstas no contrato que consistem na prestação do serviço público com qualidade e eficiência, nos termos do art. 6º da Lei Federal nº 8.987/1995, *in verbis*:

⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

⁵² Art. 31, Lei Federal nº 8.987/1995

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.⁵³

A partir da norma acima transcrita fica evidente a preocupação do legislador em garantir que o negócio seja de qualidade, capaz de permanecer vigente por todo período de contratação que, no caso das PPP's, pode chegar a 35 (trinta e cinco) anos.

13. ESTRUTURA DAS GARANTIAS

Consoante visto anteriormente, as PPPs são instrumentos que viabilizam a prestação de serviços de longo prazo e a contratação de obras e equipamentos de grande vulto, por meio de investimentos privados, como forma de impulsionar o desenvolvimento das PPP's no âmbito das contratações públicas.

Sucedem que, regra geral, as contratações públicas no Brasil sofrem com algumas variáveis, como, por exemplo, questões políticas e dificuldade financeira do Poder Concedente. Dessa forma, o oferecimento de garantias pelo Poder Concedente gera atratividade para o mercado, capaz de viabilizar os projetos. Assim, as garantias serão oferecidas para que se tenha certeza de que, qualquer que seja o Governo, as obrigações contratuais assumidas serão integralmente cumpridas ou, caso não o sejam, os investidores terão formas de assegurar a receita contratada.

As PPP's possuem um rito a ser seguido, a fim de garantir o objeto a ser licitado se trata de um projeto com adequação e viabilidade. Para tanto, faz-se necessário a prévia autorização da autoridade competente, devidamente fundamentada em estudo técnico que demonstre a

⁵³ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

conveniência e a oportunidade da contratação, justificando a opção pela forma de parceria público-privada.

Nesse sentido, as garantias se revelam como elementos essenciais na estruturação dos projetos, capazes de assegurar o pagamento de obrigações pecuniárias assumidos pelo Poder Concedente nos contratos de PPP.

O art. 5º, VI, Lei nº 11.079, prevê a necessidade de inserir nos contratos de PPP, cláusulas disciplinando os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização, bem como a forma de acionamento da garantia, para quando o caso concreto exigir.

As garantias públicas visam, dentre outras coisas, garantir aos projetos a proporcionalidade entre o risco político e de crédito dos governos, a fim de que conceder segurança jurídica ao setor privado. Nesse sentido, quanto maior a avaliação desses riscos, maior a necessidade de implementação dessas garantias.

De acordo com Frederico Bopp Dieterich⁵⁴, essa relação entre riscos e garantias variam a depender do tipo de mercado onde será lançado e implementado o projeto de PPP. Mais especificamente, nos mercados de PPP em desenvolvimento, as garantias públicas servem muito mais para conferir confiabilidade no projeto, demonstrando a seriedade e o comprometimento do Poder Público, bem como para assegurar eventual não pagamento pelo poder público.

Enquanto isso, nos mercados maduros, o uso de garantias está voltado para enfrentar preocupações dos financiadores e incentivar a banca privada a financiar os projetos e, em menor grau, cobrir ou mitigar o risco de crédito do poder concedente. Frederico Bopp Dieterich explica:

Na visão do European PPP Expertise Center, há motivos bem tangíveis para o uso de garantias públicas. Na obra *State Guarantees in PPPs*, o think tank europeu esclarece as principais razões pelas quais essas garantias são utilizadas:

- Para enfrentar riscos específicos do projeto, cuja assunção pelos empreendedores e seus financiadores sofre resistência.

(...)

⁵⁴ Dieterich, Frederico Bopp, *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*; editores, Luciano Schweizer, Maria Netto, 2017, p. xvi.

- Para viabilizar fontes adicionais de financiamentos pelo setor privado em projetos de larga escala, que exigem alavancagem financeira de grande vulto e encontram uma capacidade financeira de mercado limitada.

(...)

- Para reduzir o custo de capital, viabilizando taxas de juros mais baixas, já que o poder público assegura riscos que são precificados de forma elevada pelo mercado financeiro.

• Nota-se que há grande ênfase no uso das garantias para criar condições para concessões de financiamentos em maior volume e com menores custos. Isto é, o foco da discussão é o *value for money*, a redução do custo de capital.

- Para enfrentar instabilidades, flutuações e crises do mercado financeiro.

• Em tempos de turbulência econômica, as garantias serviriam para estabilizar variações fortes nas taxas de juros, taxas de câmbio, etc. no contrato de PPP. Dito de outra forma, em “condições normais de temperatura e pressão” tais garantias públicas jamais seriam utilizadas.⁵⁵

No que diz respeito aos projetos que envolvem vultosos investimentos privado, esclarece-se que assim como ocorre nos mercados de PPP em desenvolvimento, o mercado brasileiro tem como principal preocupação o risco de crédito do Poder Concedente.

As PPP's estão se expandido por todo o Brasil, sendo que, acerca deste tema, alguns entes federados se encontram em um estado de desenvolvimento mais avançado do que outros. Isso decorre da independência política e financeira de cada ente federado, bem como da discricionariedade de cada gestão em promover o desenvolvimento de projetos que entendem pertinentes.

A principal fonte de financiamento no Brasil ainda é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o que demonstra a necessidade do Poder Público promover estudos, com o intuito de inserir no mercado novas alternativas de financiamento. Isso permitirá que o setor privado se sinta acolhido e confiante para investir em projetos de PPP's, agregando qualidade às garantias oferecidas, aumento na competitividade e, por conseguinte, concessões de financiamentos em maior volume e com menores custos.

As garantias às obrigações pecuniárias da Administração Pública nos contratos de PPP estão dispostas no artigo 8º da Lei n.º 11079/04 sendo elas: (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (v)

⁵⁵ Dieterich Bopp, Frederico. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas; editores, Luciano Schweizer, Maria Netto, 2017, p. xvi.

garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

O parágrafo único do artigo 11 da referida Lei, por sua vez, estabelece que o edital de licitação deverá especificar as garantias a serem concedidas ao parceiro privado, sendo que estão em diferentes níveis de complexidade, segurança e atratividade garantias, podendo ser prestadas em caráter cumulativo e não exclusivo. Tudo isso deve ser levado em consideração para decidir qual a modalidade de garantia mais adequada ao caso concreto.

13.1. VINCULAÇÃO DE RECEITAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO

A vinculação de receitas tem como objetivo a otimização da aplicação do fluxo de caixa do ente federado. Dessa forma, os recursos também podem ser utilizados como forma de garantia pública em PPPs, promovendo inclusive maior uso do fluxo do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) para estruturar garantias públicas.

Sobre os Fundos de Participação dos entes federados, importa esclarecer que se trata de determinação constitucional e, portanto, a União tem a obrigação de realizar os repasses oriundos da arrecadação de tributos específicos aos Estados, Distrito Federal e municípios.

Os Fundos de Participação Estadual e Municipal estão previstos no art. 159 da Constituição da República, de acordo com o qual a União entregará:

I) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:

- a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;⁵⁶

⁵⁶ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

Relativamente aos percentuais de distribuição do montante arrecadado, a norma constitucional determinou que serão definidos mediante lei complementar específica. Ou seja, o mecanismo de rateio é diferente entre Estados e municípios.

Os coeficientes de participação estadual estão previstos na Lei Complementar nº 143/2013. Os Estados passaram a receber o montante equivalente ao recebido no ano anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) e pelo percentual equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) da variação real do Produto Interno Bruto (PIB) do ano anterior.

Em relação à distribuição de recursos do Fundo de Participação dos Municípios, os percentuais são calculados pelo Tribunal de Contas da União com base em informações prestadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando dados atinentes à população de cada município e renda *per capita* de cada Estado.

Há uma grande dificuldade na estruturação de garantias públicas em projetos de PPPs. Isto porque é preciso realizar um trabalho prévio minucioso que consiste na identificação de ativos e a escolha do mecanismo de execução.

Não restam dúvidas que a utilização dos recursos provenientes dos fundos de participação, mediante a vinculação parcial dos créditos, tende a tornar mais simples e seguro o processo de estruturação das garantias, fomentando a segurança dos projetos de PPP's, haja vista que a previsão constitucional de transferências gera uma expectativa positiva de crédito por parte dos Estados e municípios em face do governo federal.

Ou seja, tomando como certo o recebimento de recursos pela União, o Poder Concedente consegue garantir ao parceiro privado a quitação do débito vinculando parte dos recebíveis do FPE/FPM para essa finalidade.

No entanto, embora haja credibilidade nos repasses, a solidez desse mecanismo não é absoluta. Explica-se: em que pese seja vedada a retenção dos recursos que serão recebidos pelos entes federados, a Constituição previu casos específicos em que a União pode condicionar a transferência de recursos à regularização de débitos ao governo federal, conforme seu art. 160:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

- I) ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;
- II) ao cumprimento do disposto no art.198, § 2º, incisos II e III.⁵⁷

Dessa forma, há certa fragilidade e risco no referido mecanismo, caso o município concedente possua, ou passe a ter, obrigação descumprida junto à União, como posto acima. Nestas circunstâncias, a estrutura de garantia ficaria fragilizada, uma vez que seria perdida a segurança de efetivação da contraprestação pelo Poder Concedente, o que pode ser permanente ou não, dependerá do ente federado.

Esclarece-se que, embora bloqueado o repasse pela União, em regra, o montante será depositado em conta específica no Banco do Brasil até a quitação do débito pelo ente federado. Os recursos serão liberados após quitação do ente federado junto à União, circunstância sobre a qual o setor privado não tem ingerência.

Frederico Bopp Dieterich, no seu trabalho denominado “Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas”, esclareceu motivos que justificariam o bloqueio do repasse pela União. Confira-se:

De acordo com informações disponibilizadas pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN, 2011), o procedimento do bloqueio pode ser iniciado a partir da determinação de entes federais, entre os quais se destaca:

- a Secretaria da Receita Federal (SRF), caso existam débitos relativos ao PASEP;
- a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), caso existam débitos inscritos na Dívida Ativa da União;
- o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), caso existam débitos previdenciários; e
- os Tribunais de Contas, nos casos de irregularidades detectadas ou de não cumprimento de determinações daqueles tribunais.⁵⁸

Diante dessa possibilidade de bloqueio dos repasses referentes ao FPM/FPE, constata-se a diminuição da solidez dessa modalidade de garantia. Mas, é preciso ressaltar, que essas circunstâncias, por si só, não são capazes de inviabilizar a utilização da vinculação da receita do Fundo de Participação como forma de garantia.

