



Prefeitura do Município de Itapevi

**MODELAGEM JURÍDICO-INSTITUCIONAL DA CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE
LIMPEZA URBANA E MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DO MUNICÍPIO DE ITAPEVI-SP**

CONTRATO N° 181/2018

**SÃO PAULO
OUTUBRO/2019**



Prefeitura do Município de Itapevi

SUMÁRIO

1. Análise jurídico-institucional e definição de modelo	4
1.1. Introdução.....	4
1.2. Arcabouço legal dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos	6
1.2.1. Constituição Federal – Titularidade.....	6
1.2.2. Legislação Federal.....	7
1.2.3. Legislação Municipal.....	8
1.3. Saneamento Básico – Enquadramento Legal	9
1.4. Saneamento Básico - Planejamento	10
1.5. Política Nacional de Resíduos Sólidos.....	12
1.6. Saneamento Básico – condições precedentes à concessão dos Serviços	18
1.7. Possíveis modelos jurídico-institucionais	18
1.7.1. Contrato Administrativo regido pela Lei de Licitações.....	19
1.7.2. Concessão Comum.....	23
1.7.2.1. A distinção entre serviços públicos divisíveis e indivisíveis ..	27
1.7.2.2. Tarifas – ausência de garantias	32
1.7.3. Parceria Público-Privada	33
1.7.3.1. Introdução	33
1.7.3.2. Considerações gerais.....	35



Prefeitura do Município de Itapevi

1.7.3.3.	Concessão Patrocinada	41
1.7.3.4.	Concessão Administrativa	43
1.8.	Conclusão do modelo jurídico-institucional – Concessão Administrativa....	49
2.	Arcabouço regulatório de Itapevi – adequações ou medidas necessárias.....	51
2.1.	Autorização legislativa para a delegação e normas de regulação.....	51
2.2.	Entidade de Regulação.....	52
2.3.	Estrutura de garantias das obrigações pecuniárias do Poder Concedente..	57
2.3.1.	Introdução	57
2.3.1.1.	Entidades de natureza privada – Fundos Garantidores ou Empresas Estatais	62
2.3.1.2.	Vinculação de receitas.....	64
2.4.	Aprovação da revisão do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.....	67
2.5.	Conclusão	67
3.	Outros Aspectos	68
3.1.	O Critério de Julgamento da Combinação entre a Melhor Técnica e Menor Valor da Contraprestação.....	68
3.2.	Índices Contábeis Adotados.....	73
4.	Referências Bibliográficas.....	78



Prefeitura do Município de Itapevi

1. Análise jurídico-institucional e definição de modelo

1.1. Introdução

Apresentamos a seguir parecer acerca da modelagem jurídico-institucional relativa à contratação de empresa para a prestação de serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos no Município de Itapevi, Estado de São Paulo (“Município”).

Com base na modelagem operacional apresentada no âmbito desta mesma consultoria, a modelagem jurídica ora apresentada leva em conta os seguintes serviços (“Serviços”) a serem prestados pela empresa contratada ou delegatária dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos:

- Coleta regular manual, mecanizada e transporte de resíduos sólidos urbanos;
- Coleta seletiva;
- Coleta e transporte e destinação final de resíduos da construção civil;
- Coleta e transporte dos resíduos provenientes da operação cata-bagulho;
- Coleta e transporte dos resíduos provenientes de ecopontos;
- Implantação, operação e manutenção de central de gerenciamento de resíduos;
- Implantação, operação e manutenção de estação de transbordo, transporte e destinação final de resíduos sólidos urbanos;
- Implantação, operação e manutenção de unidade de triagem de resíduos sólidos urbanos;
- Implantação, operação e manutenção de unidade de compostagem aeróbia de resíduos de poda e feiras livres;
- Implantação, operação e manutenção de unidade beneficiamento de resíduos da construção civil;
- Implantação e operação de sistema de monitoramento e fiscalização de resíduos da construção civil;
- Reestruturação, implantação e operação e manutenção de ecopontos;
- Manutenção e monitoramento do antigo lixão Quatro Encruzilhadas;
- Varrição manual de vias e logradouros públicos;



Prefeitura do Município de Itapevi

- Varrição mecanizada de vias e logradouros públicos;
- Limpeza de área central;
- Limpeza e lavagem de feiras livres;
- Capina e roçada manual em prédios públicos;
- Serviços complementares;
- Educação ambiental;

Também são levados em conta, no presente parecer, os seguintes investimentos (“Investimentos”) a serem realizados pela empresa contratada para viabilizar a prestação dos Serviços e o cumprimento das obrigações contratuais da empresa:

- Unidade de Triagem de resíduos sólidos urbanos;
- Estação de Transbordo;
- Ecopontos;
- Unidade de Beneficiamento de resíduos de construção civil;
- Sistema de monitoramento e fiscalização de resíduos da construção civil;
- Centro de Educação Ambiental.

Partindo dos Serviços e Investimentos a serem realizados, o presente parecer exporá inicialmente o arcabouço legal aplicável a essas atividades, em âmbito federal, estadual e municipal. Em seguida serão indicados os modelos contratuais possíveis para a implementação do projeto e, entre eles, as razões que justificam a adoção da parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para a sua consecução. Tendo a definição da concessão administrativa clara e fundamentada, a seguir o parecer indicará os aspectos legais que devem ser observados para que seja garantido o devido respaldo jurídico a essa importante medida político-administrativa que é a delegação de um serviço público à iniciativa privada num contrato de longo prazo como o de uma parceria público-privada.



Prefeitura do Município de Itapevi

1.2. Arcabouço legal dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos

1.2.1. Constituição Federal – Titularidade

De acordo com a Constituição Federal brasileira, os serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos submetem-se às competências de entes federados diversos. Neste sentido, tanto a União Federal, como os Estados e os Municípios assumem papel relevante no contexto da formulação e implementação de políticas públicas de resíduos sólidos.

À União Federal é atribuída a competência para instituir diretrizes aplicáveis ao saneamento básico (artigo 21, XX, da CF). Aos Estados, em competência comum com a União, Distrito Federal e Municípios, compete a proteção do meio ambiente e promoção, entre outros, dos programas de melhoria das condições de saneamento básico (artigo 23, VI e IX, da CF). Também é de se ressaltar, com relação aos Estados, suas atribuições relativas à organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, conforme previsto no artigo 25, § 3º, da Constituição Federal. Já aos Municípios foi atribuída a competência para legislar sobre o tema, bem como para a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, de todos aqueles serviços públicos que possam ser considerados como de “interesse local” (artigo 30, I e V, da CF) – sendo enquadrados nesse conceito os serviços de manejo de resíduos sólidos¹.

Portanto, extrai-se dos dispositivos constitucionais acima referidos a *titularidade* dos serviços de saneamento básico pelos Municípios, tendo em vista a predominância do interesse local em sua prestação². Não obstante, a Constituição Federal incentiva a adoção

¹ A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico detida pelos Municípios, além de praticamente pacificada na doutrina, chegou a ser prevista em disposição legal expressa, quando da vigência da Medida Provisória nº 844, de 06 de julho de 2018, que incluiu o artigo 8º-A na Lei Federal nº 11.445/2007. A vigência dessa Medida Provisória acabou por encerrar-se sem sua conversão em lei, com o que o referido artigo 8º-A foi revogado. De qualquer forma, a questão da titularidade dos serviços de saneamento pelos municípios permanece pacífica. Ademais, na presente data (14/06/2019), está em trâmite o Projeto de Lei 3149/2019, que deve atualizar o marco legal do saneamento básico e que prevê nova redação ao artigo 8º da Lei 11.445/2007, voltando a dispor expressamente sobre a titularidade desses serviços pelos municípios e Distrito Federal.

² Art. 30. *Compete aos Municípios:*
(...)



Prefeitura do Município de Itapevi

de ações cooperadas, na área de saneamento básico, envolvendo também os outros entes federados.

1.2.2. Legislação Federal

Lei 11.445/2007. A Lei Federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007 (“Lei de Saneamento Básico”) trouxe o marco legal do saneamento básico no Brasil, suprimindo uma lacuna regulatória que existia com relação a tal atividade – até então objeto de políticas públicas e normas difusas. Foi a partir de tal diploma legal, portanto, que se consolidaram diretrizes e princípios a serem observados pelos entes titulares e demais agentes envolvidos na prestação dos serviços de saneamento básico.

Extrapolando o caráter meramente principiológico, a Lei de Saneamento Básico traz também importantes disposições contendo direitos e obrigações específicos a serem observados pelos diversos agentes envolvidos nas atividades objeto da regulação. Assim, normas definindo questões acerca do exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico, sua delegação a terceiros, o planejamento dos serviços de saneamento básico e sua regulação são alguns entre os tantos exemplos de matérias tratadas em tal diploma.

Decreto 7.217/2010. Posteriormente à edição da Lei de Saneamento Básico, e com o intuito de regulamentá-la, foi editado o Decreto nº 7.217 de 21 de junho de 2010 (“Decreto 7217”), também um importante diploma para o arcabouço legal do saneamento básico no país. Por meio do Decreto 7217 foram regulamentadas e esclarecidas diversas questões acerca dos diferentes serviços públicos de saneamento (abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos urbanos e águas pluviais urbanas), licenciamento ambiental, planejamento, regulação, controle social, entre outros.

Lei 12.305/2010. No mesmo ano do Decreto 7217, foi editada também a Lei Federal nº 12.305 de 02 de agosto de 2010 (“Lei de Resíduos Sólidos”), que, em harmonia e complemento à Lei de Saneamento Básico, foi elaborada com o intuito de tratar de

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;



Prefeitura do Município de Itapevi

forma mais detalhada, dentre os serviços de saneamento básico, especificamente daqueles relacionados aos resíduos sólidos.

Referido diploma, no entanto, é mais amplo do que a disciplina da matéria relacionada aos serviços de saneamento básico de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Pode-se dizer que a lei cria um marco legal à parte relativo aos resíduos sólidos no Brasil, estabelecendo a Política Nacional de Resíduos Sólidos (“PNRS”) e diretrizes sobre a gestão integrada e o gerenciamento de resíduos sólidos. Abordam-se diversos aspectos sobre as diferentes classificações de resíduos sólidos que podem ser gerados; os variados instrumentos da PNRS; os planos de resíduos sólidos em seus âmbitos Federal, Estaduais e Municipais; responsabilidade de geradores, entre outras questões.

Decreto 7.404/2010. A Lei de Resíduos Sólidos teve sua regulamentação por meio do Decreto nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010 (“Decreto 7404”). O Decreto 7404 deu início a uma maior concretização da PNRS, por meio da criação de um Comitê Interministerial a quem foram atribuídas diversas competências relacionadas à sua implementação. Além disso, também trouxe regras e procedimentos aos diversos instrumentos e diretrizes da Lei de Resíduos Sólidos.

1.2.3. Legislação Municipal

Em âmbito municipal, as principais normas que devem ser levadas em conta na estruturação do presente projeto são as seguintes:

Lei Orgânica do Município. O principal ponto da Lei Orgânica do Município a ser considerado é a autorização legislativa prevista em referido diploma e da qual o presente projeto depende para ser concluído. De acordo com o artigo 14 da Lei Orgânica, a concessão de serviços públicos deve ser precedida de autorização legislativa, exigindo ainda quórum especial de dois terços dos membros da Câmara Municipal, nos termos do artigo 38, I, alínea h.5 do mesmo diploma.

Lei Municipal 1.538/2001. É a lei que autorizou o Município de Itapevi a outorgar a concessão dos serviços públicos integrados de limpeza urbana com recuperação ambiental que vigorou até recentemente. Além da autorização da concessão, a lei



Prefeitura do Município de Itapevi

também dispôs sobre a licitação e formalização da outorga, princípios da concessão, aspectos sobre os serviços, área e prazo da concessão, entre outras questões.

Lei Municipal 1.796/2006. Trata-se da lei que dispõe sobre a limpeza pública de Itapevi. De acordo com a nova versão do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município ("PMGIRS" – ainda não aprovada até o fechamento deste relatório), está entre as estratégias do Plano a alteração desta lei para sua melhor adaptação à Política Nacional de Resíduos Sólidos, que foi criada posteriormente à entrada em vigor de referido diploma legal.

Entre o conteúdo proposto para a revisão desta lei estão princípios, objetivos e diretrizes da lei, definições legais, deveres municipais quanto à gestão de RSU, deveres da população quanto ao manejo de RSU, direitos da população, responsabilidades, gestão de pequenos volumes, gestão de grandes volumes, disciplinamento de geradores, disciplinamento de transportadores, gestão e fiscalização e penalidades.

A seguir serão abordados os instrumentos e medidas previstos na legislação federal e que fazem parte do embasamento para a definição da modelagem jurídica adequada para a delegação dos serviços de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos urbanos no Município.

1.3. Saneamento Básico – Enquadramento Legal

Uma importante contribuição trazida pela Lei de Saneamento Básico foi a solução a uma controvérsia que existia em relação à abrangência das atividades de "saneamento básico" antes dessa lei. Havia, por um lado, o entendimento de que tais atividades se referiam exclusivamente aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; enquanto havia quem entendesse que outras atividades também entravam em tal definição, entre elas a limpeza urbana e manejo e disposição final de resíduos sólidos.

Com o marco legal do saneamento básico a questão tornou-se pacífica, tendo em vista que a Lei de Saneamento Básico definiu claramente que tais atividades compreendem os serviços de (i) abastecimento de água, (ii) esgotamento sanitário, (iii)



Prefeitura do Município de Itapevi

limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos e (iv) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (artigo 3º, I).

Especificamente com relação aos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a lei os definiu como o *“conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas”* (artigo 3º, I, “c”, da Lei de Saneamento Básico). Mais adiante, no artigo 7º da mesma lei, tais atividades foram ainda mais destrinchadas, com maiores detalhes à definição do artigo 3º, tais como a triagem e disposição final dos resíduos indicados naquele artigo, além de varrição, capina e poda de árvores, bem como outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.