⁵⁷ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁵⁸ Dieterich, Frederico Bopp, Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas; editores, Luciano Schweizer, Maria Netto, 2017, p. 28.

Na verdade, o que se deve buscar são alternativas complementares, que aliadas à essa forma de garantia pública, confirmam mais segurança a estruturação das garantias. O primeiro passo é prever através de norma legal a vinculação de parte das receitas dos fundos de participação.

Além disso, é preciso criar uma alternativa de garantia, para o caso de não ser possível, em hipótese alguma, o aporte de 06 (seis) contraprestações mensais, aporte mínimo capaz de conferir estabilidade ao negócio.

Noutro giro, esta questão relacionada à eventualidade de bloqueio no repasse de recursos via Fundo de Participação, outros aspectos precisam ser analisados no presente estudo.

A maior parte dos municípios brasileiros tem o repasse da União como principal fonte de receita, o qual muitas vezes se revela insuficiente para suprir as obrigações necessidades básicas dos municípios e, por consequência, se revela inapropriado para servir de garantia em projetos de parcerias público-privadas.

Outro ponto controverso acerca do mecanismo de vinculação de receita diz respeito ao fato de os Fundos de Participação serem abastecidos pela arrecadação de impostos, o que restringira o uso desses recursos, não sendo possível utilizá-lo como garantia pública em PPP, sob pena de contrariar a norma constitucional abaixo descrita:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV) a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XX II, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (...).⁵⁹

Sobre a vinculação de recursos do Fundo de Participação Estadual, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 553⁶⁰, decidiu por unanimidade, no sentido de que o inciso IV do

⁵⁹ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁶⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 553 – RIO DE JANEIRO. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18.06.2018
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381287>>. Acessado em: 09/12/2018.

artigo 167 da Constituição Federal veda expressamente a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa, como ocorreu no caso da legislação estadual ao criar o Fundo de Desenvolvimento Econômico do RJ.

Ainda de acordo com o supracitado caso, verificou-se também a violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a Assembleia Legislativa do RJ teria usurpado competência do chefe do poder Executivo de legislar sobre matéria orçamentária e tributária, especialmente em relação à criação de fundos públicos.

Contudo, trata-se de uma decisão que ainda não foi disponibilizada, impossibilitando uma análise minuciosa sobre o caso. Além disso. Acredita-se que se trate de uma análise pontual sobre um caso específico.

O supracitado entendimento não merece ter aplicação estendida para todos os casos, em razão dos seguintes motivos: (i) o próprio texto constitucional, mais especificamente o inciso IV, ressalva a utilização do referido recurso para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino; (ii) após a União repassar o montante, o recurso perde a natureza de imposto, assumindo a natureza de transferência constitucional, não se sujeitando, portanto, à vedação constitucional; (iii) o inciso IV, do art. 167⁶¹, da Constituição Federal, não se aplica aos recursos do Fundo de Participação dos Municípios, pois estes recursos não são receitas de impostos no âmbito do município, mas, sim, de receitas correntes de transferências intergovernamentais.

Sobre o tema, a Advocacia Geral da União proferiu parecer, firmando seu entendimento pela inaplicabilidade do inciso IV, do art. 167, da Carta Magna, aos recursos do FPM, pois estes recursos, no âmbito do município, não são receitas de impostos, mas sim receitas correntes provenientes de transferências governamentais, confira-se:

(...)

17. Como deixa entrever o texto constitucional, a afetação da receita dos impostos somente é admitida, em caráter taxativo, nos casos de: i) repartição constitucional dos impostos; ii) destinação de recursos para a saúde, desenvolvimento do ensino e atividade de administração tributária; iii) prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita; e iv) oferecimento de garantia e contragarantia à União e pagamento de débitos com esta.

⁶¹ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

18.É fundamental observar que a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na receita tributária da União e dos Estados por meio dos fundos constitucionais, regulada pelo art. 159 da Constituição, foi ressalvada expressamente da vedação de vinculação das receitas dos impostos prevista no art. 167, inciso IV, da Carta.

19.Essa exceção constitucional se justifica pelo fato de as transferências constitucionais do art. 159 da Constituição não constituírem receitas derivadas do poder impositivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas sim produto de repasse constitucional decorrente do federalismo de cooperação.

20.Os valores resultantes da aplicação dos percentuais incidentes sobre o produto da arrecadação dos impostos federais transferidos aos Estados, Distrito Federal e Municípios são recursos próprios desses entes, porém não são receitas oriundas de sua competência tributária.

21.É por essa razão que o inciso IV do art. 167 da Constituição afasta, de forma peremptória, a vedação constitucional de vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa quando se tratar da repartição constitucional de impostos - notadamente a participação nos Fundos - regulada pelo art. 159 da Carta Política.

22.De fato, os recursos dos fundos de participação não têm natureza de receita de impostos para fins de incidência do art. 167, inciso IV, Constituição, como bem ponderado por Gustavo Binenbojm2:

Sabe-se que o FPE e o FPM, de fato, são nutridos por receitas de impostos federais (Imposto de Renda - IR e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI), nos termos do disposto no art. 159 da Constituição. Diante disso, questiona-se se os recursos repassados pela União, no bojo do FPE e do FPM, seriam impostos, sujeitos ao princípio da não vinculação. A resposta é negativa.

Nada obstante os fundos de participação tenham origem fiscal, não é correto dizer que os seus recursos mantenham tal natureza quando ingressam nos cofres dos Estados e Municípios. Em verdade, após sua regular constituição e distribuição, os fundos revestem-se de natureza meramente contábil, sendo típica receita pública do ente federativo que a recebe. Em outras palavras: quando os recursos do FPE ou do FPM são transferidos do Tesouro Nacional para os Estados e Municípios, deixam de ser receita de impostos. Até mesmo porque aqueles entes não têm qualquer ingerência sobre tais exações federais dirigidas aos fundos de participação. Eles apenas participam do resultado final do montante arrecadado pela União. Por isso, tais valores são contabilizados nos cofres estaduais e municipais não como receitas de impostos, mas como transferências intergovernamentais. E é justamente por essa razão que não se lhes aplica a vedação do inciso IV do art. 167.

23.Partindo dessa premissa fundamental, é fora de dúvida que Estados, Distrito Federal e Municípios possuem autorização constitucional para vincular, nos limites de sua autonomia orçamentária e financeira, suas quotas sobre receitas provenientes dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios listadas no art. 159 da Constituição.

24.A possibilidade de vinculação dos recursos entregues aos Fundos de Participação regulados pelo art. 159 da Constituição significa que os entes subnacionais podem destinar suas quotas em tais recursos para oferecimento de garantia ou contragarantia em suas operações - inclusive aquelas celebradas diretamente com as instituições financeiras.

25.No exercício da autonomia consagrada no art. 18, *caput*, da Constituição, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem dispor sobre a aplicação e eventual afetação dos recursos ligados aos Fundos de Participação. Assim sendo, mostra-se possível a utilização de suas quotas nesses Fundos do modo que melhor lhes aprouver, vinculando-as como garantia em seus negócios jurídicos, nos termos de prévia autorização legislativa, se assim corresponder às necessidades próprias e ao interesse público.

26. A respeito, merece ser trazida à baila decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais relacionada ao Fundo de Participação dos Municípios:

(...) A receita decorrente do FPM é classificada como transferência, o que não se confunde com receita de impostos, esta, sim, impossível de ser vinculada previamente a órgão, fundo ou despesa. (...) Essa transferência é composta por dois impostos - de Renda e Sobre Produtos Industrializados - ambos de competência da União. No entanto, relativamente aos municípios, esses recursos não constituem receita de seus impostos, uma vez que foge à sua competência a respectiva arrecadação, ingressando em sua Receita como transferências intergovernamentais.'

Dessa forma, desde já, firmo o entendimento de que o inciso IV, do art. 167, da Carta Magna, e, por conseguinte, a Súmula TCMG nº 96, não se aplicam aos recursos do FPM, pois estes recursos, no âmbito do município, **não são receitas de impostos, mas sim receitas correntes provenientes de transferências governamentais**. Portanto, respondo o primeiro questionamento do Consulente, no sentido de que **nada impede que o município vincule percentual do FPM para custear despesa com contribuição devida a Associação de Municípios**. (Grifou-se).⁶²

Ainda sobre o tema de inexistência de proibição constitucional de que os municípios vinculem verbas decorrentes de impostos de origem estadual. Confira-se:

A pretensão recursal merece ser acolhida. Isso porque o acórdão recorrido está em dissonância à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de que inexistente proibição constitucional de que os municípios vinculem verbas decorrentes de sua participação no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS ao pagamento de débitos com energia elétrica. A questão já foi objeto de análise pela Segunda Turma deste Tribunal no julgamento do RE 184.116/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, de cuja ementa destaco o seguinte trecho:

"CONDENAÇÃO JUDICIAL - ACORDO - PARCELAMENTO. Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição.

ACORDO - DÉBITO - ICMS - PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios" (grifos meus).

Na mesma linha, cito os seguintes precedentes: AC 421-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello e RE 460.345/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º A). Honorários a serem fixados pelo juízo de origem, nos termos da legislação processual. Publique-se. Brasília, 13 de novembro de 2013.⁶³

⁶² STF. ADI: 5.874 DF. Rel. MIN. ROBERTO BARROSO. Publicado: Disponível em: <http://www.imprensa nacional.gov.br/materia/-asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/8974526/do1-2018-04-04-parecer-n-gmf-07--8974522>. Acessado em: 07/12/2018.

⁶³ STF. RE: 626532 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/11/2013, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 18/11/2013 PUBLIC 19/11/2013. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24634284/recurso-extraordinario-re-626532-rs-stf>>. Acessado em: 10/12/2018.

Diante do exposto, conclui-se que os fundos de participação municipais têm sua importância e podem desempenhar papel significativo na viabilização de projetos de PPPs, especialmente quando se verificar no caso concreto ausência de ativos públicos.

13.2. UTILIZAÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS PREVISTOS EM LEI

A definição fundos especiais se encontra prevista na Lei nº 4.320/1964 e o Decreto 93.872/1986, também em seu artigo 71. *In verbis*, respectivamente:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

§ 1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.

§ 2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica.

De acordo com Maurício Portugal Ribeiro⁶⁴, independentemente da natureza do fundo especial, constitui patrimônio do próprio ente que o instituiu e não tem personalidade jurídica própria. Ainda segundo o referido autor, trata-se de uma forma de planejamento e de execução orçamentária, através de vinculação de receitas a determinadas finalidades. Nessas condições, ao final do exercício financeiro, o saldo não utilizado permanecerá na conta do fundo.

Enfim, os fundos especiais constituem recursos da própria administração pública segregados do ponto de vista contábil ou financeiro para uma finalidade específica. É como se

⁶⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Fundamentos Econômicos-Jurídicos. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2007. P. 227/228.

fosse “dinheiro em um bolso separado”. Seus recursos permanecem constituindo numerário da entidade pública. A execução contra o fundo especial é tratada como uma execução contra a entidade pública.

Os fundos especiais carecem de solidez, haja vista a vinculação direta dos recursos a um ente público poderá implicar em questões políticas, mesmo que o fundo especial faça parte do patrimônio de outro ente público que não esteja promovendo a PPP.

Em verdade, importa ressaltar que nem mesmo é possível que o ente público que irá promover a PPP, seja também titular do fundo especial, uma vez que não se pode admitir que o próprio Poder Concedente garanta a sua contratação. Imaginar tal circunstância implicaria em absoluta ausência de segurança jurídica e financeira.

Outrossim, dentre os pontos negativos dessa modalidade de garantia, tem: (i) os fundos especiais não possuem personalidade jurídica própria; (ii) se sujeitam ao mesmo regime jurídico do ente do Poder Público que o instituiu; (iii) apenas serve para planejamento e execução orçamentária, estando diretamente vinculados à administração direta ou indireta, motivo pelo qual o seu patrimônio é dotado de natureza pública.

Por todo exposto, a eventual execução da garantia constituída por meio da instituição ou utilização de fundos especiais seria, em verdade, uma execução contra a própria administração, sujeitando o credor ao regime precatório.

13.3. CONTRATAÇÃO DE SEGURO-GARANTIA

A contratação de seguro-garantia como modalidade de garantia a ser ofertada pelo Poder Concedente ao Concessionário, está prevista no art. 8º, III, da Lei de PPP, *in verbis*:

Art. 8º (...)

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;⁶⁵

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Ou seja, a própria norma legal prevê que o seguro-garantia deve ser contratado com companhias seguradoras⁶⁶ que não sejam controladas pelo Poder Público. Isto porque, primeiro o risco do projeto não poderá ser atribuído ao Poder Público, bem como objetiva-se eliminar o risco de natureza política.

Considerando que nas PPP's o risco é compartilhado entre o Poder Concedente e o Concessionário, o legislador buscou criar mecanismos que possibilitassem que o Poder Concedente efetivamente assumisse riscos, promovendo um equilíbrio da relação contratual.

O seguro-garantia é contratado pela Administração Pública e se destina a cobrir os riscos relacionados ao cumprimento de obrigações pelo Poder Concedente, permitindo a execução da garantia de forma fácil e rápida, pelo mero acionamento.

Assim, ocorrendo um sinistro e após ser acionada, a seguradora pagará ao Concessionário ou aos financiadores o valor da indenização equivalente à obrigação que não foi cumprida pelo Poder Concedente. Outro aspecto vantajoso do seguro é a possibilidade de designar os financiadores diretamente como beneficiários nas apólices, ao invés dos próprios parceiros privados.

Em que pese de revele uma modalidade bastante vantajosa e prática para o Concessionário, há algumas questões que pesam negativamente para o Poder Público, quais sejam (i) o custo para obtenção das garantias, uma vez que quanto maior for o risco de inadimplemento, maior serão os custos assumidos pela Administração Pública; (ii) o momento de crise vivenciado pelo Brasil tende a retrair o mercado, razão pela qual dificilmente o Poder Concedente encontrará uma seguradora que nutra a intenção de assegurar eventual inadimplemento Poder Público, em um contrato que poderá perdurar até 35 anos.

Tomando como base as supracitadas circunstâncias, Maurício Portugal Ribeiro, em seu livro *Comentários à Lei de PPP*, esclarece:

⁶⁶ Art. 18. Lei 4.595/1964 - As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

Pensamos que essa modalidade de garantia deva se restringir, assim, nesse primeiro momento, àquelas parcerias em que (i) a contraprestação pública constitua parcela pouco significativa, de maneira que o risco a ser segurado seja de pequeno montante, ou (ii) o prazo do seguro-garantia seja diminuto, o que também permitiria minimizar grandemente o risco.⁶⁷

Analisando conjuntamente a necessidade do Poder Concedente, a realidade econômico-financeira vivenciada pela maioria dos municípios brasileiros e pelo setor privado, é possível antever a impossibilidade de implementação do seguro-garantia, haja vista que a minimização do risco implicaria em onerar demasiadamente o Poder Concedente.

13.4. GARANTIA PRESTADA POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Inicialmente, importa esclarecer que instituição financeira está voltada diretamente para o mercado de capital, atuado na otimização de alocação de capitais financeiros, analisando riscos, custos e prazos.

De acordo com o art. 17 da Lei 4.595/1964, dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Ou seja, diante dessa conceituação, analisando conjuntamente 17 e 18 da Lei 4.595/64, a instituição financeira e companhias seguradoras correspondem a formas distintas de organização.

⁶⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Fundamentos Econômicos-Jurídicos. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2007. P. 229.

Relativamente aos organismos internacionais⁶⁸, esclarece-se que, nestes casos, os fluxos de financiamento desses bancos, obedecem a critérios econômicos e políticos, apresentando pontos de inflexão consideráveis a começar pela maior estabilidade e previsibilidade das economias, garantido segurança ao projeto de PPP.

De acordo com Maurício Portugal Ribeiro⁶⁹, em seu livro *Comentários à Lei de PPP*, uma possível vantagem na utilização dessa estrutura está no fato de o mercado privado aparentemente preferir uma garantia prestada organismos multilaterais.

Segundo Carlos Eduardo Lampert Costa e outros⁷⁰, os bancos multilaterais podem ser classificados como intermediários financeiros internacionais, cuja propriedade encontra compartilhada entre Estados soberanos, que captam recursos nos mercados de capitais privados e de fontes oficiais.

A lógica de funcionamento dos organismos internacionais/multilaterais consiste no direcionamento dos recursos captados pelo Poder Concedente, diante de custos competitivos, para implementar inclusive financiamento de projetos PPP's nos países mutuários, em geral com baixo retorno financeiro, mas com importantes retornos econômico e social.

Dessa forma, em que pese transparência credibilidade ao setor privado, despertando interesse nas empresas que atuam no ramo do objeto a ser licitado, o interesse de acorrer ao certame, a contratação de garantia junto à organismos internacionais implicará em custo extra/adicional ao projeto de PPP.

Em síntese, é preciso verificar se a redução do custo da contraprestação do parceiro privado é capaz de superar os custos de contratação da garantia junto ao organismo internacional. Constatando-se que a contratação desta garantia implicará em economia para o Poder Concedente, então trata-se de uma modalidade eficaz.

⁶⁸ Por exemplo, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), a Corporação Financeira Internacional (IFC), o Banco Japonês para a Cooperação Internacional (JBIC) ou a Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

⁶⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2007. P. 231.

⁷⁰ COSTA, Carlos Eduardo Lampert Costa; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; ALMEIDA, Nathália Filgueiras de. *A Lógica de Funcionamento dos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento e o seu Relacionamento com o Brasil no período 1990-2012*. *Boletim de Economia e Política Internacional | BEPI* | n. 16. Jan./Abr. 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3793/1/BEPI_n16_1%C3%B3gica>. Consultado em 13/11/2018.

13.5. EMPRESA ESTATAL OU FUNDO GARANTIDOR.

Consoante explicado inúmeras vezes, um projeto de PPP para ser atrativo precisa ter uma estruturação de garantia com qualidade e solidez, capaz de suprir eventuais percalços políticos e econômico-financeiro.

Dentre as modalidades de garantia, o art. 8º, v, da Lei de PPP, previu a possibilidade de garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, as quais serão analisadas neste tópico.

Em contratações comuns firmadas entre o setor privado e o Poder Público, não há qualquer garantia para o contratado de que a Administração Pública irá adimplir com todas as suas obrigações. Ou seja, em caso de não ser realizada a contraprestação devida pelo Contratante, o máximo que o contratado poderá fazer para receber seus créditos é ajuizar uma ação, cobrando os referidos valores.

Surge nesse contexto a figura do precatório, que são requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de municípios, estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva⁷¹.

Ou seja, após aguardar transcorrer todo o processo judicial e o trânsito em julgado da Decisão final, o contratado ainda precisará aguardar na fila de precatórios, a fim de receber sua contraprestação devida pelo Poder Público Contratante.

A supracitada realidade desestimula vultuosos investimentos pelo setor privado, consoante é necessário no âmbito das PPP's, motivo pelo qual vários Estados têm adotado o uso de empresas públicas ou sociedades de economia mista para prestar as garantias públicas, como é o caso, por exemplo, da Companhia Paulista de Participações (no Estado de São Paulo) ou da PBH Ativos S.A. (no município de Belo Horizonte).

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entes estatais que possuam natureza jurídica privada não se sujeitam ao regime de precatórios, ou seja, este regime se aplica apenas sociedades de economia mista que atuam em regime de não concorrência. Acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

⁷¹ O que são os precatórios? Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77269-o-que-sao-os-precatorios>>. Consultado em 13/11/2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 1. À luz da orientação do Supremo Tribunal Federal, as sociedades de economia mista que atuam na prestação de serviços públicos em caráter não concorrencial e que são custeadas com verbas públicas submetem-se ao regime de precatórios. 2. E essa é a situação do hospital agravante, considerada empresa estatal dependente para todos os fins. Precedentes: (ARE 698.357-AgR, voto da min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012.) Vide: RE 599.628, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25-5-2011, Plenário, DJE de 17-10-2011, com repercussão geral, e também RE 856.948-Agr, voto do min. Dias Toffoli, j. 02/02/2015). Agravo de instrumento provido.⁷²

Ainda no que diz respeito à execução por precatórios, cumpre esclarecer sua inaplicabilidade perante os fundos garantidores de PPPs, haja vista a personalidade jurídica de direito privado dos fundos. Nesses casos, a eventual execução dos ativos de tais fundos não estaria condicionada, portanto, às restrições de alienabilidade e penhorabilidade atinentes aos bens públicos, circunstância que torna o fundo garantidor um mecanismo de garantia mais sólido.

Frederico Bopp Dieterich, no seu trabalho denominado “Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas”, exemplificou:

Podemos aqui citar o caso do Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE) criado pela União (mas que ainda não participou de nenhuma PPP) e do Fundo Garantidor Baiano de Parcerias (FGBP), criado pela lei estadual nº 12.610, de 27 de dezembro de 2012.