Extraí-se dessas definições que as atividades objeto do presente projeto constituem atividades de “limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos”, que por sua vez constituem atividades de saneamento básico, sendo, portanto, regidas pela legislação indicada acima.

Dado o enquadramento legal das atividades compreendidas nos Serviços, é importante, em seguida, apontar determinados aspectos envolvidos nas atividades de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos que são fundamentais para a análise e definição da modelagem jurídico-institucional do projeto no Município de Itapevi.

1.4. Saneamento Básico - Planejamento

Há uma atenção especial da legislação federal de saneamento básico e de resíduos sólidos com relação ao planejamento de tais serviços. De acordo com o Decreto 7.217/2010, entende-se por planejamento *“as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada”* (artigo 2º, I).

No âmbito da legislação geral de saneamento básico (Lei de Saneamento Básico e Decreto 7.217/2010), são previstas normas relativas à elaboração de planos nas diferentes



Prefeitura do Município de Itapevi

esferas e pelos diversos entes federativos – desde o Plano Nacional de Saneamento Básico – PNSB, passando pelos planos regionais, microrregionais, metropolitanos, intermunicipais e municipais. Já no âmbito da legislação federal específica dos resíduos sólidos, estão disciplinados o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, os planos estaduais, microrregionais, de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, intermunicipais, municipais e os planos de gerenciamento de resíduos sólidos – estes últimos também aplicáveis à iniciativa privada.

No âmbito dos municípios, a fim de buscar efetividade em sua aplicação, são previstas nas normas de saneamento ambiental, além de um conteúdo mínimo que deve ser observado pelos planos, condições que visam a incentivar os municípios a implementarem os planos municipais de saneamento básico, a exemplo da vinculação do repasse de recursos federais a programas na área de saneamento à instituição de planos de saneamento básico pelo município (art. 26, § 2º, do Decreto 7.217/2010).

Em se tratando de serviços relacionados à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, o acesso dos municípios a recursos da União destinados a empreendimentos e serviços dessa natureza está condicionado à edição, pelo respectivo município, de um plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos.

Assim, os contratos dos municípios que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos em princípio devem basear-se no respectivo plano municipal aplicável – seja ele de saneamento básico ou especificamente de gestão integrada de resíduos sólidos, como se explicará a seguir.

A prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana poderá basear-se em plano de saneamento básico ou em plano específico de gestão integrada de resíduos sólidos. A lei prevê também essa segunda possibilidade, exigindo que o plano tenha o seguinte conteúdo mínimo previsto na Lei de Saneamento Básico, conforme o artigo 19 da lei: (i) diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas; (ii) objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais; (iii) programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo



Prefeitura do Município de Itapevi

compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento; (iv) ações para emergências e contingências; (v) mecanismos e procedimentos para avaliação sistemática da eficácia e eficiência das ações programadas.”

Portanto, no caso de municípios que não tenham um plano de saneamento básico mas que pretendam delegar à iniciativa privada a prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, tal contratação poderá ser validamente feita se houver no município um plano específico de gestão integrada de resíduos sólidos. Ou seja, não será necessário um plano que aborde todos os serviços de saneamento básico, desde que seja observado, entre outras exigências, o conteúdo mínimo previsto no artigo 19 da Lei de Saneamento Básico.

No caso do Município de Itapevi, está atualmente vigente o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, aprovado pela Lei Municipal nº 2.261, de 22 de agosto de 2014 (“PMGIRS”). Ressalta-se que houve a revisão desse PMGIRS, realizada no âmbito da presente consultoria. A nova versão do plano está em consulta pública na data de fechamento deste relatório e será posteriormente apresentada em audiência pública. No entanto, até que haja a aprovação oficial da revisão do PMGIRS por meio de lei municipal, a versão de 2014 do documento é a que vigorará.

1.5. Política Nacional de Resíduos Sólidos

A Lei de Resíduos Sólidos instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, importante marco ambiental em nosso ordenamento que uniformizou e consolidou temas até então esparsos e por vezes lacunosos ou controversos.

Foi a partir da Política Nacional de Resíduos Sólidos que se sistematizou adequadamente as disposições aplicáveis às atividades de manejo e disposição final de resíduos sólidos, atentando-se às particularidades envolvidas nessas atividades. Foram então estabelecidos princípios, diretrizes, instrumentos e objetivos relativos à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, bem como delimitada a esfera de responsabilidade dos geradores de resíduos e do Poder Público.



Prefeitura do Município de Itapevi

A Política Nacional de Resíduos Sólidos previu objetivos claros em seu diploma legal³ e, para viabilizar sua implementação, instituiu uma série de instrumentos, dentre os quais se destacam os planos de resíduos sólidos, o sistema de logística reversa e a coleta seletiva.

Conforme já mencionado acima, os planos de resíduos sólidos podem se dar em 6 (seis) esferas distintas: (i) o plano nacional de resíduos sólidos; (ii) os planos estaduais de resíduos sólidos; (iii) os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações Urbanas; (iv) os planos intermunicipais de resíduos sólidos; (v) os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos; e (vi) os planos de gerenciamento de resíduos sólidos (artigo 14 da Lei de Resíduos Sólidos).

³ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;

IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais;

V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos;

VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;

VII - gestão integrada de resíduos sólidos;

VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos;

IX - capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos;

X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira, observada a Lei nº 11.445, de 2007;

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;

XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;

XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.



Prefeitura do Município de Itapevi

Em âmbito federal, compete à União elaborar o plano nacional de resíduos sólidos, sendo o seu conteúdo mínimo estipulado pelo artigo 15⁴ da Lei de Resíduos Sólidos.

No âmbito estadual, compete aos Estados a criação de planos estaduais de resíduos para a gestão dos resíduos de seu espaço territorial, sendo o seu conteúdo mínimo indicado no artigo 17⁵ da Lei de Resíduos Sólidos. A existência de plano estadual

⁴ Art. 15. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo:

I - diagnóstico da situação atual dos resíduos sólidos;

II - proposição de cenários, incluindo tendências internacionais e macroeconômicas;

III - metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;

IV - metas para o aproveitamento energético dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos;

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

VI - programas, projetos e ações para o atendimento das metas previstas;

VII - normas e condicionantes técnicas para o acesso a recursos da União, para a obtenção de seu aval ou para o acesso a recursos administrados, direta ou indiretamente, por entidade federal, quando destinados a ações e programas de interesse dos resíduos sólidos;

VIII - medidas para incentivar e viabilizar a gestão regionalizada dos resíduos sólidos;

IX - diretrizes para o planejamento e demais atividades de gestão de resíduos sólidos das regiões integradas de desenvolvimento instituídas por lei complementar, bem como para as áreas de especial interesse turístico;

X - normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos;

XI - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito nacional, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social.

⁵ Art. 17. O plano estadual de resíduos sólidos será elaborado para vigência por prazo indeterminado, abrangendo todo o território do Estado, com horizonte de atuação de 20 (vinte) anos e revisões a cada 4 (quatro) anos, e tendo como conteúdo mínimo:

I - diagnóstico, incluída a identificação dos principais fluxos de resíduos no Estado e seus impactos socioeconômicos e ambientais;

II - proposição de cenários;

III - metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;

IV - metas para o aproveitamento energético dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos;

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

VI - programas, projetos e ações para o atendimento das metas previstas;



Prefeitura do Município de Itapevi

de resíduos sólidos “é condição para os Estados terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade” (artigo 16 da Lei de Resíduos Sólidos).

Em âmbito municipal, a Lei de Resíduos Sólidos também exige que os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos sejam criados como condição para que o Distrito Federal e os municípios tenham acesso aos 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.

Com relação ao conteúdo mínimo de tais planos, a lei foi mais abrangente do que nas normas aplicáveis aos Estados. A principal razão para esse tratamento é o fato de serem os municípios os titulares dos serviços abrangidos pelos planos de gestão integrada de resíduos sólidos, de forma que competem aos municípios as ações mais diretamente relacionadas à prestação dos serviços propriamente dita. Assim, de acordo com o artigo 19 da Lei de Resíduos Sólidos, o conteúdo mínimo dos planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos é o seguinte:

VII - normas e condicionantes técnicas para o acesso a recursos do Estado, para a obtenção de seu aval ou para o acesso de recursos administrados, direta ou indiretamente, por entidade estadual, quando destinados às ações e programas de interesse dos resíduos sólidos;

VIII - medidas para incentivar e viabilizar a gestão consorciada ou compartilhada dos resíduos sólidos;

IX - diretrizes para o planejamento e demais atividades de gestão de resíduos sólidos de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

X - normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos, respeitadas as disposições estabelecidas em âmbito nacional;

XI - previsão, em conformidade com os demais instrumentos de planejamento territorial, especialmente o zoneamento ecológico-econômico e o zoneamento costeiro, de:

a) zonas favoráveis para a localização de unidades de tratamento de resíduos sólidos ou de disposição final de rejeitos;

b) áreas degradadas em razão de disposição inadequada de resíduos sólidos ou rejeitos a serem objeto de recuperação ambiental;

XII - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito estadual, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social.



Prefeitura do Município de Itapevi

I - diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, contendo a origem, o volume, a caracterização dos resíduos e as formas de destinação e disposição final adotadas;

II - identificação de áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, observado o plano diretor de que trata o § 1º do art. 182 da Constituição Federal e o zoneamento ambiental, se houver;

III - identificação das possibilidades de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros Municípios, considerando, nos critérios de economia de escala, a proximidade dos locais estabelecidos e as formas de prevenção dos riscos ambientais;

IV - identificação dos resíduos sólidos e dos geradores sujeitos a plano de gerenciamento específico nos termos do art. 20 ou a sistema de logística reversa na forma do art. 33, observadas as disposições desta Lei e de seu regulamento, bem como as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS;

V - procedimentos operacionais e especificações mínimas a serem adotados nos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, incluída a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e observada a Lei nº 11.445, de 2007;

VI - indicadores de desempenho operacional e ambiental dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;

VII - regras para o transporte e outras etapas do gerenciamento de resíduos sólidos de que trata o art. 20, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS e demais disposições pertinentes da legislação federal e estadual;

VIII - definição das responsabilidades quanto à sua implementação e operacionalização, incluídas as etapas do plano de gerenciamento de resíduos sólidos a que se refere o art. 20 a cargo do poder público;



Prefeitura do Município de Itapevi

IX - programas e ações de capacitação técnica voltados para sua implementação e operacionalização;

X - programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos;

XI - programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, se houver;

XII - mecanismos para a criação de fontes de negócios, emprego e renda, mediante a valorização dos resíduos sólidos;

XIII - sistema de cálculo dos custos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, bem como a forma de cobrança desses serviços, observada a Lei nº 11.445, de 2007;

XIV - metas de redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;

XV - descrição das formas e dos limites da participação do poder público local na coleta seletiva e na logística reversa, respeitado o disposto no art. 33, e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

XVI - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito local, da implementação e operacionalização dos planos de gerenciamento de resíduos sólidos de que trata o art. 20 e dos sistemas de logística reversa previstos no art. 33;

XVII - ações preventivas e corretivas a serem praticadas, incluindo programa de monitoramento;



Prefeitura do Município de Itapevi

XVIII - identificação dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos, incluindo áreas contaminadas, e respectivas medidas saneadoras;

XIX - periodicidade de sua revisão, observado prioritariamente o período de vigência do plano plurianual municipal.”

1.6. Saneamento Básico – condições precedentes à concessão dos serviços

Já foi dito acima que a existência prévia de um plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos é condição de validade dos contratos de concessão de referidos serviços no município. Esta, no entanto, não é a única condição prévia para que os municípios possam delegar tais serviços por meio de concessão.

O artigo 11 da Lei de Saneamento Básico estabelece as seguintes condições que devem ser observadas para que o município possa celebrar, validamente, um contrato de concessão dos seus serviços de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana:

- (i) A existência de plano de saneamento;
- (ii) Estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira (“EVTE”) da prestação dos serviços;
- (iii) Existência de normas de regulação e designação da entidade de regulação; e
- (iv) Realização prévia de audiência e de consulta públicas;

1.7. Possíveis modelos jurídico-institucionais

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal dispõe que, “*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*”. A Lei Federal que regulamentou tal dispositivo foi a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei 8666” ou “Lei de Licitações”), que acabou por regulamentar não só os



Prefeitura do Município de Itapevi

processos de contratação da Administração Pública por meio de licitação como também os contratos celebrados pela Administração Pública.

Ainda na Constituição Federal, em seu artigo 175 é previsto que os serviços públicos somente podem ser outorgados à iniciativa privada por meio de regime de concessão ou permissão, e sempre através de licitação, que ocorrerá, via de regra, por meio de um processo regido pela Lei 8666. Quanto às concessões de serviços públicos, as principais normas que as regem são a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei de Concessões”) e a Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 (“Lei das PPP”).

As concessões de serviços públicos atualmente se dividem nas seguintes modalidades: (i) concessão comum; e a parcerias público-privadas (“PPP”), na forma de (ii) concessão patrocinada e (iii) concessão administrativa.

Em termos gerais, as alternativas para a delegação dos Serviços no Município de Itapevi seriam por meio de um desses instrumentos, ou seja, contrato administrativo, nos moldes da Lei 8666, concessão comum, nos termos da Lei de Concessões, ou via PPP, neste último caso nas modalidades de concessão administrativa ou patrocinada, de acordo com a Lei de PPP. Cada um desses modelos apresenta características e particularidades que devem ser analisadas, com base nas necessidades do Município e nas características do projeto.

A escolha do modelo adequado ao projeto – contrato administrativo, concessão comum ou PPP – demanda uma análise dos aspectos jurídico-institucionais de cada uma dessas modalidades, bem como dos componentes fáticos e econômicos especificamente relacionados aos Serviços.