Ambos os fundos têm natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e estão sujeitos a direitos e obrigações próprios; em caso de inadimplemento, os bens e direitos do fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

Assim, em caso de execução contra tais fundos, não se aplica o regime de precatórios.⁷³

Especificamente no âmbito do Estado de Sergipe, o Governo através da Lei nº 6.299/2007, instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas de Sergipe, com a finalidade de disciplinar, promover, fomentar e fiscalizar atividade a atividade de agentes do setor privado que, na condição de parceiros, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

⁷² TJ-RS - AI: 70076447275 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 30/05/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2018. Jusbrasil. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561359621/apelacao-civel-ac-70076172949-rs>>. Acessado em: 10/12/2018.

⁷³ Dieterich, Frederico Bopp, Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas; editores, Luciano Schweizer, Maria Netto, 2017, p. 35.

No que diz respeito ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP), o Decreto nº 6.299/2007⁷⁴ prevê que o mesmo terá natureza privada e patrimônio próprio, com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelo Administração Pública Estadual.

A supracitada norma legal, ainda, determina que o FGP seja administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira oficial, a quem caberá deliberar sobre a gestão e alienação de seus bens e direitos, garantindo, assim, a manutenção da rentabilidade e liquidez⁷⁵.

Sobre o tema, Maurício Portugal leciona:

Os diversos entes federativos têm inúmeros bens – especialmente bens móveis e imóveis não utilizados pela Administração e ações excedentes às necessárias para manutenção do controle societário – que, apesar de comporem o patrimônio público, nenhum benefício direto trazem para a coletividade. Enquanto o patrimônio de entes federativos, esses bens não podem ser oferecidos em garantia, em razão do princípio da inalienabilidade e da impenhorabilidade de bens públicos. Todavia, uma vez transferida a propriedade desses bens para o fundo garantidor ou empresa estatal com a mesma finalidade, poder-se-á obter um benefício econômico para toda a coletividade.

Isso porque esses bens, que antes não tinha utilidade imediata, passam a garantir contratos administrativos e permitem a redução do valor de tarifa ou do montante exigido pelo Poder Público a título de contraprestação.⁷⁶

Com o intuito de implementar o Fundo Garantidor, a norma estadual em seu art. 13º, § 3º, autorizou o Poder Executivo, mediante decreto, alocar bens, direitos e créditos do Estado como aporte para o FGP. Outra alternativa prevista foi a autorização para que o Estado promova transferências de dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual ou em créditos adicionais em favor do FGP, respeitadas as limitações legais, para capitalização do

⁷⁴ Art. 13 § 2º O FGP tem natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, e estando sujeito a direitos e obrigações próprios, do qual podem participar, além do próprio Estado, suas autarquias, fundações, empresas estatais e sociedade de economia mista.

BRASIL. Decreto Nº 6.299, de 12 de Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6299.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

⁷⁵ Art. 13. § 1º O FGP deve ser administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira oficial, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei (Federal) nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, competindo, a esta, deliberar sobre a gestão e alienação de bens e direito do Fundo, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

BRASIL. Decreto Nº 6.299, de 12 de Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6299.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

⁷⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Fundamentos Econômicos-Jurídicos. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2007. P. 232/241.

mesmo, inclusive com recursos de fundos estaduais, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, participação acionária em empresas públicas, sociedades de economia mista, além de outros de natureza similar.

Em que pese a tentativa do Estado de Sergipe em implementar as PPP's no âmbito estadual, contudo não há qualquer registro de finalização deste tipo de projetos, sendo que o FGP sequer foi regulamentado por meio de Decreto.

Através da Lei nº 9.290, de 27 de Dezembro de 2004, o Estado da Bahia instituiu o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia (Fage Bahia), entidade contábil sem personalidade jurídica, com o objetivo de viabilizar a implementação do Programa de PPP, conferindo-lhe sustentação financeira, nos termos do art. 17 da referida norma legal.

No entanto, posteriormente, o Governo da Bahia revogou os artigos que previam e disciplinavam o seu Fundo Garantidor, nos termos do art. 5^o⁷⁷, da Lei Estadual 12.912 de 11 de outubro de 2013.

Atualmente, a Estado da Bahia tem sua estrutura de garantias de forma diversa. O Fundo Garantidor Baiano de Parcerias – FGBP tem natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e está sujeito a direitos e obrigações próprias.

Ademais, O FGBP é administrado, gerido e representado, judicial e extrajudicialmente, pela DESENBAHIA - Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A., pessoa jurídica de direito privado, constituída como sociedade anônima de capital fechado, conforme autorização da Lei Estadual nº 2.321, de 11 de abril de 1966, para operar como instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado da Bahia.

O pagamento e garantias de PPP se dá a partir da transferência de percentual oriundo de recurso do FPE à DESENBAHIA, formato capaz de assegurar os pagamentos e a confiabilidade no negócio.

14. ASPECTOS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

⁷⁷ Art. 5º - Ficam revogados os arts. 12 e 13 da Lei nº 12.610, de 27 de dezembro de 2012, os arts. 17 a 22 da Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, a Lei nº 12.604, de 14 de dezembro de 2012, e demais disposições em contrário.

BAHIA. Lei Nº 12.912 de 11 de Outubro de 2013. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/legest_2013_12912.pdf>. Acessado em: 09/12/2018.

Objetivando delinear a maneira como a concessão administrativa deve se apresentar no âmbito das contratações públicas, principalmente no que atine aos serviços de manejo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos, importa discutir acerca dos seus aspectos constitucionais, administrativos, ambientais, trabalhistas e fiscais.

14.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Administração Pública dos Municípios é, inquestionavelmente, a usuária indireta dos serviços, haja vista o intuito principal de garantir ao funcionamento regular da infraestrutura do Sistema de Manejo e Gestão de Resíduos Sólidos dos referidos Municípios.

A Constituição Federal merece atenção, especialmente em razão da divisão de competências entre os entes federados. O artigo 30⁷⁸ da CF/88 define as competências dos Municípios, sendo que o serviços de manejo e Gestão de Resíduos Sólidos municipais diz respeito à assunto de interesse local.

⁷⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

Outrossim, o artigo 37, caput⁷⁹ e XXI da CF/88, ainda, delinea os princípios a serem obedecidos pela Administração Pública e a necessidade de realização de procedimento licitatório para as contratações públicas.

Nesse contexto, a Constituição Federal preceitua que incumbe à Administração Pública, na forma da lei, a prestação de serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, e diz que a lei disciplinará as concessões. Confira-se:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Considerando que o objeto a ser licitado compõe os serviços de Saneamento Básico e tendo em vista que os Municípios são os titulares desses serviços públicos⁸⁰, constata-se que a própria norma legal estabeleceu a competência dos Municípios em implementar os multicitados serviços.

⁷⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁸⁰ Art. 8º-A. Os Municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos Municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas respectivas áreas geográficas. (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

§ 2º Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio: (Incluído pela Medida Provisória nº 844, de 2018)

(...)

II - de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

Ademais, promovendo-se uma análise conjunta do art. 175 da CF/88 e do art. 8º da Lei de Saneamento Básico, tem-se que o Poder Executivo municipal tem a discricionariedade de delegar a concessão dos serviços públicos de manejo e gestão de resíduos sólidos.

O art. 21, inc. XX da Constituição Federal de 1988 atribuiu competência privativa à União para instituir diretrizes sobre saneamento básico, nos seguintes termos:

Art. 21 - Compete à União:

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;⁸¹

No exercício desta competência foi editada a Lei nº. 11.445/07 que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico (art. 1º), abarcando, portanto, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, objeto do presente estudo.

No art. 23 da supracitada norma, o legislador constituinte conferiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência comum para promover a melhoria das condições habitacionais e de Saneamento Básico.

Assim, os Estados, mesmo não sendo titulares do serviço de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos em questão, têm competência para planificar no âmbito do seu território as políticas públicas voltadas para a melhoria das condições de saneamento básico.

Em que pese à referida indefinição do papel dos Estados membros é sabido de todos que os mesmos podem atuar para estimular a adoção pelos Municípios de modelos de gestão associada voltados para a otimização do uso dos recursos financeiros e naturais (solo), objetivando uma maior eficiência do serviço prestado, e a universalização de serviços de qualidade.

Além disso, a Constituição Federal em seu artigo 25, § 3º⁸², confere aos Estados a competência para, mediante lei complementar, instituir de forma compulsória regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, regime este denominado

⁸¹ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁸² BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

pela doutrina de coordenação federativa, já que não pressupõe a participação paritária de entes federados e sim a atuação do Estado como ente de coordenação.

Nesse contexto, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos figura como um serviço público de interesse local, sendo, portanto de competência do Município.

Outrossim, a Constituição Federal, em seu art. 175⁸³, incumbe à Administração Pública, na forma da lei, a prestação de serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, e diz que a lei disciplinará as concessões.

Tem-se, assim, que o serviço em destaque, cuja competência é claramente municipal, pode ser prestado pelo Município direta ou indiretamente (por concessão ou permissão, precedida, em geral, por processo licitatório); ou ainda, como disciplinam o art. 14 e seguintes da Lei de Saneamento Básico, por meio de consórcio público ou convênio de cooperação para gestão associada – ou prestação regionalizada, objeto deste trabalho.

Na fase interna da licitação, cumpre à Administração definir quais os requisitos de habilitação serão exigidos no instrumento convocatório. As exigências da fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração de interessados inexperientes ou incapazes para prestar/executar o objeto desejado. De acordo com o art. 37, XXI⁸⁴, da Constituição Federal, as exigências de qualificação técnica e econômica serão aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

14.2. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

A grande maioria dos municípios brasileiros não dispõem de estrutura e equipamento hábil para conferir tratamento e destinação final ambientalmente adequado dos seus resíduos sólidos. Infelizmente, ao longo dos anos, a grande maioria dos municípios tem feito uso de descarte irregular em lixões.

A ausência desta estrutura/equipamento (transbordo e aterro sanitário) é o grande gargalo para implementação e adequação dos Municípios à PNRS, haja vista que, para dispor de tal

⁸³ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁸⁴ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

estrutura/equipamento, é imperiosa a disponibilidade de recursos vultosos, à vista dos altos custos de implantação e operação.