Neste sentido, propõe-se a seguir expor não só os modelos jurídico-institucionais que o Município teria à disposição para a implementação do projeto como também o seu arcabouço, a fim de municiar a Administração Pública com fundamentação jurídica sólida o suficiente para basear sua decisão.



Prefeitura do Município de Itapevi

1.7.1. Contrato Administrativo regido pela Lei de Licitações

Entre as espécies de contratos administrativos previstos na Lei 8666, existe a figura da contratação pública de obras e serviços na modalidade de empreitada. Trata-se de espécie contratual utilizada nos casos em que a Administração Pública transfere ao particular a execução da obra ou serviço, para que este o execute mediante remuneração prefixada.

De acordo com a Lei de Licitações, essa espécie de contratação pode ser realizada sob dois regimes distintos: a empreitada a preço global e por preço unitário. O que irá diferenciar um e outro regime será o critério de cálculo da remuneração do contratado.⁶

A empreitada será por preço global quando a execução da obra ocorrer por preço certo e total (art. 6º, VIII, “a”, da Lei de Licitações). Trata-se de um regime de contratação de empreitada em que o contratado assume boa parte dos riscos do empreendimento. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que nesse tipo de contrato a execução da obra corre “sob responsabilidade e risco do contratado, com ressalva das hipóteses de desequilíbrio contratual oriundas de atos e fatos estranhos a ele”.⁷

Dentro da classificação de empreitada por preço global, há uma hipótese prevista na lei que dá ainda mais ênfase para a assunção de riscos do contratado e completude do empreendimento a ser entregue, que é a empreitada integral (art. 6º, VIII, “e”, da Lei de Licitações). Neste caso, contrata-se um empreendimento em sua integralidade, compreendendo, além das obras, os serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação.

De outro lado, no regime de empreitada por preço unitário contrata-se “a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas” (art. 6º, VIII, “b”, da Lei de Licitações).

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 194.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 724.



Prefeitura do Município de Itapevi

Seja qual for o regime da empreitada, convém destacar que esse tipo de contratação destina-se à execução de uma atividade material – de obras ou serviços –, conforme se depreende dos incisos I e II do artigo 6º da Lei 8666⁸. Por outro lado, a execução de uma atividade material numa empreitada deve ser realizada sem que a Administração Pública transfira a gestão do serviço, porquanto a própria Constituição Federal (artigo 175) determina que os serviços públicos somente serão prestados indiretamente sob regime de concessão e permissão.

Ademais, por meio desse tipo de contratação, a Administração Pública não transfere sua responsabilidade perante terceiros ao empreiteiro. Isto porque o contrato de empreitada é uma modalidade de contratação em que há a execução *indireta* do objeto do contrato, nos termos do artigo 6º, VIII, da Lei 8666. Assim, o contratado assume obrigações exclusivamente perante a Administração Pública numa empreitada. A responsabilidade nesses casos continuará sendo do Estado e se regerá pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.⁹ Em tais casos, o Estado responde objetivamente, mas tem direito de regresso contra aquele a quem transferiu a execução da obra ou serviço, desde que este tenha agido com culpa.

Nesse sentido, no caso do projeto ora em análise, em que se pretende transferir completamente ao particular a concessão dos Serviços no Município, incluindo os riscos a ele inerentes especialmente perante terceiros, o regime de empreitada, por não contemplar tal possibilidade, não seria o mais adequado.

⁸ Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

⁹ 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:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Prefeitura do Município de Itapevi

Outra questão relevante refere-se ao prazo de vigência dos contratos regidos pela Lei 8666. A lei dispõe que tais contratos estão adstritos à vigência do respectivo crédito orçamentário, sendo prorrogáveis apenas em algumas situações determinadas no rol taxativo do artigo 57 da Lei Federal de Licitações, desde que devidamente motivado, não podendo, de qualquer forma, os serviços objeto desse tipo de contratação ultrapassar o limite máximo de 60 (sessenta) meses.

No presente caso, em vista dos Investimentos a serem realizados (v. item 1.1), que devem ser assumidos pelo particular, o curto prazo característico desse tipo de contratação representa um entrave à amortização desses vultosos dispêndios.

Desse modo, contratos administrativos de empreitada regidos pela Lei 8666 aplicam-se apenas à terceirização de atividades pontuais. A utilização desse tipo de contratação em geral é incompatível com a delegação da prestação de serviços públicos quando tais atividades envolvem maior complexidade e altos investimentos, que não seriam amortizados em um curto período.

Há ainda um outro aspecto que torna os contratos administrativos de empreitada pouco adequados a empreendimentos do vulto e complexidade envolvidos na delegação de serviços públicos. O contrato de empreitada inviabilizaria a execução de todos os Serviços de forma integrada. Isto é, tanto a elaboração desde os projetos básicos envolvidos nos investimentos e passando por toda a execução completa dos serviços a eles pertinentes ocorreriam por meio de licitações, e, conseqüentemente, de contratações distintas.

Isto porque a Lei de Licitações veda expressamente¹⁰ a participação, direta ou indireta, do autor do projeto básico e executivo na licitação ou na execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. Sendo assim, a empresa ou o engenheiro que tenha elaborado o projeto básico não poderá ser, também, o empreiteiro que irá executá-lo. Deste modo, cada um destes indivíduos assumirá missões diferentes no âmbito da contratação.

¹⁰ Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (...)



Prefeitura do Município de Itapevi

De acordo com a presente Modelagem Jurídico-Institucional, o projeto contemplará em seu objeto, além dos diversos serviços, a implantação, operação e manutenção de estação de transbordo, unidade de triagem e ecopontos. Ou seja, diversas obras serão necessárias ao longo do projeto, além da prestação dos serviços e das diversas operações. Portanto, dada a complexidade do objeto e as diversas atividades que envolvem a sua execução, a adoção do modelo de empreitada regida pela Lei 8666 demandaria a celebração de diversos contratos administrativos. Isto aumentaria os custos à Administração para viabilizar as contratações necessárias para a totalidade do projeto, bem como a burocracia e o tempo necessário à realização de todo o embasamento contratual demandado. Ademais, deve-se ter em vista também que a unificação dessas diversas atividades num único contrato certamente possibilitaria um ganho de escala que não existiria na hipótese dos diversos contratos que seriam exigidos se adotado o modelo de empreitada.

Por fim, deve-se ainda mencionar o disposto no artigo 7º, § 3º, da Lei de Licitações, segundo o qual, exceto no caso de empreendimentos sob o regime de concessão, é vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução. Ou seja, seria necessário que a Administração Pública tivesse orçamento específico para promover a contratação da elaboração do projeto básico e das empreitadas necessárias para a consecução de todas as atividades incluídas nos Serviços, não podendo assim contar com o engajamento da iniciativa privada na mobilização de capitais de terceiros financiadores. Em se tratando de grandes empreendimentos, a regra de certa forma os inviabiliza, além de criar um importante atrativo a que o Poder Público recorra às concessões em projetos dessa natureza, liberando os escassos recursos públicos a empreendimentos de interesse público que não podem se autofinanciar.

1.7.2. Concessão Comum

A concessão de serviços públicos atualmente definida como concessão comum – após surgidas, no âmbito das parcerias público-privadas, as modalidades de concessão administrativa e patrocinada – resolve muitos dos entraves apontados nos casos dos contratos administrativos de empreitada, acima abordados. Trata-se de delegação contratual de serviço público, cuja gestão é transferida ao particular, que exercerá o



Prefeitura do Município de Itapevi

objeto do contrato em nome próprio e sob o seu risco. Além disso, não há nesse modelo de contratação o óbice temporal do prazo máximo de cinco anos, tampouco a vedação ao autofinanciamento prevista no artigo 7º, § 3º, da Lei de Licitações.

O art. 2º da Lei de Concessões prevê as figuras da concessão de serviço público (inciso II) e a concessão de serviço público precedida de obra pública (inciso III). O regime jurídico em ambos os casos é o mesmo, sendo que a diferença entre uma e outra, em última análise, está no objeto: na concessão precedida de obra pública, o poder concedente atribui ao particular o encargo de realizar uma obra pública, ou promover melhorias nas obras já existentes, conferindo-lhe o direito de explorá-las.

Na concessão de serviços públicos, a Administração Pública, por não dispor dos recursos necessários para tanto ou simplesmente por julgar conveniente, desde que norteada pelo interesse público, transfere a prestação dos serviços públicos ao particular, mantendo, no entanto, a sua titularidade. Tal delegação encontra respaldo na Constituição Federal, que prevê em seu artigo 175 que incumbe ao Poder Público, *“diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

Surge então uma primeira questão na leitura de referido dispositivo constitucional: o que são os tais serviços públicos que podem ser delegados pelo Poder Público por meio de concessão. A questão ganha relevância especialmente porque, não obstante a menção que a Constituição faz a serviço público, seja no artigo 175 ou em outros trechos, não há uma definição precisa para tal termo na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional. Portanto, é essencial ao presente estudo a análise da extensão desse conceito.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Serviço público é toda atividade de oferecimento de **utilidade ou comodidade material** destinada à satisfação da **coletividade em geral**, mas **fruível singularmente** pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor*



Prefeitura do Município de Itapevi

dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”¹¹ (Nossos grifos)

A definição do jurista traz os seguintes elementos que serão analisados adiante: (i) utilidade ou comodidade material; (ii) caráter coletivo e geral; (iii) singularmente fruível; e (iv) interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Com os elementos acima, já se conclui que as atividades que integram os Serviços constituem serviços públicos, eis que incontestavelmente voltadas para a consecução de um interesse coletivo geral relacionado a uma utilidade pública do Município. Também pelo direito positivo tal caracterização é corretamente recepcionada tanto pela Lei de Saneamento Básico quanto pela Lei de Resíduos Sólidos, que tratam, ao longo de todo o seu texto, tais atividades como serviços públicos e trazem disposições específicas sobre sua titularidade pela Administração Pública.

Assim, por se tratar de um serviço público, a Administração Pública, na qualidade de sua titular e a quem compete originalmente a sua exploração, deve prestá-lo – diretamente ou sob regime de concessão ou permissão – ininterruptamente a toda coletividade, em regime de direito público, buscando sua constante modernização.

Outro traço típico da concessão comum consiste na ausência de pagamentos diretos por parte do poder concedente, que é a regra geral desse modelo. Isto, somado à possibilidade de se aproveitar as eficiências típicas do setor privado na gestão do serviço, costuma ser um dos principais fatores justificativos da adoção desse instituto pelo Poder Público.

Novamente usando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se definir a concessão comum da seguinte forma:

“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

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 699.



Prefeitura do Município de Itapevi

garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente do usuário do serviço”¹².

Da definição acima, extraem-se os seguintes elementos de relevância à presente análise: (i) prestação de serviços públicos; (ii) garantia da manutenção da equação econômico-financeira do contrato ao longo da concessão; e (iii) remuneração da concessionária vinculada à exploração do serviço, normalmente por meio da arrecadação de tarifa paga pelos usuários.

Sobre os efeitos do contrato de concessão comum, pode-se dizer que não mais se configura um contrato bilateral, eis que os usuários dos serviços, embora não signatários do instrumento, são os principais destinatários de referida relação jurídica.

A possibilidade de que na concessão sejam buscados financiamentos ao empreendimento pelo concessionário, conforme os termos do artigo 7º, § 3º, da Lei 8666, mostra-se um atrativo adicional com relação aos contratos administrativos simples regidos pela Lei de Licitações. No entanto, ainda pesa contra esse instituto a impossibilidade de uma repartição de riscos, como ocorre nas parcerias público-privadas, conforme se verá adiante.

Com relação ao prazo, a Lei Federal de Concessões foi silente, não impondo qualquer limite de tempo para os contratos sujeitos a esse regime, e apenas obrigando a sua previsão expressa no contrato de concessão.

Sobre a remuneração do concessionário, de acordo com o artigo 9º da Lei de Concessões, a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, preservada pelas regras de revisão tarifária. Extraí-se desse

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 729.



Prefeitura do Município de Itapevi

dispositivo, portanto, a remuneração principal do concessionário, que como regra geral se constituirá das tarifas a serem cobradas dos usuários dos serviços delegados.

O tema da tarifação na concessão comum de serviços públicos ganha grande relevância na análise comparativa entre esse modelo e os demais modelos concessórios trazidos ao nosso ordenamento pela Lei de PPP, quais sejam, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, com destaque, especialmente, para este último – concessões administrativas. Dada a relevância, o tema será abordado em tópico específico, a seguir.

1.7.2.1. A distinção entre serviços públicos divisíveis e indivisíveis

Via de regra, a cobrança de tarifas numa concessão comum ocorre em contrapartida à prestação dos serviços a cada um dos usuários individualmente. Deve haver assim a *divisibilidade*¹³ da prestação dos serviços entre os diversos usuários, de forma que a concessionária possa determinar, especificamente, a parcela de serviços que foi utilizada por cada usuário, que realizará então o pagamento correspondente. Pressupõe-se, assim, o que se convencionou chamar de serviços *uti singuli*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao classificar os serviços públicos, divide-os, relativamente à maneira como concorrem para satisfazer o interesse geral, entre *uti singuli* e *uti universi*, nos seguintes termos:

“Serviços uti singuli são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. (...) Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social).”

Os serviços uti universi são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país

¹³ A terminologia é adotada desde o nível constitucional, embora na Carta Magna a referência aos serviços públicos divisíveis é feita apenas com relação àqueles cuja utilização, pelos contribuintes, permite aos entes federados a instituição de taxas (artigo 145, II, da CF). No entanto, é pacífico o entendimento de que a divisibilidade dos serviços também é traço essencial para sua tarifação.