A execução direta pela Administração Municipal demanda uma eficiência ampliada por parte da gestão, porquanto é assente que não incomum ocorrer, no funcionalismo público, a falta de capacitação profissional, a indisponibilidade de instrumentos de controle e gerenciamento, a morosidade habitual dos processos de aquisição e suprimento de peças, materiais e ferramentas e a permanente falta de recursos, especialmente para fazer frente aos investimentos, o que pode tornar inviável tal opção.

A terceirização dos serviços, prática adotada pela maioria dos Municípios, também em determinados casos pode se afigurar incompatível vem apresentando sérios problemas, eis que, por força da Lei nº 8.666/93, os prazos de contratação são relativamente curtos (sessenta meses) para fins de amortizar os investimentos necessários à melhoria na qualidade dos serviços e implantação das novas políticas públicas de saneamento básico, instituída pela Lei nº 11.445/2007, e Plano Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecido através da recente Lei nº 12.305/2010. Estas normas prescrevem rígidos padrões qualitativos e quantitativos, assim tecnológicos, relativos à prestação dos aludidos serviços, que somente poderão ser alcançados mediante vultosos aportes financeiros, algo não factível à maioria dos municípios brasileiros.

Assim, a escassez de recursos públicos para investimentos tornou imperativa uma nova política de transferência para a atividade privada de diversos segmentos de serviços públicos antes prestados diretamente pelo Poder Público. A Lei nº 8.987/95 regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. A concessão comum, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o:

[...] instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁸⁵

Do conceito oferecido, extrai-se que as concessões comuns são utilizadas quando se trata de projetos economicamente viáveis, auto-sustentáveis do ponto de vista financeiro. O

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores: 2005, p. 658.

concessionário busca a sua remuneração, para a amortização do capital investido, custeio da operação e lucro empresarial, na própria exploração do serviço público ou obra, através, básica e primordialmente, da cobrança direta de tarifas do usuário direto.

Há casos, entretanto, em que a implementação do projeto demanda uma contraprestação direta e integral da Administração Pública, ou em caráter complementar ao montante arrecadado com a tarifa cobrada dos usuários. Vem à lume, nesse contexto, a parceria público-privada, instituída pela Lei nº 11.079/2004, como sendo o contrato especial de concessão que estabelece contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sob duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

A concessão patrocinada envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, obrigatória contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Na concessão administrativa, o serviço será prestado direta ou indiretamente à própria Administração Pública. Esta última modalidade, segundo o art. 3º⁸⁶ da nova Lei nº 11.079/2004, é regida por suas próprias disposições e também pelo disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 07 de julho de 1995.

O desenvolvimento desse novo modelo de delegação foi concebido para viabilizar a participação da iniciativa privada em atividades incapazes de serem desenvolvidas através das concessões comuns, pois o Estado arcará com parte ou com a totalidade do investimento realizado pelo particular, mas não o fará de imediato. Primeiro obterá a obra ou o serviço e, paulatinamente, irá pagando pelos custos adiantados pelo particular.

O Professor Alexandre Aragão, em seu estudo “*As Parcerias Público Privadas – PPP’S no Direito Positivo Brasileiro*”, preleciona que:

Carlos Ari Sundfeld define as concessões administrativas como sendo os contratos de prestação de serviços de que a Administração é usuária, mediata e imediata, em que: (a) há investimento do concessionário na criação de infra-estrutura relevante; (b) o preço é pago periódica e diferidamente pelo Concedente em prazo longo, permitido a amortização de investimentos e o custeio; e (c) o objeto não se restringe à execução de obra ou fornecimento de mão-de-obra e bens (estes, se existirem deverão estar vinculados à prestação de serviços). Em outras palavras tem que haver a gestão do bem – prestação de serviços através dele -, o que ao mesmo tempo diferencia as concessões administrativas da simples prestação terceirizada de serviços (em que não há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado à Administração Pública e da

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

empreitada de obras públicas (em que há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado, mas não a prestação de serviços através dela).

(...)

(...) a remuneração do concessionário administrativo deve, ainda que não seja uma participação financeira, ter relação direta com a quantidade e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que constitui decorrência direta de a Lei impor a repartição de riscos (arts. 4º, VI e 5º, III, Lei nº 11.079/04). A sua remuneração não pode, portanto, ser fixa – indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados -, com o que a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e empreitada da Lei nº 8.666/93.⁸⁷

As obrigações pecuniárias contraídas pelos parceiros públicos em virtude das PPP poderão ser garantidas por vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais, contratação de seguro-garantia, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim e outros mecanismos admitidos em lei.

Trata-se de contrato de direito público, de longo prazo e caráter extraordinário, somente aplicável a ajustes de grande vulto, cujo valor seja equivalente ou exceda a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), possua prazo de vigência igual ou superior a 05 (cinco) anos (mas não excedente a 35 anos) e envolva compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, inclusive no tocante à cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Conquanto a lei condicione a contratação no modelo de parceria público-privada à demonstração das razões de “conveniência e oportunidade”, a abertura do processo licitatório não configura ato discricionário, porque os critérios que apontam para a opção pela PPP devem ser objetivos, evidenciando, por exemplo, os riscos de colapso do sistema caso as obras e/ou os serviços não sejam realizados, bem como a ausência de recursos públicos para a sua implantação imediata, razão pela qual se transfere à iniciativa privada a prestação dos serviços com a correlata remuneração, tendo como contrapartida a realização dos investimentos que, inicialmente, caberiam ao poder público.

14.3. ASPECTOS AMBIENTAIS

⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público Privadas – PPP’S no Direito Positivo Brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 105-145. Abr./Jun. 2005.

A exigência constitucional de Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) para a instalação de obra potencialmente prejudicial ao meio ambiente, constante no inciso IV do §1º do art. 225.⁸⁸

Igualmente, o inciso V do mesmo dispositivo impõe ao Poder Público o ônus de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Insta apontar ainda para a Resolução nº. 237/97 do CONAMA⁸⁹, que disciplina o procedimento para o licenciamento ambiental, inerente à localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, consoante regra do art. 2º.

O Anexo I da referida resolução incluiu no rol das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental a destinação final dos resíduos sólidos urbanos, seguindo a orientação da Resolução nº. 01/86 do CONAMA que já presumia a elaboração de estudos ambientais (EIA/RIMA) prévios à instalação e operação de aterro sanitário.

Tais disposições demonstram a preocupação do legislador não só com a prevenção de danos ambientais efetivos (princípio da prevenção), mas, especialmente, com a neutralização – ou, pelo menos, a minimização – de qualquer risco de dano, ou dano potencial, para o meio ambiente.

Especificamente sobre o licenciamento dos empreendimentos que serão construídos, tem-se que as atividades de trasbordo e destinação final de resíduos sólidos urbanos dos Municípios são de impacto regional, motivo pelo qual o órgão competente para processar e expedir os devidos licenciamentos ambientais é o Estadual.

⁸⁸ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

⁸⁹ Art. 15. Lei Estadual 5.857/2006 - O licenciamento, o monitoramento e a fiscalização das unidades geradoras, bem como as regras para coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos de qualquer espécie, dentro do território do Estado, devem estar sujeitos aos termos desta Lei, das normas dela decorrentes, das Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, e demais normas federais pertinentes.

De acordo com a Resoluções 237/1997 do CONAMA, as licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade. *In verbis*:

Art. 8º, Resoluções 237/1997 do CONAMA - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.⁹⁰

No caso em tela, o licenciamento ambiental desenvolve em 3 (três) fases, quais sejam, licença prévia (LP), licença de instalação (LI) e licença de operação (LO), exigindo que a Concessionária contratada tenha expertise na implantação de empreendimentos como aterro e transbordos, sob pena da ocorrência de danos ambientais, o que é inadmissível.

14.4. ASPECTOS TRABALHISTAS E FISCAIS

A norma legal estabeleceu como obrigação única e exclusiva da Concessionária, a responsabilidade pelas contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas por ela, no qual serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela Concessionária e o Poder Concedente⁹¹.

⁹⁰ CONAMA. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.htm>>. Acessado em: 09/12/2018.

⁹¹ Art. 31, Lei Federal nº. 8.987/1995

Embora a contratação de mão-de-obra seja obrigação da Concessionária, bem como, eventuais demandas trabalhistas também serão de responsabilidade do parceiro privado, compete ao Poder Concedente demonstrar que adotou todas as medidas cabíveis e necessária para contratação hígida.

No que couber, a Lei 8.666/93 pode ser aplicada subsidiariamente no âmbito das Parcerias Públicas Privadas. É ditada por seu art. 29, o rol de documentos necessário para o licitante comprovar sua regularidade fiscal e trabalhista:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes

(CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto

contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos

por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.⁹²

Registra-se, ainda, que os riscos trabalhistas precisam estar devidamente previstos na matriz de risco da PPP, incluindo a Previsão no Contrato de Cláusula de Responsabilidade Trabalhista e de Sucessão Trabalhista, Previsão no Contrato de glosa a partir do trânsito em julgado de eventual condenação, Previsão no Contrato de obrigação de manutenção da Garantia

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

BRASIL. Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

⁹² BRASIL. Lei n° 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

de Execução do Contrato até que a SPE comprove a regularidade da rescisão dos contratos de trabalho e quitação dos encargos trabalhistas correspondentes.

15. DAS COOPERATIVAS

A coleta seletiva consiste inicialmente no processo de segregação de resíduos sólidos conforme sua constituição ou composição, para posteriormente garantir destinação adequada aos resíduos. Os resíduos recicláveis são direcionados para reciclagem/reaproveitamento, enquanto que os rejeitos são encaminhados para aterros sanitários, seu destino final.

Nesse sentido, o Decreto 7.404/2010 define a implantação do sistema de coleta seletiva como instrumento essencial para se atingir a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, conforme disposto no art. 54 da Lei nº 12.305/2010⁹³.

Antes mesmo de ser instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos, em 25 de abril de 2001, a CONAMA já havia criado meios de auxiliar e incentivar a coleta seletiva, estabelecendo para tanto o código de cores para os diferentes tipos de resíduos, a ser adotado na identificação de coletores e transportadores, bem como nas campanhas informativas para a coleta seletiva.

Para que o sistema de coleta seletiva tenha resultados positivos é primordial que o Poder Público, paralelamente a implantação da coleta seletiva, promova também educação ambiental para toda população. Isto porque, para que haja a segregação dos resíduos sólidos, necessariamente, será preciso que os consumidores entendam sua responsabilidade e obrigação de, ao menos, separar resíduos secos e úmidos.

Em verdade, o titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos deverá estabelecer as formas de segregação, incentivando cada vez mais que a separação dos resíduos secos ocorra em suas parcelas específicas (papel, vidro, metal e plástico), bem como definirão os procedimentos para o acondicionamento adequado e sua disponibilização dos resíduos sólidos objeto da coleta seletiva.

⁹³ BRASIL. Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Além disso, a coleta seletiva é um importante meio de subsistência de muitas famílias de baixa renda, que em geral se submetem a circunstâncias subumanas de trabalho nos diversos lixões espalhados pelo Brasil.

Infelizmente, muitos municípios ainda não possuem Plano Municipal de Gestão e os que têm, por muitas vezes, são ineficazes. Por isso a importância de não apenas criar o Plano de Gestão, mas o de promover o seu cumprimento.

O art. 57⁹⁴ da Lei Federal nº 11.445/2007 alterou o inciso XXVII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, passando a ser dispensável licitação para contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, desde que efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda.

A Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos previu que terão prioridade no acesso aos recursos da União, aqueles Municípios que incluírem no seu Plano de Gestão Integrada a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda. *In verbis*:

Art. 18. A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade. (Vigência)

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

I - optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos, incluída a elaboração e implementação de plano intermunicipal, ou que se inserirem de forma voluntária nos planos microrregionais de resíduos sólidos referidos no § 1o do art. 16;

II - implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.⁹⁵

⁹⁴ BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

⁹⁵ Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Trata-se de uma preocupação social do legislador, para desburocratizar e, assim, viabilizar a realização da coleta seletiva, garantindo a geração de emprego para pessoas de baixa renda.

Dessa forma, o manejo de resíduos sólidos está incluído no Plano Nacional de Saneamento Básico – PNSB, motivo pelo qual a implementação da PNRS deve se dar com base numa análise conjunta.

Outrossim, os trabalhadores de cooperativas e associações precisam de infraestrutura no seu ambiente de trabalho para desenvolverem suas atividades de forma satisfatória. Logo, é necessário sempre buscar mecanismos para implantação e melhoria da infraestrutura para os serviços de coleta seletiva.

É necessário incentivar os municípios a adotar boas práticas de gestão e remuneração das cooperativas de catadores que atuam no serviço de coleta seletiva. Conforme cediço, o processo de coleta seletiva se encerra com a venda dos materiais para a indústria de reciclagem, motivo pelo qual deve haver um fortalecimento dos mecanismos do comércio de materiais recicláveis, utilizando como metas a minimização das disparidades de preços, o estabelecimento de procedimentos de segregação, padronização, acondicionamento e comercialização e a minimização das diferenças regionais na gestão e comercialização.

A implantação da coleta seletiva em cada município deverá ser feita em estrita observância ao arcabouço legal existente no âmbito federal e estadual. Caberá a cada município propor a aprovação de legislação municipal específica que atenda às peculiaridades locais, levando-se em conta a necessidade de adequação dos Planos Diretores de Desenvolvimento Urbano atualmente em vigor.

Também deve ser avaliada a conveniência do estabelecimento de taxa específica para a manutenção dos serviços de coleta convencional e seletiva. As estratégias recomendadas são:

- Criar legislação específica para resíduos sólidos e coleta seletiva no âmbito do município;
- Incluir os catadores e catadoras de materiais reutilizáveis e recicláveis como participantes das discussões das políticas públicas sobre resíduos e coleta seletiva;
- Orientar a formatação de instrumentos para a realização de contratos de coleta seletiva como serviço público a ser prestado pelas cooperativas e associações;
- Criar ou atualizar o código municipal de coleta seletiva;
- Criar Decreto da Agenda Ambiental na Administração Pública;
- Alinhar a legislação municipal de Resíduos Sólidos com a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos;

- Criar instrumentos legais para punir aquele que descarta os resíduos em locais inapropriados;
- Criar leis e conselhos para a fiscalização de indústrias relacionadas à coleta seletiva;
- Criar o Conselho Municipal do Meio Ambiente;
- Criar mecanismos que garantam os direitos trabalhistas dos catadores e catadoras;
- Legalizar a constituição das associações e cooperativas;
- Implantar políticas públicas no âmbito do município, que incentivem o setor de comércio a colaborar com o programa de coleta seletiva;
- Criar lei para que todos os órgãos públicos municipais passem a utilizar somente papel reciclado;
- Criar lei que favoreça a população na coleta seletiva solidária;
- Criar mecanismos legais para a comercialização dos materiais recicláveis.

Ante o exposto, verifica-se a importância das cooperativas para promover a implementação da coleta seletiva e o desenvolvimento socioeconômico e ambiental.

16. DA INSTITUIÇÃO DA TAXA DE LIXO

A taxa é um tributo contraprestacional (vinculado) usado na remuneração de uma atividade específica, seja serviço ou exercício do poder de polícia e, por isso, não se atém a signos presuntivos de riqueza. As taxas comprometem-se tão somente com o custo do serviço específico e divisível que as motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida, conforme art. 145, II, da Constituição Federal de 1998:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;⁹⁶

⁹⁶ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

De acordo com entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁷, o poder público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

É preciso ter em mente que o princípio da proporcionalidade, nesse contexto, visa inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

No que diz respeito a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.

Relativamente a taxa de lixo, em que pese a discussão acerca da sua inconstitucionalidade, esclarece-se que o Supremo Tribunal Federal já firmou o seu entendimento no sentido de que o serviço de coleta de lixo domiciliar deve ser remunerado por meio de taxa, conforme Súmula Vinculante 19 e julgados abaixo transcritos. *In verbis*:

Súmula Vinculante 19

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

(...) observo, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal fixou balizas quanto à interpretação dada ao art. 145, II, da CF/1988, no que concerne à cobrança de taxas pelos serviços públicos de limpeza prestados à sociedade. Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros). Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços

⁹⁷ STF. ADI 2.551 MC-QO. Rel. min. Celso de Mello. Julgamento: 02/03/2003, P, DJ de 20-4-2006. Jusbrasil. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771301/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-qo-2551-mg>>. Acessado em 10/12/2018.

públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos. (...) Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra.⁹⁸

I — A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o art. 145, II, da Constituição Federal;

II — A taxa cobrada em razão dos serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos ofende o art. 145, II, da Constituição Federal;

III — É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.⁹⁹

A irresignação merece prosperar. Inicialmente, ressalta-se que “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal” (Súmula Vinculante 19). (...) constata-se que o acórdão recorrido destoa da jurisprudência desta Corte, segundo a qual é constitucional a taxa de serviços urbanos referente à limpeza pública quando a sua base de cálculo guarda pertinência com a metragem da área construída do imóvel e respectiva finalidade. (...) Ante o exposto, conheço do recurso a que se dá provimento, nos termos do art. 21, § 2º, do RISTF, com a finalidade de reformar o acórdão recorrido para fins de determinar a inclusão dos valores relativos à taxa de serviços urbanos da parte recorrente no exercício de 2002 na execução fiscal subjacente.¹⁰⁰

O reclamante aponta violada a Súmula Vinculante 19, (...) a Corte reclamada declarou a inexigibilidade da denominada “taxa de serviços urbanos”, prevista na Lei Municipal 106/2006, à consideração de que esta engloba, em um único valor, os serviços de coleta de lixo, de conservação de calçamento e limpeza pública. O referido acórdão, ao contrário do que alegado pelo reclamante, prestigia o entendimento cristalizado na Súmula Vinculante 19, no sentido da constitucionalidade da taxa cobrada em razão da prestação de serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que tais atividades sejam dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral e de forma indivisível. (...) 5. Quanto ao pedido de declaração da inexigibilidade apenas da taxa de conservação de ruas e da taxa de limpeza pública, registro que não compete a esta Suprema Corte, na via reclamatória, apreciar o referido pleito. Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte reputa inviável conferir à reclamação a natureza de sucedâneo recursal ou de meio ensejador do reexame do conteúdo do ato reclamado. (...) 6. Ante o exposto, ausente afronta à

⁹⁸ STF. RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>. Acesado em: 10/12/2018.

⁹⁹ STF. Tese definida no RE 576.321 QO-RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Acessado em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Disponível em 10/12/2018.

¹⁰⁰ STF. RE 952.512, rel. min. Edson Fachin, dec. monocrática, j. 31-3-2017, DJE 68 de 5-4-2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

Súmula Vinculante 19, nego seguimento à reclamação (art. 21, § 1º, do RISTF), resultando prejudicado o pedido liminar.¹⁰¹

A jurisprudência deste Tribunal já firmou o entendimento no sentido de que o serviço de coleta de lixo domiciliar deve ser remunerado por meio de taxa, uma vez que se trata de atividade específica e divisível, de utilização efetiva ou potencial, prestada ao contribuinte ou posta à sua disposição. Ao inverso, a taxa de serviços urbanos, por não possuir tais características, é inconstitucional.¹⁰²

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da legitimidade da taxa de coleta de lixo proveniente de imóveis, entendendo como específico e divisível o serviço público de coleta e tratamento de lixo domiciliar prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.¹⁰³

O exame da possibilidade de o serviço público ser destacado em unidades autônomas e individualizáveis de fruição não se esgota com o estudo da hipótese de incidência aparente do tributo. É necessário analisar a base de cálculo da exação, que tem por uma de suas funções confirmar, afirmar ou infirmar o critério material da regra-matriz de incidência.¹⁰⁴

Por outro lado, questionou-se, ainda, a constitucionalidade da utilização de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto para calcular o valor de taxa de lixo.

Acerca do tema, o STF também entendeu que não há que se falar inconstitucionalidade, desde que não haja integral identidade entre uma base de cálculo de imposto já existente e a base de cálculo da taxa de lixo, consoante Súmula Vinculante 29 e julgados abaixo transcritos. Confira-se:

Súmula Vinculante 29

É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra. (...) O que a CF/1988 reclama é a ausência de completa identidade

¹⁰¹ STF. Rcl 24.611, rel. min. Rosa Weber, dec. monocrática, j. 28-11-2016, DJE 256 de 1º-12-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

¹⁰² STF. AI 702.161 AgR, voto do rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 15-12-2015, DJE 25 de 12-2-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

¹⁰³ STF. AI 311.693 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 6-12-2011, DJE 78 de 23-4-2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

¹⁰⁴ STF. RE 571.241 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 20-4-2010, DJE 100 de 4-6-2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

com a base de cálculo própria dos impostos e que, em seu cálculo, se verifique uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado.¹⁰⁵

(...)