Prefeitura do Município de Itapevi

contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.”¹⁴

Nos serviços públicos indivisíveis (*uti universi*), a impossibilidade de se identificar a sua fruição individual por cada usuário implica, por conseguinte, a inviabilidade de se determinar de forma objetiva e isonômica a cobrança de tarifas pela sua utilização.

Note-se a diferença para os serviços de natureza *uti singuli*, a exemplo dos serviços de fornecimento de água, energia elétrica e gás canalizado: sendo possível que a sua fruição seja individualmente identificada com relação a cada usuário, trata-se de serviços cujo consumo individual é mensurável, e assim também os valores a serem cobrados dos usuários, seja a título de taxas (quando ofertados pelo Poder Público diretamente) ou tarifas (quando ofertados indiretamente por meio de delegatários).

Assim, tem-se que somente os serviços públicos divisíveis (*uti singuli*) são passíveis de cobrança por meio de tarifa.

Sendo a remuneração do concessionário, numa concessão comum, constituída essencialmente das tarifas pagas pelos usuários, extrai-se, portanto, a regra geral de que, dentro de todo o leque de possibilidades de serviços públicos, a concessão comum apresenta-se como um modelo mais adequado à prestação daqueles tidos divisíveis, ou *uti singuli*.

Trazendo a classificação para o tema específico dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a distinção entre serviços divisíveis e indivisíveis tem uma aplicação peculiar. Isto porque os “serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos”, embora constituam uma categoria única decorrente da subdivisão do que se classificou como “serviços de saneamento básico”, de acordo com a definição da Lei de Saneamento Básico¹⁵, comportam, nesse mesmo conceito, tanto serviços classificados como divisíveis quanto indivisíveis.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 148.

¹⁵ Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico - conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:
(...)



Prefeitura do Município de Itapevi

A distinção já vem sendo adotada há tempos por doutrina e jurisprudência, que, em linhas gerais, classifica como divisíveis os serviços de manejo (conforme definição do artigo 12 do Decreto 7.217/2010) tais como os de coleta, transporte e disposição final de resíduos, pela mensurabilidade de sua utilização por cada usuário; já os serviços indivisíveis constituem os de *limpeza urbana*, tais como a varrição. Portanto, entre as atividades que compõem os de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, previstas no artigo 7º da Lei de Saneamento Básico, os incisos I e II indicam os serviços divisíveis e o inciso III indica os serviços indivisíveis. Reproduz-se abaixo o artigo 7º para mais fácil referência:

“Art. 7º Para os efeitos desta Lei, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto pelas seguintes atividades:

I - de coleta, transbordo e transporte dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;

II - de triagem para fins de reúso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;

III - de varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.”

As recentes Medidas Provisórias que alteraram a Lei de Saneamento Básico – tanto a 844/2018 quanto a 868/2018 – chegaram a corroborar esse entendimento, já consolidado em fontes jurisprudenciais, doutrinárias e consuetudinárias. No entanto, ambas as MPs tiveram suas vigências encerradas sem terem sido convertidas em lei, de forma que suas disposições hoje não mais vigoram. Após o encerramento da vigência, sem

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas;

(...)



Prefeitura do Município de Itapevi

sua conversão em lei, da MP 868, a matéria passou a ser tratada no Projeto de Lei 3.189/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados na presente data¹⁶.

Em suma, tanto nas MPs quanto no PL 3189, o que se previu foi uma disposição expressa no sentido de que as atividades previstas no inciso III do artigo 7º da Lei de Saneamento Básico não podem ser objeto de taxa ou tarifa, diferentemente do que ocorre com as atividades dos incisos I e II. Assim, infere-se dessa disposição que os serviços descritos nos dois primeiros incisos são os divisíveis e os descritos no terceiro inciso são os indivisíveis.

No projeto ora em estudo, das atividades que integram os Serviços (v. item 1.1), muitas delas constituem serviços indivisíveis. São elas:

- Implantação e operação de sistema de monitoramento e fiscalização de resíduos da construção civil;
- Manutenção e monitoramento do antigo Lixão Quatro Encruzilhadas;
- Varrição manual de vias e logradouros públicos;
- Varrição mecanizada de vias e logradouros públicos;
- Limpeza de área central;
- Limpeza e lavagem de locais de feiras livres;
- Capina e roçada manual em prédios públicos;
- Serviços complementares; e
- Educação Ambiental.

Dado o caráter *uti universi* de grande parte dos Serviços que serão realizados no Município, sua execução no regime de concessão comum, como já se esclareceu, é questionável.

Deve-se esclarecer que há uma determinada parcela dos Serviços que constituem atividades divisíveis e são assim passíveis de cobrança por tarifa, que são os serviços de manejo dos resíduos, ou seja, aqueles que giram em torno da coleta, transporte e tratamento. Em termos estritamente técnicos, poderia se cogitar na prestação

¹⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205287> (acesso em 25/06/2019)



Prefeitura do Município de Itapevi

exclusivamente desses serviços por meio da concessão comum, instituindo-se uma política tarifária no Município para a remuneração à concessionária por tais serviços.

A questão, no entanto, deve ser vista sob o prisma da viabilidade econômico-financeira. Delegar por concessão comum somente os serviços divisíveis tornaria o empreendimento pouco atrativo à iniciativa privada, tendo em vista os diversos investimentos que deverão ser feitos pela concessionária. Uma tarifa nesse cenário estaria desproporcionalmente aquém de um valor justo para os serviços que seriam assumidos pelo concessionário, assumindo-se que o Município manterá todos os investimentos indicados na modelagem técnica dos presentes estudos, que é a premissa mais correta a se adotar, haja vista a real necessidade desses investimentos para fins de atendimento do Município à Política Nacional de Resíduos Sólidos e sua legislação.

Além disso, tais atividades tendem a ser tratadas de forma conjunta. Floriano de Azevedo Marques argumenta que *“estas atividades deverão se interconectar em algum momento, pois os resíduos “individuais” (divisíveis) terão o mesmo destino dos resíduos “coletivos” (ditos “indivisíveis”), de modo que as soluções de destinação final (por exemplo, aterro sanitário) haverão de ser comuns.”*¹⁷ Não à toa, aliás, um dos principais objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) é a gestão integrada de resíduos sólidos¹⁸.

Portanto, a modelagem do presente projeto por meio de concessão comum não é recomendável, tendo em vista a inviabilidade de remuneração do concessionário por meio de tarifas para muitos dos Serviços.

¹⁷ MARQUES, Floriano de Azevedo. *As parcerias públicas no saneamento ambiental. Parcerias Público Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 336

¹⁸ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

(...)

VII - gestão integrada de resíduos sólidos;



Prefeitura do Município de Itapevi

1.7.2.2. Tarifas – ausência de garantias

Ainda que se cogitasse a possibilidade de adoção de tarifas (por exemplo, remunerando somente os serviços divisíveis), deve-se refletir o quão atrativo é esse modelo em substituição à contraprestação paga pela Administração Pública no âmbito de uma parceria público-privada.

A principal razão para tanto é a própria garantia de recebimento que o concessionário tem em um e outro modelo, i.e., na concessão comum de um lado e na parceria público-privada de outro. Os diversos aspectos da PPP serão mais detalhadamente abordados adiante, mas para o momento vale destacar a robusta sistemática de garantias de cumprimento das obrigações pecuniárias do poder público que a legislação das PPPs permite estruturar.

Tais garantias aplicam-se às obrigações pecuniárias do poder público e estão previstas na legislação de PPP. Já com relação às obrigações de pagamento das tarifas por cada usuário, não há mecanismo semelhante na Lei de Concessões ou em qualquer outra legislação. E de fato seria mesmo difícil de conceber uma garantia nesses termos: considerando a regra geral de que a remuneração do concessionário advém das tarifas pagas pelos usuários, os possíveis cenários seriam (i) os próprios usuários prestando a garantia de pagamento, situação inimaginável se se pensar nas centenas de milhares ou mesmo milhões de usuários, ou (ii) a Administração Pública prestando a garantia, portanto atuando como fiadora dos usuários.

É bem verdade que houve um tempo em que era comum as próprias empresas preferirem os modelos de concessões públicas aos contratos administrativos tradicionais, e o motivo era justamente as possibilidades de recebimento. Muitas vezes era preferível receber de cada usuário, ainda que com uma margem de inadimplemento, a depender de pagamentos do poder público. Mas este é um receio infundado nos dias de hoje, dadas as garantias e possibilidades oferecidas pela legislação das parcerias público-privadas.

Numa primeira leitura, pode-se ter a percepção de que os fatores acima enfocam mais os interesses da iniciativa privada do que os da Administração Pública. Mas esta seria uma leitura equivocada, se pensarmos que a atratividade do projeto à iniciativa privada tem reflexos diretos na quantidade de concorrentes na licitação do projeto e nos valores



Prefeitura do Município de Itapevi

das propostas (que tendem a aumentar na mesma proporção do aumento dos riscos do projeto). E seria desnecessário dizer que tanto o aumento dos concorrentes interessados quanto a redução das propostas são essenciais à consecução do interesse público, impactando direta e positivamente na qualidade dos serviços e em seus custos.

1.7.3. Parceria Público-Privada

1.7.3.1. Introdução

Feitos os apontamentos dos modelos contratuais previstos pela Lei de Licitações e pela Lei de Concessões, e considerando os óbices ou desvantagens que tais modelos apresentam diante das particularidades das atividades em análise, o modelo das parcerias público-privadas (“PPPs”) surge como interessante alternativa, ao possibilitar a integração de todos os Serviços a serem delegados, bem como trazer importantes vantagens em relação aos outros modelos.

Conforme já exposto no tópico relativo à Política Nacional de Resíduos Sólidos, um dos objetivos da PNRS é a *“não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”* (artigo 7º, II, da Lei de Resíduos Sólidos). Depreende-se dessa diretriz que sua persecução envolve toda a cadeia de bens e serviços dessas atividades, implicando em altos investimentos e numa operação complexa com diversas fases. No entanto, essa necessidade de altos investimentos acaba muitas vezes esbarrando na realidade da quase totalidade dos municípios brasileiros diante da escassez dos seus cofres públicos.

Nesse cenário, poder-se-ia ponderar que, da mesma forma que o parceiro privado, o poder público também poderia obter financiamento, e inclusive a menores custos, pois é sabido que o custo de capital nos financiamentos do poder público é menor do que nos financiamentos da iniciativa privada. No entanto, restrições fiscais e orçamentárias impostas aos entes federativos inviabilizam ou tornam pouco atrativa essa alternativa, na medida em que acarretariam significativo endividamento desses entes.

A figura da PPP supre essa deficiência, já que, assim como no regime da concessão comum, também possibilita ao parceiro privado obter financiamento externo para a



Prefeitura do Município de Itapevi

implementação do empreendimento. Além disso, as parcerias público-privadas costumam ter maior atratividade aos potenciais parceiros privados, pois permitem a alocação dos riscos do empreendimento e sua repartição entre os entes público e privado.

Sob esse prisma, as parcerias público-privadas constituem uma importante alternativa de financiamento para a infraestrutura, eis que se concretizam sem o endividamento público. Nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene,

“(...) as parcerias público-privadas apresentam-se como uma alternativa de financiamento para a infraestrutura diferente do endividamento público. Embora o custo dessa alternativa para a iniciativa privada seja usualmente superior ao custo do endividamento público perante instituições multilaterais e bilaterais de fomento para a Administração, apresenta-se como eficiente alternativa de aumentar os investimentos no setor quando o Estado vê sua capacidade de investir constricta por fatores fiscais ou orçamentários.”¹⁹

Assim, a PPP permite a diluição do custo de implantação de determinada infraestrutura ao longo de toda a sua vigência. Trata-se de importante característica, pois evita a “contabilização imediata no orçamento público e, conseqüentemente, a respectiva dotação referente à integralidade do montante” (DAL POZZO, JATENE, 2015).

As parcerias público-privadas trazem também o instituto da garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias do poder público, atributo essencial no sentido de dar maior segurança aos projetos da envergadura que são os de PPP e que, se bem estruturado, traz benefícios aos diversos sujeitos envolvidos nesses empreendimentos – desde o parceiro público, passando pelo parceiro privado, seus usuários e financiadores²⁰.

Em comparação com os contratos administrativos regidos pela Lei 8666, também costumam ser mais atraentes para projetos de maior vulto, tendo em vista o longo prazo

¹⁹ DAL POZZO, Augusto Neves, JATENE, Pedro. *Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implantação*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

²⁰ Para maior aprofundamento, referimo-nos ao nosso item 2.3.



Prefeitura do Município de Itapevi

por que se podem ajustar os contratos de PPP – até 35 (trinta e cinco) anos –, em detrimento ao prazo máximo de cinco anos permitido pela Lei de Licitações. O prazo extenso dos contratos de PPP é fundamental diante dos altos investimentos dos empreendimentos, pois é o que possibilitará a sua amortização pelo parceiro privado sem onerar os cofres públicos e, em última análise, a população.

Tais aspectos fizeram com que o modelo de parceria público-privada fosse inserido com relativo êxito em nosso ordenamento jurídico, possibilitando o desenvolvimento de projetos em setores de infraestrutura de fundamental interesse da Administração Pública e da coletividade. Pode-se dizer que o instituto fez surgir uma maior aproximação e colaboração entre o parceiro público e o parceiro privado, cada qual evidentemente buscando os seus respectivos objetivos institucionais – o ente público com foco no interesse público e o ente privado com foco no lucro –, mas que convergem para os interesses da coletividade e para o progresso.

1.7.3.2. Considerações gerais

Em linhas gerais, as parcerias público-privadas consistem em modalidades de concessão que têm como objeto a prestação de serviços públicos, ou, no caso das concessões administrativas, serviços em geral, desde que tenham a Administração Pública como usuária direta ou indireta de tais serviços, precedida ou não da realização de obras públicas, cabendo à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento ou garantia de parcela (concessão patrocinada) ou da totalidade (concessão administrativa) das receitas da concessionária.

A diferença essencial entre o contrato de PPP e o contrato de concessão comum reside no fato de que na PPP o Poder Público assume o compromisso de remunerar total ou parcialmente o particular. Trata-se de uma distinção substancial. Na concessão comum, via de regra, o concessionário aufere praticamente toda a sua remuneração na cobrança de tarifas diretamente dos usuários, por sua conta e risco. Já nas parcerias público-privadas, no que se refere aos pagamentos a cargo da Administração Pública (que são todos nas concessões administrativas e parte deles nas patrocinadas), tais pagamentos não comportam os riscos tarifários que são assumidos pelo concessionário no caso da concessão comum. Isto em muitos casos é fundamental para garantir a viabilidade



Prefeitura do Município de Itapevi

econômica em determinados projetos. Assim, aumenta-se a atratividade dos projetos à iniciativa privada, o que acarreta o aumento de interessados por tais projetos e, consequentemente, aumento da concorrência.

O modelo de PPP traz ainda importante benefício no que tange à delegação de serviços públicos indivisíveis (tais como a varrição, entre outros de limpeza pública). Dada a indivisibilidade de tais serviços, ou seja, a impossibilidade de se definir o quanto cada usuário, individualmente, fruiu desses serviços, sua remuneração por meio de tarifa não se mostra viável, o que representava um entrave para a modelagem de concessões dessas atividades. A figura da Administração Pública na qualidade de usuária direta ou indireta desses serviços prestados pelo concessionário, instituto típico da concessão administrativa, veio superar esse óbice, garantindo a totalidade da remuneração do concessionário a ser paga pelo parceiro público.

No caso dos Serviços a serem delegados pelo Município de Itapevi, a questão da indivisibilidade acima referida por si só já seria suficiente para justificar a adoção do modelo de concessão administrativa, em vista de grande parte das atividades terem tal característica. Mas haveria ainda outros fatores que fariam com que a remuneração do parceiro privado advinda integralmente da Administração Pública trouxesse maior atratividade à iniciativa privada em detrimento ao sistema tarifário. Com efeito, este último comporta riscos de inadimplemento individual dos usuários, que não é passível de garantia como o são os pagamentos do parceiro público nas PPPs.

No que se refere aos contratos administrativos tradicionais, regidos pela Lei de Licitações, um dos principais traços distintivos da PPP está em que este instituto foi formatado para empreendimentos de longo prazo e de maior complexidade. O artigo 2º, § 4º, da Lei das PPP estabelece o valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) do contrato, prazo mínimo de cinco anos e vedação a que o contrato contemple unicamente atividades pontuais de fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Portanto, é premissa desse modelo de contratação que este se refira a um projeto de longo prazo, que tomará a forma de uma concessão patrocinada ou administrativa, o que geralmente é determinado com base em quem será o destinatário direto dos serviços – a sociedade ou a Administração Pública.



Prefeitura do Município de Itapevi

Ressalta-se que essa questão temporal não significa uma mera dilação do pagamento do empreendimento, o que configuraria uma hipótese de concessão de crédito por parte do particular, gerando endividamento do Poder Público e as consequentes restrições fiscais e orçamentárias, mormente aquelas previstas no artigo 30 e seguintes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Esta hipótese não se configura, uma vez que a remuneração do concessionário é vinculada ao desempenho de suas obrigações. Contrata-se, assim, a prestação de um serviço durante o período do contrato, que é pago à medida e na proporção com que vai sendo entregue. Assim, o parceiro privado só faz jus ao pagamento se o serviço for prestado a tempo e de modo adequado, ou seja, se o empreendimento viabilizar a prestação dos serviços, sua operação e manutenção de forma correta, sendo posto à disposição para fruição da Administração Pública e da comunidade.

A essa remuneração vinculada ao desempenho nos contratos de PPP em muitos casos se atribui uma natureza variável, que pode ser medida com base em quesitos de qualidade e performance objetivamente estipulados no contrato de parceria, conforme previsto no artigo 6º, § 1º, da lei²¹.

Mas talvez uma das principais inovações das parcerias público-privadas (ao lado das garantias de pagamento do poder público) seja a repartição objetiva dos riscos do contrato entre as partes. Trata-se de diretriz das PPP, conforme previsão expressa no artigo 4º da lei²². A norma é ainda reiterada no artigo 5º da lei, que prevê, dentre as disposições mandatórias dos contratos de PPP, *“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”*.

²¹ § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

²² Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;



Prefeitura do Município de Itapevi

Novamente se está diante de um ponto de equilíbrio entre os contratos tradicionais regidos pela Lei 8666 e os contratos de concessão comum. Com efeito, aqueles atribuem os riscos integrais da operação à Administração Pública, uma vez que esta permanece com a gestão dos serviços, conforme já destacado acima; e a concessão comum, a seu turno, pressupõe a prestação dos serviços pelo concessionário por sua conta e risco (artigo 2º, II e III, da Lei de Concessões), exceto pelos riscos extraordinários – caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Já nos contratos de PPP, por definição empreendimentos executados em parceria, esse engessamento das regras foi suprimido, havendo flexibilidade para se estabelecer quais riscos serão arcados por cada uma das partes – Administração Pública e parceiro privado.

O que vai nortear essa definição é a melhor capacidade que as partes terão para gerenciar todos os riscos do projeto, o que deve ser definido em cada caso concreto, diante de todas as peculiaridades do empreendimento. O modelo certamente representa ganhos de eficiência e racionalização dos investimentos, eis que se otimizará o seu gerenciamento da melhor forma que as particularidades do caso exigirem. Soma-se a isso mais segurança ao setor privado nesses contratos, o que é crucial em qualquer relação jurídica, e quanto mais em relações em média de vinte a trinta anos de duração.

Assim, a alocação objetiva de riscos implica no que se costuma chamar de vantagem pública ou *Value for Money*. Em linhas gerais, tais termos podem ser definidos como “ganhos de eficiência relativos à comparação de custos entre uma contratação tradicional e uma contratação de PPP. A razão fundamental para tanto é alocação eficiente de riscos, isto é, atribuí-los de acordo com a capacidade das partes de administrá-los caso venham a se materializar”²³.

Sobre o ganho de eficiência com contratos de PPP, há quem defenda inclusive que esse modelo é insubstituível na implantação e operação de infraestruturas. Nesse sentido,

²³ DAL POZZO, Augusto Neves, JATENE, Pedro. *Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implantação*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.



Prefeitura do Município de Itapevi

Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene²⁴ sustentam que a “tendência que se observa na prática é que a implantação de parcerias público-privadas não substitui o investimento público realizado de outras formas, mas com ele se combina, **isso porque o que a Administração contrata via PPP não poderia ser contratado com a mesma eficiência de nenhum outro modo**” (com nosso grifo).

A partir dessa constatação, os autores prosseguem que “uma abordagem realista do seu uso [da PPP] sugere que, para o setor público, não se trata de decidir entre implantar e operar infraestrutura por meio dela ou por meio de contratos tradicionais de obra pública e prestação de serviços, (...) trata-se de uma decisão entre viabilizar a infraestrutura via PPP ou não viabilizá-la de modo algum. **Por princípio lógico, daí decorre que as parcerias público-privadas dão vazão às oportunidades e necessidades de expansão e desenvolvimento de infraestrutura que permaneceriam represadas por limitações de cunho econômico, financeiro e normativo que incidem sobre o poder público.**”

Concluindo o raciocínio, os autores chegam a uma interessante constatação em termos de justificativa do modelo (com nossos grifos):

*“Uma vez que as possibilidades de desenvolvimento do serviço se apresentam factíveis tão somente por meio de parcerias público-privadas, não seria inoportuno afirmar que à frente do administrador não são postas opções. Tomando por princípio que desenvolver o serviço não é ato facultativo do poder público, mas ato obrigatório, inerente ao exercício dos deveres-poderes que lhe são conferidos pelo regime jurídico incidente, **a sua única alternativa é a implantação de um projeto via PPP. Consequentemente, em determinados casos, sendo a PPP a única saída que se apresenta disponível, o cerne da questão passa a ser a sua eficiente implantação, relegando ao segundo plano a avaliação da vantagem pública aferida em comparação à contratação segmentada da obra, dos equipamentos e dos serviços.**”*

²⁴ *Idem, ibidem.* p. 60 e 61.



Prefeitura do Município de Itapevi

Outra importante inovação trazida pela legislação das PPP são os mecanismos de garantias de pagamento que podem ser oferecidas pelo Estado ao parceiro privado. Por meio desses instrumentos, na hipótese de a Administração Pública não honrar as suas obrigações pecuniárias, o parceiro privado poderá executar a garantia prestada.

Nas concessões comuns, esse mecanismo não existe – até porque seria inconcebível, visto que a remuneração da iniciativa privada nesse modelo advém individualmente dos usuários, o que pressuporia o Estado agindo como fiador de cada um dos usuários ou garantias individuais desses.

Portanto, é mais um elemento de atratividade à iniciativa privada. A garantia de pagamento por parte da Administração Pública mitiga o risco político e abranda a reputação de inadimplente do Estado. Além disso, ao dar maior segurança ao fluxo de caixa do concessionário, o projeto torna-se mais financiável, barateando assim os custos a toda a cadeia até a sua ponta – a coletividade.

As formas de garantia de pagamento da remuneração estão previstas no artigo 8º da Lei das PPP, sendo as seguintes:

- “I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;*
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;*
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;*
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;*
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;*
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.”*

No tópico 2.3 deste parecer, o tema das garantias do poder público será abordado com maior profundidade a fim de justificarmos as modalidades e mecanismos de garantia adotados na presente modelagem.



Prefeitura do Município de Itapevi

Por fim, convém destacar alguns aspectos da Lei de Saneamento Básico e da Lei de Resíduos Sólidos que ilustram a compatibilidade do arcabouço legal deste setor com o modelo jurídico-institucional da PPP. São eles:

- (i) As complexas matrizes de risco que as atividades de saneamento básico envolvem, em especial no caso de manejo de resíduos, permeadas de aspectos sociais, ambientais, populacionais, regulatórios, políticos, entre outros, serão melhor endereçadas devido à possibilidade do compartilhamento objetivo de riscos prevista na Lei das PPP; e
- (ii) Os benefícios econômico-financeiros que resultam de mecanismos da lei tais como as garantias de pagamento da Administração Pública e a maior financiabilidade desses projetos refletem positivamente em relevantes princípios do saneamento básico, tais como a universalização dos serviços e a modicidade das tarifas;
- (iii) A indivisibilidade dos serviços de limpeza pública e a complexa formatação da delegação de serviços em forma de concessão comum que disso decorre não esbarra no mesmo problema no caso das parcerias público-privadas.

Expostas as vantagens jurídicas, econômicas e técnicas no uso da parceria público-privada para modelar a delegação dos Serviços no Município, convém abordar, a seguir, as características gerais e diferenças entre cada uma das modalidades de PPP tipificadas na legislação federal e que, por força de norma geral, devem ser observadas pelos demais entes públicos, a saber, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

1.7.3.3. Concessão Patrocinada

O artigo 2º, § 1º, da Lei das PPP define a concessão patrocinada como ***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.***



Prefeitura do Município de Itapevi

Pela própria definição legal (v. grifo acima), vê-se que se trata de instrumento muito similar à concessão comum, e tanto é assim que se lhe aplicam subsidiariamente à Lei das PPP as disposições da Lei de Concessões. A aplicação desta é subsidiária, pois, devido ao traço que a distingue – contraprestação pecuniária paga pela Administração Pública –, o seu regime é de PPP.

Pode-se dizer que esse modelo de contratação compreende essencialmente os aspectos de uma concessão comum, sendo-lhe agregado o fator da receita adicional às tarifas pagas pelos usuários, consistente na contraprestação efetuada pelo parceiro público – e o que disso decorre, ou seja, todos aqueles mecanismos da Lei de PPP sobre os quais tratamos no tópico anterior.

O principal efeito dessa contraprestação complementar do Estado é que torna viável a prestação de serviços públicos que numa concessão comum poderiam não apresentar viabilidade econômico-financeira, seja pelo alto valor dos investimentos, pelos altos custos operacionais ou pela insuficiência da tarifa, ou todos esses fatores. Sobre esses possíveis cenários, convém lembrar o princípio da modicidade das tarifas, positivado no artigo 6º, § 1º, da Lei de Concessões²⁵.

A Lei de PPP admite de plano que o subsídio dado pelo parceiro público seja de até 70% do total da remuneração do parceiro privado sob aquele contrato. Caso exceda essa porcentagem, a concessão dependerá de autorização legislativa.

Embora a concessão patrocinada de certa forma modernize o instituto da concessão comum, agregando-lhe elementos de parceria e os mecanismos da Lei de PPP em decorrência da contraprestação pública que a acompanha, este modelo também não é o mais adequado para o Projeto em estudo. Isto porque a concessão patrocinada, a despeito da contraprestação do parceiro público, ainda pressupõe o pagamento de tarifas pelos usuários. Assim, exatamente os mesmos óbices apresentados com relação à concessão comum devido às tarifas, conforme tópicos 1.7.2.1 e 1.7.2.2, são encontrados também no presente modelo.

²⁵ § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.



Prefeitura do Município de Itapevi

1.7.3.4. Concessão Administrativa

De acordo com artigo 2º, § 1º, da Lei das PPP, a “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

De forma diversa da concessão patrocinada, à qual é aplicada integralmente a Lei de Concessões, ainda que subsidiariamente à Lei das PPP, a concessão administrativa rege-se pela Lei de Concessões apenas supletivamente por alguns artigos, quais sejam, 21, 23, 25 e 27 a 39, todos os quais dispendo sobre normas gerais das concessões²⁶ (artigo 3º da Lei das PPP).