III — É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.¹⁰⁶

A pretensão recursal merece acolhida. (...) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 576.321 RG-QO/SP (Tema 146 da Repercussão Geral), de minha relatoria, ratificou a jurisprudência desta Corte no sentido da constitucionalidade das taxas cobradas exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, bem como assentou a legitimidade da adoção, no cálculo do valor da taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e a outra. Ressalte-se, ainda, que o Plenário desta Corte, com apoio no referido julgamento, aprovou as Súmulas Vinculantes 19 e 29 (...). Além disso, observo que no julgamento do RE 576.321 RG-QO/SP, de minha relatoria, asseverei que, no cálculo das taxas, não há como se exigir correspondência precisa com o valor despendido na prestação do serviço, ou, ainda, a adoção de fatores exclusivamente vinculados ao seu custo. Basta uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado.¹⁰⁷

O acórdão do Tribunal de origem divergiu da jurisprudência firmada no Tema 146 da sistemática da repercussão geral, logo deve ser reformado. Precedente: RE 576.321 RG, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 26-3-2010. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da constitucionalidade da cobrança de taxa de coleta de lixo domiciliar, com base de cálculo atrelada à área do imóvel.¹⁰⁸

(...) esta Corte consolidou o entendimento de que é constitucional a taxa de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral. (...) No que se refere à alegação da impossibilidade de se ter a metragem do imóvel como base de cálculo da taxa em tela, o Supremo Tribunal Federal consignou a constitucionalidade da utilização da área do imóvel como base de cálculo do referido tributo. (...) Por fim, reafirmo que incidem no presente caso as Súmulas Vinculantes 19 e 29 (...).¹⁰⁹

¹⁰⁵ STF. RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

¹⁰⁶ STF. Tese definida no RE 576.321 QO-RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

¹⁰⁷ STF. RE 1.047.556, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 25-5-2017, DJE 114 de 31-5-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

¹⁰⁸ STF. RE 971.511 AgR, rel. min. Edson Fachin, 1ª T, j. 14-10-2016, DJE 234 de 4-11-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

¹⁰⁹ STF. RE 901.412 AgR, voto do rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 27-10-2015, DJE 249 de 11-12-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

Conforme assinalado na decisão agravada, o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que, no julgamento do RE 576.321 QO-RG/SP, de minha relatoria, manteve o entendimento pela constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adotem um ou mais dos elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e outra.¹¹⁰

As taxas que, na apuração do montante devido, adotem um ou mais elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e outra, são constitucionais (Súmula Vinculante 29 do STF).¹¹¹

Para fins de cálculo da taxa, leva-se em conta o perfil socioeconômico imobiliário no local do imóvel, que classifica a cidade em categorias, conforme padrão socioeconômico da população abrangida.

Ou seja, ela será separada pelo uso predominante do imóvel, categorizado conforme uso ou atividade no local, podendo ser: residencial, comercial, industrial, serviço, misto, público, outros e territorial.

Também será levada em conta a área edificada, com metragem quadrada das unidades imobiliárias prediais que possa ser para habitação ou para o exercício de quaisquer atividades, bem como metragem do lote onde não exista edificação.

A instituição da taxa de lixo representa novas receitas para os Municípios, garantindo que o Poder Concedente possuirá recursos para arcar com sua obrigação de promover a contraprestação do Concessionário, diminuindo, inclusive o risco do negócio.

Conforme Medida Provisória nº 844, 06 de julho de 2018, o marco legal de saneamento básico foi atualizado, passando a vigorar a seguinte redação para a alínea c, do inciso I, do art. 2º, da Lei n 11.445 de 05 de janeiro de 2007 “ *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, serviços essenciais e de utilidade pública, constituída pelas atividades, infraestrutura e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana, nos termos da Lei nº 12.305/2010*”.¹¹²

¹¹⁰ STF. RE 549.085 AgR, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 23-8-2011, DJE 171 de 6-9-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018

¹¹¹ STF. RE 613.287 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 2-8-2011, DJE 159 de 19-8-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

¹¹² BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

A justificativa do Poder Legislativo para promover a supracitada alteração tem guarita nas normas constitucionais e na jurisprudência do STF. Confira-se:

Por se enquadrarem no conceito de saneamento básico, os serviços de remoção e destinação final de lixo configuram-se como públicos por definição constitucional. O desenvolvimento de tais atividades é dever do Poder Público na forma do art. 225 da Constituição de 1988.

Ademais, a destinação adequada do lixo tem efeitos diretos para a preservação do meio ambiente. O acúmulo de resíduos em áreas inadequadas (lixões) é nocivo às condições de salubridade. A ausência de tratamento adequado produz a degradação das condições ambientais, pondo em risco a fauna, a flora e outros elementos vitais ao ser humano. As atividades referidas implicam a realização da preservação ambiental, o que pressupõe técnicas de destinação dotadas de viabilidade econômica e de sustentabilidade.

Mas o tratamento jurídico da questão não pode ser desvinculado do conceito amplo de "saúde pública". A deficiência nos serviços de coleta e destinação do lixo propiciam riscos de moléstias, endemias e epidemias. O descuido com o lixo repercutirá na qualidade de vida do grupo, em seu todo.

O Serviço de limpeza pública tem caráter essencial, portanto, de utilidade pública, conforme decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal RE no 233.784-41SP, ReI. Min. Ilmar Galvão, bem como na Súmula vinculante no 19, que dispõe sobre a cobrança de taxa sobre serviço de coleta de lixo. Por determinação legal, tem-se que a coleta de lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/89.

Logo, é fundamental o aperfeiçoamento do dispositivo legal acima, em que se realiza a definição dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, para que se reconheça a sua essencialidade e a utilidade pública para o Estado e toda a sociedade, tendo em vista sua repercussão e efeitos diretos para preservação da saúde pública e do meio ambiente.¹¹³

Mais especificamente, a supracitada Medida Provisória incluiu na Lei 11.445, norma expressa acerca da cobrança de taxa de lixo. Confira-se:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, na forma estabelecida a seguir, e, quando necessário, por outras formas adicionais como subsídios ou subvenções:

(..)

II - limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, exceto o serviço a que se refere o art. 7º, caput, inciso III - na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de prestação do serviço ou das suas atividades;

¹¹³ COMISSÃO MISTA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 844, de 06 de Julho de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7758928&disposition=inline>. Acessado em 09/12/2018.

Art. 35. As taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos considerarão:

I - a destinação adequada dos resíduos coletados;

II - o nível de renda da população da área atendida;

III - as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas; ou

IV - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.

§ 1º Na hipótese de prestação sob regime de delegação, as taxas e as tarifas relativas às atividades previstas nos incisos I e II do caput do art. 7º poderão ser arrecadadas pelo delegatário diretamente do usuário.¹¹⁴

§ 2º Na atividade prevista no inciso III do caput do art. 7º, não será aplicada a cobrança de taxa ou tarifa.

§ 3º A cobrança de taxa ou tarifa a que se refere o § 1º poderá ser realizada na fatura dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.” (NR)¹¹⁵

Para o caso em tela, diante do novo marco legal acima destacado, bem como objetivando garantir a adimplência do novo tributo, entende-se que a taxa de lixo deverá ser vinculada a Fatura de Água e Esgotamento Sanitário, sendo que os valores deverão ser repassados diretamente para uma conta bancária específica e destinada exclusivamente aos recursos destinado ao pagamento dos serviços prestados pelo Concessionário.

¹¹⁴ Art. 7º (...)

I - de coleta, transbordo e transporte dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 2º;
II - de triagem, para fins de reuso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 2º;
BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

¹¹⁵ BRASIL. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.305¹¹⁶, de 02 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, representa um marco legal de extrema importância para garantia da adequada destinação dos resíduos sólidos e desenvolvimento sustentável.

O gerenciamento dos resíduos sólidos é parte integrante da gestão, constituindo-se na administração dos aspectos mais imediatos de todas as etapas referentes ao manejo e destinação final dos resíduos sólidos, destacando-se as questões de responsabilidade e de envolvimento dos setores da sociedade. O gerenciamento dos resíduos sólidos deve estar coadunado e materializado nas suas práticas cotidianas, nas medidas de prevenção e correção dos problemas, vislumbrando a preservação dos recursos naturais, a economia de insumos e energia e a minimização da poluição ambiental.

A efetivação de soluções aptas ao atendimento das políticas públicas voltadas para o setor de resíduos sólidos encontra óbice, sobretudo, em dificuldades de ordem técnica e jurídica, já que a promoção e oferta da prestação dos serviços públicos essenciais de manejo, tratamento e destinação final de resíduos sólidos, exigem complexa estruturação para cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Objetivando identificar a melhor e mais adequada modalidade para o objeto a ser licitado, a presente monografia propôs analisar as principais alternativas de contratação admitidas no âmbito da contratação pública para os serviços de manejo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos.

A implementação e operação dos serviços de manejo de Gestão dos Resíduos Sólidos exigem, necessariamente, uma infraestrutura complexa, haja vista que a necessidade de adoção de uma tecnologia apta e eficiente no tratamento dos resíduos sólidos, implantação e operação de unidades de transbordo e aterro sanitário, recebimento e pesagem dos resíduos, organização interna dos empreendimentos, forma de transporte dos resíduos, investigação preliminar dos lixões, desenvolvimento de programas ambientais, análise do impacto sócio econômico da implantação dos empreendimentos e promoção da logística reversa.

Nesse sentido, a infraestrutura logística a ser montada é determinante para o desenvolvimento socioeconômico e ambiental de uma região, mas o volume de recursos necessários para atingir o nível de serviços desejáveis para essa infraestrutura nem sempre é compatível com a capacidade financeira do poder público

Com efeito, dos modelos disponíveis no mercado, acredita-se que a Parceria Público-Privada é uma boa opção. A PPP consiste no contrato administrativo de concessão, firmado entre o Poder Público e um parceiro privado, garantindo à Administração Pública, através de investimentos privados, tenha uma maior flexibilidade na estruturação de projetos de infraestrutura, dividindo-se em concessão patrocinada ou administrativa.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

Como solução para o caso concreto, a Concessão administrativa se encontra mais apta a atender as necessidades desse negócio. De acordo com a Lei 11.079/2004, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Diferente da Concessão Patrocinada, a Concessão Administrativa é não tarifária, o que significa dizer que a Administração Pública arcará diretamente com o adimplemento contratual, em razão da impossibilidade ou dificuldade de individualizar o serviço a ser prestado e, por conseguinte, de calcular a tarifa a ser paga pelo usuário.