Abaixo são destacados os pontos em comum com a concessão patrocinada e distintos da concessão comum:

- (i) Obrigatoriedade, e não mais mera faculdade, de constituição de sociedade de propósito específico (artigo 9º);
- (ii) Compartilhamento de riscos (artigo 4º, inciso VI, e artigo 5º, inciso III) e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes de redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (artigo 5º, IX da Lei Federal de PPP);
- (iii) Possibilidade de a Administração Pública conceder garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias (artigo 8º);
- (iv) Expressa possibilidade de aplicação de penalidades ao parceiro público em caso de inadimplemento contratual (artigo 5º, inciso II);

²⁶ O 21 trata de estudos apresentados por particulares; o 23 arrola as cláusulas essenciais dos contratos de concessão; o 25 prevê a responsabilidade da concessionária; o 27 dispõe sobre a necessidade de prévia anuência para a transferência da concessão; o 27-A disciplina a administração temporária da concessionária por seus financiadores; o 28 permite a oferta dos direitos emergentes como garantia em financiamentos à concessão; o 28-A complementa o 28, dispendo sobre a cessão de créditos futuros; o 29 e o 30 tratam dos encargos do poder concedente; o 31 estipula os encargos da concessionária; do 32 ao 34 são previstas as regras da intervenção; e do 35 ao 39 estão as disposições acerca da extinção da concessão.



Prefeitura do Município de Itapevi

- (v) Normas específicas sobre licitações (artigo 10 e seguintes);
- (vi) Prazos máximo e mínimo previstos em lei (artigo 5º, inciso I);
- (vii) Limite de despesas em contratos de PPP (artigos 22 e 28).

Com relação às diferenças entre os dois modelos de parcerias público-privadas, além da questão da remuneração já esclarecida anteriormente, há uma diferença substancial com relação aos objetos de cada uma das modalidades.

A concessão patrocinada tem como objeto a execução de serviço público e a gestão pelo parceiro privado. Já a concessão administrativa tem aspectos híbridos em seu objeto, que é tido como um misto de empreitada e concessão de serviço público. Pode-se dizer que a concessão administrativa pode contemplar, adicionalmente à execução de serviço público, a prestação de serviço, entendida como *“atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público”*²⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece o seguinte:

“Vale dizer que haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/1993, sob a forma de empreitada.

(...)

*Na realidade, a interpretação sistemática da lei permite concluir que a concessão administrativa tanto pode ter, eventualmente, por objeto a execução material de atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão de serviço público comum e na concessão patrocinada), que é o real objetivo do legislador.”*²⁸

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

²⁸ *Idem, ibidem*. p. 155 e 156.



Prefeitura do Município de Itapevi

Outra distinção entre as concessões patrocinadas e administrativas está nos limites de valores da garantia de execução que esses modelos envolvem. Naquelas, por serem regidas subsidiariamente pela Lei de Concessões, aplica-se o artigo 18, inciso XV²⁹, da Lei de Concessões, segundo o qual as garantias serão limitadas ao valor da obra; as concessões administrativas, por sua vez, regem-se pela regra geral da Lei de Licitações³⁰, que estabelece o limite de 10% (dez por cento) do valor do contrato acrescido do valor dos bens entregues pela Administração Pública.

Outro ponto distintivo da concessão administrativa é a ausência de tarifas cobradas dos usuários na remuneração auferida pelo parceiro privado.

Como já se viu nos tópicos relativos à concessão comum e à concessão patrocinada, a remuneração do concessionário por meio de tarifas fica praticamente inviabilizada quando o objeto da concessão envolve serviços públicos indivisíveis, como no caso de parte significativa dos Serviços a serem delegados pelo Município de Itapevi. Além disso, a remuneração por tarifa implica em algumas vulnerabilidades, sendo a principal delas o risco de inadimplemento dos usuários.

²⁹ 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:

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

³⁰ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

(...)

§ 3º-Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

(...)

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.



Prefeitura do Município de Itapevi

Neste contexto, a concessão administrativa, com a possibilidade de que seu objeto contemple, além da prestação de serviços públicos, a prestação de serviços à Administração Pública, e com o tipo de contraprestação ao parceiro privado que disso decorre, i.e., a totalidade sendo paga pelo parceiro público, traz importante solução jurídico-institucional para a modelagem dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Floriano de Azevedo Marques³¹ esclarece que há três arranjos possíveis no tocante à fruição do objeto da concessão administrativa, *in verbis*:

“Na primeira, o administrado é individualmente usuário direto da utilidade, mas, para fins de pagamento, a Administração comparece como usuária. É a hipótese da concessão no modelo de usuário único dos serviços de coleta de resíduos domiciliares ou na hipótese da universalização dos serviços de acesso à internet (inclusão digital) em escolas ou centros comunitários. Na segunda, a Administração é usuária direta (para fins de utilização e pagamento), como ocorre se cogitarmos, por exemplo, de uma parceria para implantação e operação de um centro administrativo ou de uma repartição pública. Na terceira, a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e usuária indireta para fins de uso propriamente da utilidade objeto da parceria (o que ocorre numa PPP para implantação, manutenção e operação das funções delegáveis - hotelaria, por exemplo - num presídio).” (Nosso grifo)

Em suma, de acordo com o autor, a principal diferença entre o primeiro arranjo e os demais é que naquele a quantidade de fruição da utilidade disponibilizada na PPP será determinada pela população como usuários diretos, enquanto nos outros a Administração que irá dimensionar quantidades e custos globais.

Nota-se no comentário do jurista a situação específica das atividades a serem delegadas no Município, em que os usuários dos serviços serão os administrados (coletividade), mas para fins de pagamento será a Administração Pública a usuária.

³¹ MARQUES, Floriano de Azevedo. *As parcerias públicas no saneamento ambiental. Parcerias Público Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 324



Prefeitura do Município de Itapevi

Fernando Vernalha Guimarães, a propósito de uma classificação das concessões administrativas fundada na existência ou não de delegação, distingue as espécies da: “(a) concessão administrativa sem delegação, que envolve o desempenho de serviços administrativos (tomados diretamente pela Administração); e da (b) concessão administrativa por delegação, que abrange a (b.1) concessão administrativa para delegação de serviços públicos econômicos (tomados indiretamente pela Administração), e a (b.2) concessão administrativa para delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não econômicos (tomados indiretamente pela Administração)”³².

A distinção que o autor faz entre serviço público econômico e não econômico tem por base o fato de serem serviços públicos tarifáveis (econômicos) ou serviços não tarifáveis (não econômicos). Portanto, o critério, com algumas nuances, é similar ao que distingue os serviços públicos divisíveis dos indivisíveis – embora na classificação dos serviços não econômicos entrem ainda o que o autor classifica como serviços sociais.

A distinção de Vernalha Guimarães interessa ao presente estudo especialmente no que toca à possibilidade expressa que ele esclarece no sentido de que serviços públicos econômicos, ou seja, divisíveis, passíveis de tarifação, podem ou não “(por decisão político-administrativa) submeter-se ao sistema tarifário tradicional”³³. A hipótese em que não se submeterão será justamente quando a delegação modelar-se por meio de concessão administrativa, o que, esclarece o autor, dependerá de *decisão político-administrativa*.

Assim, vê-se que o pagamento da contraprestação a ser realizado exclusivamente pelo poder concedente, na qualidade de usuário dos serviços, mostra-se não só viável como também uma alternativa usual na delegação dos serviços de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos. Alguns aspectos que reforçam a vantagem desse modelo de remuneração merecem destaque.

³² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

³³ *Idem, ibidem*. p. 178.



Prefeitura do Município de Itapevi

O primeiro desses aspectos é a questão tarifária já comentada nos tópicos anteriores relativos à concessão comum e à patrocinada, que praticamente inviabiliza aqueles modelos quando se trata da delegação de serviços indivisíveis.

Além disso, o modelo tarifário comporta riscos de inadimplemento dos usuários que não se aplicam na concessão administrativa, quando um contrato nesses moldes comportar um sistema de garantias públicas devidamente estruturado.

Para além da questão tarifária, há ainda uma outra importante abordagem positiva acerca da remuneração exclusiva pelo poder público característica da concessão administrativa, que é a que se refere à capacidade contributiva dos usuários.

Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind³⁴ pontuam que o custeio do empreendimento por meio de tarifas – tal qual no caso da concessão comum e, em certa medida, da concessão patrocinada – pressupõe a transferência dos encargos para o usuário. Isso reflete uma “espécie de segregação entre a sociedade (...) e o conjunto dos usuários de um determinado serviço público”, implicando uma transferência de encargos da sociedade para os usuários.

Por outro lado,

“a atividade de serviço público, quando mantida com recursos provenientes de impostos, envolve uma distribuição de encargos segundo uma lógica da capacidade contributiva. Sob esse enfoque, o Estado tributará os sujeitos segundo a dimensão da riqueza de que forem titulares. Logo, os mais ricos contribuirão com uma parcela maior do que os mais pobres. O modelo da concessão de serviço público tradicional afasta esse modelo. (...) a lógica da concessão [comum] do serviço público é a do usuário-pagador. Paga-se pelo serviço público não pela capacidade contributiva, mas pela intensidade do consumo. (...) A concessão administrativa pode conduzir a uma absorção completa pelo Estado dos custos inerentes a um certo empreendimento, do qual podem resultar serviços a ele prestados direta ou indiretamente.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach. *Reflexões Iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33-50.



Prefeitura do Município de Itapevi

Portanto, o modelo de PPP envolve uma concepção de política econômica. (...) Há também uma parceria entre os titulares de maior capacidade contributiva e aqueles destituídos de recursos, intermediada pelo Estado, visando assegurar a fruição de utilidades não fundamentada necessariamente na lógica do usuário-pagador.”

Ainda no mesmo estudo, os autores, distinguindo a concessão patrocinada – que “não configura uma inovação tão relevante no tocante ao modelo tradicional da concessão de serviço público” – da concessão administrativa, pontuam que esta última “permitiu inovações muito notáveis, eis que não se vincula a um serviço público – ainda que possa envolver um serviço prestado ao público. O modelo da concessão administrativa propicia soluções de longo prazo, tornando superada a questão dos limites temporais dos contratos administrativos da Lei 8.666. Depois, afasta o drama das limitações orçamentárias, que gera sempre o risco de obras inacabadas. Enfim, permite a obtenção de obras e serviços a ela relacionados concebidos segundo um padrão de eficiência tipicamente privado. A concessão administrativa pode ser a grande resposta para a satisfação de necessidades relevantes, cujo atendimento segundo os modelos contratuais tradicionais era inviável.”³⁵

1.8. Conclusão do modelo jurídico-institucional – Concessão Administrativa

Diante do exposto, nossa conclusão com relação ao modelo jurídico-institucional mais recomendável para a delegação dos Serviços à iniciativa privada no Município de Itapevi é que isso ocorra por meio de concessão administrativa, nos termos da Lei Federal 11.079/2004.

Em breve resumo, são as seguintes as vantagens e os aspectos que tornam tal modelo mais viável e justificável em relação aos demais analisados:

- a) Maior viabilidade de financiamento quando esta é atribuída ao parceiro privado;

³⁵ *Idem, ibidem.* p. 35 e 36.



Prefeitura do Município de Itapevi

- b) O longo prazo contratual permitido pelo modelo, o que viabiliza os altos investimentos com a diluição de seus custos ao longo da vigência contratual;
- c) Alocação mais eficiente dos riscos envolvidos na contratação;
- d) Mecanismos legais e financeiros que incentivam a excelência na prestação dos serviços e a sua boa gestão pelo parceiro privado;
- e) Os mecanismos legais voltados especificamente à maior eficiência econômica dos empreendimentos, tais como a distribuição eficiente dos riscos e dispositivos legais voltados à segurança jurídica das contratações;
- f) Atribuição ao parceiro privado da responsabilidade pelo levantamento dos recursos financeiros para viabilização do empreendimento, trazendo ganhos de eficiência ao projeto e liberando os escassos recursos da Administração Pública para outras atividades – muitas das quais essenciais e que não podem ser delegadas, tais como saúde, policiamento e educação;
- g) Possibilidade da prestação integrada dos Serviços, propiciando ganho de escala e permitindo ao parceiro privado maior conhecimento e controle de todas as etapas do sistema de gestão de resíduos sólidos, o que facilita a fiscalização por parte do Município;
- h) Parcela significativa dos Serviços constituem-se em serviços indivisíveis, portanto não passíveis de tarifação, descartando, assim, os modelos de concessão comum e de concessão patrocinada.
- i) A remuneração feita diretamente pelo poder concedente em contrapartida à prestação de serviços fruídos pela coletividade também configura uma importante concepção de política econômica, na medida em que envolve uma melhor distribuição de encargos segundo a lógica de capacidade contributiva, e não de usuário-pagador. Neste sentido, nas palavras de Marçal Justen Filho e Rafael



Prefeitura do Município de Itapevi

Wallbach Schwind³⁶, há na concessão administrativa “uma parceria entre os titulares de maior capacidade contributiva e aqueles destituídos de recursos, intermediada pelo Estado, visando assegurar a fruição de utilidades não fundamentada necessariamente na lógica do usuário-pagador”.

2. Arcabouço regulatório de Itapevi – adequações ou medidas necessárias

Definido o modelo de concessão administrativa para a delegação dos Serviços, passaremos à abordagem das questões jurídicas específicas do Município e as adequações necessárias para a implementação dessa modalidade contratual.

2.1. Autorização Legislativa para a Concessão e Normas de Regulação

De acordo com os artigos 14, VI, e 38, I, “h.5”, da Lei Orgânica do Município, a concessão de serviços públicos do Município à iniciativa privada depende de autorização legislativa.

Note-se que existe atualmente uma lei autorizando o Poder Executivo Municipal a outorgar concessão para exploração de serviços públicos integrados de limpeza urbana. Trata-se da Lei Municipal 1.538/2001, que se refere à concessão dos serviços de resíduos sólidos que vigorou até junho de 2019. No entanto, a Lei Municipal 1.538/2001 refere-se àquela concessão especificamente, que já está extinta. Respalda-se naquela autorização legislativa para a presente concessão ora estruturada pode suscitar questionamentos e insegurança jurídica.

Ademais, de acordo com a Lei de Saneamento Básico, é condição de validade do contrato de concessão a existência de normas de regulação com a autorização para a contratação dos serviços indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida (artigo 11, III c/c artigo 11, § 2º, I), o que reforça a ideia de que a lei autorizativa deve ser específica para determinada concessão.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach. *Reflexões Iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33-50.



Prefeitura do Município de Itapevi

Sobre as normas de regulação, além da autorização para a contratação dos serviços, algumas outras matérias devem ser disciplinadas em tais normas de acordo com a Lei de Saneamento Básico, a saber: metas relativas aos serviços (artigo 11, § 2º, II), prioridades de ação (artigo 11, § 2º, III), condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços (artigo 11, § 2º, IV), mecanismos de controle social (artigo 11, § 2º, V) e hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços (artigo 11, § 2º, VI).

De acordo com o artigo 30 do Decreto Federal 7.217/2010, que regulamenta a Lei de Saneamento Básico, tais normas, por se referirem a direitos e obrigações dos usuários e prestadores, deverão ser editadas por legislação do Município.

Cabe salientar que muito se discute sobre a constitucionalidade da exigência de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos por municípios. A controvérsia gira em torno essencialmente do princípio da separação dos poderes, havendo quem defenda que a exigência de autorização legislativa violaria tal princípio, pois seria uma interferência nas atribuições do Poder Executivo, a quem competiria determinar a conveniência ou não da delegação de determinado serviço público a terceiros. Há inclusive ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema e decisões favoráveis a esse posicionamento.

No entanto, não cabe, no presente relatório, adentrarmos nessa questão. Independentemente do posicionamento a se defender, o fato é que a existência de lei municipal cobrindo todas as exigências acima será o melhor cenário para a mitigação dos riscos de questionamentos políticos e jurídicos da concessão dos Serviços. Ademais, esta medida traz maior segurança jurídica ao projeto, o que reflete diretamente na sua atratividade ao mercado – aí entendido tanto os investidores quanto os seus financiadores, que fazem seus preços com base nos riscos envolvidos no projeto.

2.2. Entidade de Regulação

De acordo com a Lei de Saneamento Básico, cabe ao titular dos serviços de saneamento básico “definir a entidade responsável pela regulação e pela fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico e os procedimentos para a sua atuação” (artigo



Prefeitura do Município de Itapevi

9º, IV), sendo condição de validade dos contratos de concessão de tais serviços a existência de normas de regulação e a designação do referido ente (artigo 11, III).

A organização, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico constituem funções típicas dos titulares de tais serviços. De acordo com o artigo 31 do Decreto 7.217/2010, tais atividades podem ser exercidas diretamente pelo titular, “mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta” (artigo 31, inciso I), ou “mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos” (artigo 31, inciso II).

Assim, em suma e em termos gerais, a entidade de regulação pode ser um próprio órgão da Prefeitura de Itapevi, uma entidade de sua Administração Indireta (*e.g.*, uma autarquia) ou, mediante convênio de cooperação, o Município pode delegar tais funções a uma entidade de regulação já existente no âmbito de outro ente da federação.

A escolha de uma dessas possibilidades é, em princípio, decisão discricionária da Administração Pública do titular, levando-se em conta os diversos fatores que existirem caso a caso – tais como custos, estrutura e organização administrativa do Município, fatores políticos etc. A fim de fornecer subsídios a essa decisão, cabe tecermos abaixo alguns comentários a três possibilidades vislumbradas para o caso do Município de Itapevi com base no arcabouço legal do Município e do Estado de São Paulo, e sem prejuízo de outras alternativas que eventualmente se apresentarem.

a) Delegação a entidade de outro ente da Federação

A delegação a entidade de outro ente da Federação pode ser uma alternativa a uma eventual falta de infraestrutura e recursos humanos da Administração Pública de Itapevi para as atividades de regulação dos Serviços, em especial tendo em vista que a criação de uma autarquia municipal para essa competência pode vir a ser custosa. Atualmente, no Estado de São Paulo, as principais alternativas de entidades de regulação para essa delegação seriam a ARES-PCJ e a ARSESP.



Prefeitura do Município de Itapevi

A ARES-PCJ é um consórcio público com personalidade jurídica de direito público³⁷. Embora conte atualmente com 58 municípios associados³⁸, Itapevi não está entre esses municípios. Assim, a delegação das atividades de regulação do Município à ARES-PCJ poderia se dar ou por meio da sua inclusão entre os consorciados, com a assinatura de um protocolo de intenções, ou por meio de um convênio de cooperação, instrumento também bastante usual entre os municípios associados da agência reguladora (19 dos associados são conveniados).

Já no caso da ARSESP (Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo), trata-se de autarquia vinculada ao Governo do Estado de São Paulo, que poderia se tornar delegatária da regulação dos Serviços por meio da assinatura de um convênio de cooperação com o Município.

Embora a delegação da regulação dos Serviços a uma entidade de outro ente de regulação seja, em tese, o modelo idealmente talvez mais recomendável, se se considerar o grau de independência³⁹ que a regulação teria nesses moldes, deve-se pontuar que, na prática, a regulação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos ainda é incipiente no país.

Para ficarmos com os exemplos das duas alternativas dadas acima, somente a ARES-PCJ exerce a função de regulação desses serviços atualmente, sendo que, dos 58 municípios associados, em apenas um deles – Piracicaba – há tal regulação. Já no caso da ARSESP, embora sua lei de criação preveja a regulação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos entre as competências da agência⁴⁰, não identificamos, até a

³⁷ http://www.arespcj.com.br/arquivos/61376_EstatutoAREs.pdf

³⁸ <http://www.arespcj.com.br/conteudo/14/municipios.aspx> (acesso em 01/07/2019)

³⁹ A independência decisória é um dos princípios da regulação dos serviços de saneamento básico, nos termos do artigo 21, I, da Lei de Saneamento Básico.

⁴⁰ Lei Complementar 1.025/2007 do Estado de São Paulo:

“**Artigo 6º** - (...)

§ 1º - A ARSESP poderá, preservadas as competências e prerrogativas municipais:

1. exercer total ou parcialmente, observada a viabilidade técnica, as funções de regulação, controle e fiscalização que lhe forem delegadas pelos demais entes da Federação, especialmente quanto aos serviços públicos de saneamento básico de titularidade municipal e a quaisquer serviços e atividades federais de energia;

2. celebrar convênios, acordos ou instrumentos equivalentes, bem como outros contratos e ajustes com órgãos ou entidades dos Municípios ou da União, referentes à regulação, controle e fiscalização de serviços; (...)



Prefeitura do Município de Itapevi

conclusão deste relatório, nenhum caso concreto onde tais atividades sejam exercidas atualmente, sendo o foco principal da ARSESP, na área de saneamento básico, os serviços de água e esgotamento sanitário.

Por fim, convém ressaltar que em qualquer das hipóteses descritas acima – inclusão do Município entre os consorciados da ARES-PCJ, convênio de cooperação com a ARES-PCJ ou convênio de cooperação com a ARSESP – deverá haver a autorização legislativa ao Poder Executivo do Município para que haja a devida segurança jurídica na delegação.

b) Criação de entidade da administração indireta do Município

Outra possibilidade seria a criação de uma autarquia para atuar como uma agência municipal para regulação dos Serviços.

Em se tratando de administração indireta, esta alternativa permaneceria aderente aos princípios da regulação dos serviços de saneamento básico, em especial a independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora (artigo 21, I, da Lei de Saneamento Básico), ainda que provavelmente em menor grau se em comparação à delegação a entidade de outro ente da Federação tratada no tópico anterior.

No entanto, deve ser levado em conta que a criação de uma agência municipal específica para o exercício dessa regulação demandaria recursos e envolveria custos operacionais significativos do Município quando comparados à alternativa da delegação.

Quanto à necessidade de lei, neste caso também haveria, tendo em vista que autarquias são criadas por lei.

c) Delegação a órgão da própria Prefeitura

Artigo 61 - Esta lei complementar aplica-se, no que couber, aos serviços de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, bem como aos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, respeitada a autonomia municipal e observada a legislação estadual aplicável, em especial a Lei nº 12.300, de 16 de março de 2006, ficando o Estado autorizado a celebrar convênios de cooperação e contratos de programa com os Municípios.”



Prefeitura do Município de Itapevi

Uma terceira hipótese para a regulação dos Serviços no Município seria a designação a órgão da própria Prefeitura, nos termos do artigo 31, I, do Decreto Federal nº 7.217/2010. Esta possibilidade, por um lado, traz menos dificuldades em comparação às duas precedentes, uma vez que a delegação a órgão da Prefeitura, sendo ela a titular dos Serviços, prescindiria da via legislativa que se aplica aos outros dois cenários.

Por outro lado, esta hipótese pode estar mais sujeita a questionamentos do que os cenários precedentes. Isto porque, embora haja a permissão expressa da possibilidade no Decreto regulamentador da Lei de Saneamento Básico, conforme visto acima (artigo 31, I, do Decreto Federal nº 7.217/2010), o artigo 21 da lei, em seu inciso I, prevê como um dos princípios a serem atendidos no exercício da função de regulação a “autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora”. Sabe-se que tal autonomia não poderia ser exercida por um órgão da estrutura interna da Prefeitura, mas sim por entidade de sua administração indireta ou por entidade de outro ente da Federação, que seriam os casos mencionados nos tópicos anteriores.

Essa antinomia normativa, para a qual, evidentemente, prevalece a disposição da Lei sobre a do Decreto, é discutida na doutrina, sendo oportuno para o presente caso citar o entendimento de Augusto Neves Dal Pozzo, Percival José Bariani Junior e Renan Marcondes Facchinatto em artigo⁴¹ sobre o assunto, que, embora críticos do artigo 31, I, do Decreto Federal nº 7.217/2010, reconhecem a possibilidade do exercício da regulação por órgão da Prefeitura nos seguintes termos, *in verbis*:

“Nesse sentido, merece acolhida a tese segundo a qual não molesta a validade do contrato a delegação provisória, até a criação da agência reguladora, de sua função típica a órgão da Administração Direta.

A natural tardança para criação da entidade regulatória não pode ipso facto comprometer a permanência e a regularidade do serviço público.

⁴¹ DAL POZZO, Augusto Neves; BARIANI Jr., Percival José; FACCHINATTO, Renan Marcondes. “As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico”. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELI, Rodrigo de Pinho (Coord.). *Tratado sobre o marco regulatório de saneamento básico no direito*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 993-1007. ISBN. 978-85-69220-36-7



Prefeitura do Município de Itapevi

Donde resta cogente reconhecer a juridicidade dessa alternativa, garantidora do próprio regime do serviço público.

(...)

Assim sendo, verifica-se que não há qualquer violação ao direito em promover-se a delegação provisória da função regulatória a um órgão da administração direta até que seja efetivamente constituída a entidade que irá desempenhar tais funções, sendo essa a interpretação que deve ser conferida ao artigo 31, inciso I, do Decreto Federal n. 7.217.”

Compartilhamos da opinião dos autores, que, além de se sustentar em sólidos argumentos, é corroborada na prática, onde se pode notar diversos contratos de concessão de serviços de resíduos sólidos cuja regulação e fiscalização fica a cargo do próprio poder concedente por meio de alguma de suas secretarias.

2.3. Estrutura de Garantias das Obrigações Pecuniárias do Poder Concedente

2.3.1. Introdução

Outra questão de grande relevância quando se trata da modelagem do empreendimento refere-se à garantia a ser oferecida pelo poder público ao parceiro privado relativamente às obrigações pecuniárias em favor deste na parceria público-privada.

Contratos de PPP, como se sabe, envolvem valores significativos de investimento da iniciativa privada, o que aliás constitui própria condição da existência dessas avenças nos termos da Lei 11.079/2004⁴². Se são altos os dispêndios por parte da iniciativa privada

⁴² Art. 2º (...)

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); ([Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017](#))



Prefeitura do Município de Itapevi

para a implementação de suas obrigações nesses contratos, é, por outro lado, da Administração Pública que os potenciais concessionários dependerão primordialmente para terem o retorno desses investimentos. Este contexto seria visto como um cenário não favorável se se mantivesse a visão que historicamente o empresariado tem acerca da fama de mal pagadora da Administração Pública.

Se esse risco fosse mantido no âmbito dos contratos de PPP, provavelmente pouca ou nenhuma empresa se interessaria em se aventurar nesses empreendimentos. Essa pouca atratividade reduziria a competição e causaria o aumento das propostas nas licitações desses contratos, impactando diretamente nos usuários dos serviços.

Ademais, o aumento dos valores das propostas nas licitações de PPPs na hipótese de riscos de inadimplemento do poder público não decorreria somente da redução da competição. O próprio risco de inadimplemento em si já inflacionaria as propostas. Neste sentido, de acordo com Maurício Portugal Ribeiro,

“A iniciativa privada trata como um risco a incerteza sobre o recebimento de pagamento contratualmente estipulado por investimentos realizados e serviços prestados. Quanto maior a percepção de risco da iniciativa privada em relação à capacidade da Administração Pública de cumprir as obrigações de pagamento assumidas em contrato de PPP, maior o preço que o parceiro privado ofertará na licitação do contrato de PPP.”⁴³

Além da questão da inserção nas propostas dos custos relativos aos riscos de inadimplemento, a robustez das garantias ofertadas pelo poder concedente ao parceiro privado reduz o preço de uma PPP ainda por outro prisma, que é o que se refere aos custos do financiamento do empreendimento.