No caso em tela, muito embora seja possível individualizar quantidade cada usuário produz de resíduo e, por conseguinte, o quanto cada usuário utilizaria dos serviços, importa evidenciar que seria extremamente difícil viabilizar esse procedimento, em razão dos seguintes motivos: (i) a necessidade de integração entre o serviço de coleta e os serviços de manejo, tratamento e disposição final dos Resíduos Sólidos; (ii) o elevado custo para promover essa individualização.

Outrossim, diante da inviabilidade de imposição de tarifas, resta impossível promover a contratação por meio da Concessão Comum e/ou Patrocinada, verifica-se a Concessão Administrativa como a modelagem mais adequada ao caso concreto.

No que diz respeito ao critério de julgamento da licitação, acredita-se que a melhor alternativa é realizá-la por Técnica e Preço, critério de seleção que consiste na proposta mais vantajosa para a Administração, considerando para tanto a combinação dos critérios de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica.

Os serviços de manejo e gestão de resíduos sólidos são de extrema complexidade, haja vista que se referem construção e operação de Unidades de Transbordo e unidade destinação final, voltados para garantir um adequado tratamento e destinação final dos resíduos sólidos.

São obras e serviços que envolvem diretamente as mais diversas áreas da engenharia (civil, ambiental e sanitária), que devem estar voltadas para gerar o menor impacto social e ambiental na região.

Noutro giro, é preciso ter em mente a necessidade da Administração definir quais os requisitos de habilitação serão exigidos no instrumento convocatório. As exigências da fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração de interessados inexperientes ou incapazes para prestar/executar o objeto desejado. De acordo com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, as exigências de qualificação técnica e econômica serão aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outro ponto importante é que, embora a Lei Federal de Parceria Público-Privada não aborde especificamente a possibilidade de o parceiro privado auferir receitas acessórias, é possível aplicar subsidiariamente a Lei de Concessões Comuns (conforme art. 11 da Lei Federal nº 11.079/2004), que prevê no seu art. 18, VI, que o edital de licitação deve prever “as

possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados”¹¹⁷.

Essas receitas visam não só ao atendimento do interesse econômico do próprio parceiro privado, como ao atendimento do interesse público, na medida em que os ganhos decorrentes da execução de atividades conexas são compartilhados com a Administração Pública. Tal previsão busca, em última instância, aproveitar ao máximo o potencial econômico da concessão, em observância aos princípios da eficiência e da economicidade.

Trata-se, assim, de um mecanismo contratual capaz de incentivar o parceiro privado a maximizar a utilização de todo o potencial referente à infraestrutura voltada para o Sistema de Manejo e Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos que será por ele implantada e operada, ao longo de toda a execução contratual.

Importa salientar, ainda, que a correta identificação e análise dos riscos e impactos gerados por meio da implementação da parceria público-privada pretendida é essencial para a adequada modelagem jurídica e econômica do projeto. A definição do projeto como sendo uma PPP Administrativa permite a repartição de riscos entre as partes e também a vinculação do privado à eficiência demonstrada na execução do objeto contratado, permitindo ao Poder Público criar mecanismos de incentivo à eficiência do parceiro privado.

As PPPs precisam ainda ter suas garantias bem estruturadas, haja vista que são elementos essenciais na estruturação dos projetos, capazes de assegurar o pagamento de obrigações pecuniárias assumidos pelo Poder Concedente nos contratos de PPP e, portanto, incentivar o interesse do Setor Privado.

Sob esse aspecto, os fundos de participação municipais têm sua importância e podem desempenhar papel significativo na viabilização de projetos de PPPs, especialmente quando se verificar no caso concreto ausência de ativos públicos.

Relativamente a instituição da taxa de lixo, em que pese a discussão acerca da sua inconstitucionalidade, esclarece-se que o Supremo Tribunal Federal já firmou o seu entendimento no sentido de que o serviço de coleta de lixo domiciliar deve ser remunerado por meio de taxa, conforme Sumulas Vinculantes 19 e 29.

Para o caso em tela, diante do novo marco legal, a Medida Provisória incluiu na Lei 11.045, bem como objetivando garantir a adimplência do novo tributo, entende-se que a taxa de lixo deverá ser vinculada a Fatura de Água e Esgotamento Sanitário, sendo que os valores deverão ser repassados diretamente para uma conta bancária específica e destinada exclusivamente aos recursos destinado ao pagamento dos serviços prestados pelo Concessionário.

Diante do exposto, a análise jurídica sobre a forma de contratação dos serviços de manejo, tratamento e destinação dos resíduos sólidos giram em torno das supracitadas ponderações, com

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

o intuito maior de garantir a efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos no âmbito dos Municípios.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público Privadas – PPP’S no Direito Positivo Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 105-145. Abr./Jun. 2005.

BAHIA. Lei Nº 12.912 de 11 de Outubro de 2013. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/legest_2013_12912.pdf>. Acessado em: 09/12/2018.

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09/12/2018.

_____. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

_____. Lei nº 12.305, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

_____. Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acessado em 09/12/2018.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acessado em 10/12/2018.

_____. Decreto Nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6299.htm>. Acessado em: 09/12/2018.

_____. Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acessado em: 10/12/2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual Direito Administrativo**. 28. ed. rev., amp. e atual até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015.

CONAMA. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acessado em: 09/12/2018.

COMISSÃO MISTA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 844, de 06 de julho de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7758928&disposition=inline>>. Acessado em 09/12/2018.

COSTA, Carlos Eduardo Lampert Costa; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; ALMEIDA, Nathália Filgueiras de. **A Lógica de Funcionamento dos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento e o seu Relacionamento com o Brasil no período 1990-2012**. Boletim de Economia e Política Internacional | BEPI | n. 16. Jan./Abr. 2014. Disponível em:

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3793/1/BEPI_n16_1%C3%B3gica>. Consultado em 13/11/2018.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
Dieterich Bopp, Frederico. **PPP: mecanismos de garantias estaduais: relatório completo** - Rio de Janeiro: ABDE Editorial, 2015.

_____. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas**; editores, Luciano Schweizer, Maria Netto, 2017.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**, 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DOTTI, Marinês Restelatto. LOPES, Ronny Charles. VILAC, Teresa. **Manual de licitações e contratações administrativas**. Brasília: AGU, 2014.

DURÃO, Pedro. **Convênios & consórcios Públicos**, 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha, **Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada**, R. de Contratos Públicos – RCP I Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-97, mar./ago. 2013, P. 78. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/04/artigos-10-anos-lei-PPP.pdf>. Acessado em: 09/12/2018.

KUNIG, Philip. **Do direito do lixo para o direito da correcta gestão dos ciclos dos materiais: Comentários acerca da legislação alemã sobre resíduos e a sua evolução**. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Nº 01, Coimbra: Almedina, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, I ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016
MEDAUR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: comentários à Lei nº. 11.107/05**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores: 2005, p. 658.

MONTENEGRO, Marcos Helano Fernandes, **Potencialidade da regionalização da gestão dos serviços públicos de Saneamento Básico**. In: Berenice de Souza Cordeiro. (Org.). Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos. 1ed.Brasilia: Brasilia, 2009, v. 1.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Fundamentos Econômicos-Jurídicos**. Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2007.

_____. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. — São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks>>. Acessado em 03/11/2018.

RIGOLIN, Ivan Barbosa, **Comentários às Leis das PPP's, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do Direito Ambiental: parte geral**, 2ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STF. ADI: 5.874 DF. Rel. MIN. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://www.impresanacional.gov.br/materia/-asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/8974526/do1-2018-04-04-parecer-n-gmf-07--8974522>. Acessado em: 07/12/2018.

_____. RE: 626532 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/11/2013, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 18/11/2013 PUBLIC 19/11/2013. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24634284/recurso-extraordinario-re-626532-rs-stf>>. Acessado em: 10/12/2018.

TCU. TC 019.562/2017-9. Acórdão n. 2251/2017 - Plenário. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti: Brasília. Julgamento 04/10/2017. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiT4K270ZXfAhXIPpAKHWqaA7kQFjAAegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Fcontas.tcu.gov.br%2Fsagas%2FSvIvisualizarRelVotoAcRt%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultaPagina%3DS%26item0%3D601256&usg=AOvVaw0MJqjO2QeiW39gr7l0YYR>>. Acessado em: 10/12/2018.

_____. TC 012.675/2009-0. Acórdão n. 1.942/2009 - Plenário. Rel. Min. André Luís de Carvalho: Brasília. Julgamento 26/08/2019. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313333383435&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acessado em 10/12/2018.

_____. TC 015.664/2006-6. Acórdão n. 4606/2010 - 2ª Câmara. Rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, Julgamento: 17.08.2010. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIpYP21JXfAhUDS5AKHfLIAz0QFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A24D309895014D33C714897B00%26inline%3D1&usg=AOvVaw0OKNz6M1tXdk5YHwAE RIVT>>. Acessado em: 10/12/2018.

_____. TC 029.386/2014. Acórdão n. 2743-43/16-P. Plenário. Relator Marcos Bemquerer. Julgamento: 26/10/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqC atalogado=11808056&codPapelTramitavel=56350036>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. ADI 2.551 MC-QO. Rel. min. Celso de Mello. Julgamento: 02/03/2003, P, DJ de 20-4-2006. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771301/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-qo-2551-mg>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>. Acesado em: 10/12/2018.

_____. Tese definida no RE 576.321 QO-RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 952.512, rel. min. Edson Fachin, dec. monocrática, j. 31-3-2017, DJE 68 de 5-4-2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. Rcl 24.611, rel. min. Rosa Weber, dec. monocrática, j. 28-11-2016, DJE 256 de 1º-12-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. AI 702.161 AgR, voto do rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 15-12-2015, DJE 25 de 12-2-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. AI 311.693 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 6-12-2011, DJE 78 de 23-4-2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 571.241 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 20-4-2010, DJE 100 de 4-6-2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. Tese definida no RE 576.321 QO-RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1248>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 1.047.556, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 25-5-2017, DJE 114 de 31-5-2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em 10/12/2018.

_____. RE 971.511 AgR, rel. min. Edson Fachin, 1ª T, j. 14-10-2016, DJE 234 de 4-11-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

_____. RE 901.412 AgR, voto do rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 27-10-2015, DJE 249 de 11-12-2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

_____. RE 549.085 AgR, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 23-8-2011, DJE 171 de 6-9-2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

_____. RE 613.287 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 2-8-2011, DJE 159 de 19-8-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>>. Acessado em: 10/12/2018.

TJ-RS. AI: 70076447275 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 30/05/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2018. Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561359621/apelacao-civel-ac-70076172949-rs>>. Acessado em: 10/12/2018.