De acordo com José Virgílio Lopes Enei,

⁴³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Garantias de pagamento público em contratos de PPP: como estruturar um sistema ideal?*. In: 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>>



Prefeitura do Município de Itapevi

“diante de um histórico de calotes públicos ainda recente no Brasil, o compromisso assumido pelo Poder Público de pagar a contraprestação pública ou efetuar o aporte de recursos em favor do parceiro privado só se mostra apto a facilitar o financiamento ou reduzir a sua necessidade na medida em que existam garantias sólidas do seu adimplemento, a tempo e modo contratualmente estipulados.

Daí que as garantias oferecidas pelo Poder Público ao parceiro privado têm repercussão direta na financiabilidade das PPPs.

(...)

Por essa razão, o exame da solidez financeira e legalidade de fundos e estatais garantidores, vinculação de receitas (...), cessão de créditos tributários parcelados ou em dívida ativa, contas vinculadas e outros instrumentos de garantia das obrigações assumidas pelo Poder Concedente, em favor do concessionário, e por este repassados ao seu financiador, é pressuposto básico de qualquer processo de concessão de financiamento.”⁴⁴

Bruno Aurélio atribui até mesmo o sucesso dos arranjos pretendidos à sua financiabilidade pelos parceiros privados:

“No contexto da contratação, o sucesso seria representado pela redução máxima do repasse do risco de crédito ao valor contratado e a validação do arranjo de garantias públicas para fins de obtenção de financiamento sem utilização de garantias corporativas, ou seja, dos acionistas do parceiro privado contratado.”⁴⁵

⁴⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115-116.

⁴⁵ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 201.



Prefeitura do Município de Itapevi

Tendo em vista que os custos de financiamento aumentam conforme os riscos do projeto, quanto mais sólidas forem as garantias de adimplemento do poder concedente, menores serão esses custos. Tal princípio é ainda reforçado quando se trata de financiamentos realizados por meio do modelo de *Project Finance*, que tem como garantia ao financiador a própria receita do concessionário advinda da operação do projeto financiado.

Portanto, vê-se que a questão da garantia pública nos contratos de parceria público-privada é de extrema relevância. Da mesma forma como ocorre com a inadequada alocação dos riscos do projeto, um sistema de garantias públicas sem solidez pode acarretar a pouca atratividade do projeto à iniciativa privada, trazendo as consequências que disso advém – especialmente a baixa competição e o impacto que este cenário e os riscos de mora do poder público causam na precificação das propostas e nos custos de financiamento.

Sobre como avaliar a qualidade de uma garantia, Maurício Portugal Ribeiro esclarece, resumidamente, que se deverá levar em conta “a qualidade dos ativos, a quantidade desses ativos e a facilidade de acesso pelo parceiro privado a esses ativos”⁴⁶. Tais aspectos serão avaliados levando-se em conta os seguintes itens, ainda de acordo com o autor:

- “a) Liquidez dos ativos no momento de honrar a garantia (...).*
- b) Variação de valor dos ativos no tempo (volatilidade) (...).*
- c) Volume de ativos vs. volume de garantia prestada (...).*
- d) Baixa correlação no valor dos ativos (possibilidade reduzida de eventos que afetam todos os ativos ao mesmo tempo) (...).*
- e) Baixa correlação no valor dos passivos (possibilidade reduzida de todas as garantias serem chamadas simultaneamente) (...).*
- f) Facilidade no acionamento das garantias (definição de eventos claros de inadimplência e de eventuais agentes gestores da garantia) (...).*
- g) Facilidade de acesso aos ativos (agentes fiduciários, contas segregadas, ativos identificados) (...).”*

⁴⁶ *Idem, ibidem.* p. 297.



Prefeitura do Município de Itapevi

Dentre os aspectos mencionados acima, pode-se dizer que ganham destaque especificamente no contexto da modelagem *jurídica* de uma PPP principalmente a liquidez dos ativos (item “a”), facilidade no acionamento das garantias (item “f”) e facilidade de acesso aos ativos (item “g”). Esses três aspectos podem ser identificados nas modalidades de garantia previstas no artigo 8º⁴⁷ da Lei Federal de PPP da seguinte forma:

- (i) A facilidade de acionamento e a facilidade de acesso aos ativos são características típicas das garantias de que participa uma terceira entidade de natureza privada, tais como seguradoras (artigo 8º, III, da Lei 11.079/2004), instituições financeiras (artigo 8º, IV) e fundos garantidores ou empresas estatais (artigo 8º, V); e
- (ii) A liquidez da garantia pode ser encontrada nessas mesmas modalidades citadas anteriormente (seguradoras, instituições financeiras e fundos garantidores) e também na vinculação de receitas (artigo 8º, I) e nos fundos especiais previstos em lei (artigo 8º, II).

A fim de dar um maior direcionamento na decisão quanto à modalidade de garantia a ser adotada, a seguir teceremos maiores comentários a duas modalidades mais usuais que tenham uma ou mais das características acima: os fundos garantidores e as receitas vinculadas.

⁴⁷ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

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

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

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

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

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

VI – outros mecanismos admitidos em lei.



Prefeitura do Município de Itapevi

2.3.1.1. Entidades de natureza privada – Fundos Garantidores ou Empresas Estatais

É de se ressaltar que os parâmetros de qualidade das garantias devem ainda ser conjugados com determinados aspectos relativos ao regime de direito público a que se sujeita o poder concedente. Neste sentido, ganham especial relevância na criação dos mecanismos de garantia ao parceiro privado o regime de precatórios que deve regular a execução de dívidas da fazenda pública e as restrições, via de regra, aplicáveis aos bens públicos, mormente sua impenhorabilidade.

Os precatórios, como se sabe, são títulos expedidos pelo Poder Judiciário por meio dos quais se exige das fazendas públicas o pagamento de dívida após condenação transitada em julgado. Expedido o precatório, o respectivo valor passa a ser incluído no orçamento do ente devedor, e sua execução levará em conta ordem cronológica de apresentação.

É notório que o procedimento acima leva diversos anos para ser concluído. Sendo o propósito de uma garantia justamente a segurança do potencial credor de que, em caso de inadimplemento da outra parte, tal débito será liquidado de alguma outra forma com agilidade, a sistemática de precatórios vai totalmente contra tal finalidade. Mesmo porque, se fosse simplesmente para se sujeitar a esse regime de execução, bastaria que a própria dívida fosse executada por meio do regime precatorial.

De acordo com estudo realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento⁴⁸ - BID sobre o tema das garantias públicas à remuneração do parceiro privado nas PPPs, o regime de precatórios é um dos principais obstáculos nas modelagens desses contratos. Neste contexto, tal estudo faz, a título exemplificativo, uma comparação entre a utilização de fundos especiais (artigo 8º, II, da Lei de PPP) e de fundos garantidores (artigo 8º, V, da Lei de PPP) na instituição de garantias nos contratos, *in verbis*:

⁴⁸ DIETERICH BOPP, Frederico. *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*. BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/handle/11319/8602>>



Prefeitura do Município de Itapevi

“É justamente em virtude de tais peculiaridades que os fundos especiais não têm a solidez de um fundo garantidor de PPPs, já que, por estarem diretamente vinculados à administração direta ou indireta, o seu patrimônio é dotado de natureza pública. Nesse sentido, 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 precatorial. Por outro lado, a execução contra um fundo garantidor de PPPs é feita em face de um ente com natureza jurídica privada e patrimônio segregado, afastando o regime de precatórios.”

Em vista dessas restrições, é usual encontrar nas modelagens de PPPs a inclusão de entidades privadas vinculadas ao poder concedente oferecendo as garantias, uma vez que a execução de dívidas dessas entidades não enfrenta as dificuldades relativas ao regime de precatórios e à afetação de bens. Dentre tais entidades privadas, destacam-se os fundos garantidores e as empresas estatais⁴⁹.

Alguns exemplos concretos de PPPs em que entidades privadas figuram como garantidoras são: (i) Rodovia MG 050 do Estado de Minas Gerais, em que as garantias são prestadas pela Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG; (ii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos de Piracicaba, em que as garantias são prestadas por fundo garantidor criado pelo Município; (iii) Arena das Dunas no Rio Grande do Norte, em que as garantias são prestadas pelo Fundo Garantidor de PPPs do Rio Grande do Norte; (iv) Linha 6 do Metrô de São Paulo, em que a Companhia Paulista de Parcerias, empresa estatal criada pelo Estado de São Paulo, atua como fiadora das obrigações do poder concedente; (v) gestão do parque de iluminação pública de Caraguatatuba, em que as garantias são prestadas por fundo garantidor criado pelo Município; (vi) Centro Administrativo do Distrito Federal, em que foram dados em garantia imóveis de propriedade da TERRACAP, empresa pública do Distrito Federal, bem como fez parte do pacote de garantias o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas do poder concedente.

⁴⁹ Também entram nesse conceito as seguradoras e as instituições financeiras, previstas nos incisos III e IV do artigo 8º da Lei de PPP. No entanto, são pouco usuais essas garantias, possivelmente pelos altos custos que elas envolvem.



Prefeitura do Município de Itapevi

As figuras dos fundos garantidores e das empresas estatais no contexto das garantias públicas nas PPPs são muito similares, sendo que o principal traço que as diferencia é a natureza gerencial: os fundos garantidores são administradores por entes externos e as empresas estatais o são por conselheiros nomeados pelo ente público que as constituiu. Neste sentido, as empresas estatais costumam estar mais passíveis de sofrer ingerência política do que os fundos.

No caso concreto do Município de Itapevi, atualmente não existe qualquer previsão legal de um fundo garantidor de PPPs, tampouco de uma empresa estatal com essa finalidade nos moldes descritos na Lei 11.079/2004. Portanto, se se optar por essa modalidade de garantia, deve haver a autorização legal para a criação de uma entidade dessa natureza.

2.3.1.2. Vinculação de receitas

Um primeiro ponto que se deve esclarecer sobre esse mecanismo é que, embora esteja entre as modalidades elencadas no artigo 8º da Lei Federal de PPP, a vinculação de receita não se configura a rigor uma garantia no sentido técnico do termo, em que a garantia é obrigação acessória ao pagamento. Trata-se, na realidade, da própria obrigação principal de pagamento, sendo apenas um mecanismo visando a dar mais robustez a essa obrigação. Nesse sentido, Bruno Aurélio pontua que

“a mera vinculação de uma dada receita pública não pode ser considerada garantia, mas apenas a indicação legal ou contratual de que certas rendas da Administração contratante serão destinadas à remuneração do contratado ou reservadas, durante certo período, para fins de pagamento se configurada a hipótese de inadimplemento.”⁵⁰

Outra questão diz respeito ao tipo de receita que pode ser vinculada. O inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal veda a vinculação de receitas de imposto,

⁵⁰ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 193.



Prefeitura do Município de Itapevi

interpretando-se, *contrario sensu*, que receitas de outra natureza podem ser vinculadas. O tema gera alguma discussão, havendo vozes dissonantes⁵¹ no sentido de que a vinculação de qualquer receita é inconstitucional. No entanto, é uma corrente minoritária que assim entende e, em termos gerais, a vinculação de receitas de outra natureza além do imposto é uma alternativa juridicamente viável⁵².

Quanto a como operacionalizar a vinculação de receitas para o contrato de concessão administrativa dos Serviços, o primeiro aspecto que se deve ter em conta é que isso dependeria de lei do Município, a fim de se evitar qualquer fragilidade do mecanismo perante as leis orçamentárias que prevaleceriam caso se optasse, por exemplo, pela instituição da vinculação por meio de decreto.

O fluxo das receitas vinculadas poderia se apoiar em conta vinculada. A partir da arrecadação, as receitas seriam assim direcionadas diretamente à conta vinculada de titularidade do poder concedente. O banco onde a conta fosse aberta teria a função de um agente financeiro, com a obrigação contratual perante a concessionária e o poder concedente de realizar os pagamentos.

Um possível ponto de fragilidade da vinculação de receita, do ponto de vista do parceiro privado, refere-se à prática do que se convencionou chamar de decretos de contingenciamento. Esses decretos fundamentam-se no artigo 8º, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal, e por meio deles o chefe do Poder Executivo pode não executar determinadas receitas então previstas na lei de diretrizes orçamentárias vigente.

Esse risco é mitigado por disposição expressa da própria Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 9º, § 2º, da LRF), que prevê que não serão objeto da limitação a que se referem os decretos de contingenciamento “as despesas que constituam obrigações

⁵¹ HARADA, Kiyoshi. *Parceria Público-Privada – vinculação de receitas – instituição de fundos especiais – art. 8º, incs. I e II, da Lei n. 11.079/04 – inconstitucionalidade (parecer)*. BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v.21. n.3. mar. 2005, p. 310-12.

⁵² Ressalta-se que o tema ganhou também alguma fragilidade na ADI 553/RJ, onde foi questionada a constitucionalidade de disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que vinculava parcela do Fundo de Participação dos Estados (FPE) fora das hipóteses previstas na Constituição Federal. O entendimento do STF de que é vedada a vinculação do FPE, com base no artigo 167, IV, da CF, chamou a atenção dos municípios, que contam com receita da mesma natureza (FPM – Fundo de Participação dos Municípios) para vinculação a finalidades variadas. Entendia-se que o FPM era receita de imposto da União, mas, ao ingressar nos cofres dos municípios, já não teria mais essa natureza.



Prefeitura do Município de Itapevi

constitucionais e legais do ente”, o que contemplaria, portanto, as receitas legalmente vinculadas. No entanto, a doutrina aponta que na prática as limitações ocorrem mesmo nessas hipóteses. Veja-se, a respeito, trecho elucidativo de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

“Além da possibilidade de não-execução por incapacidade do órgão gestor, [as despesas] poderão não ser executadas em face dos limites impostos pelo decreto previsto no artigo 8º da LRF, a ser editado em até 30 dias depois da publicação do orçamento, que deverá dispor sobre a programação orçamentária e financeira e estabelecer o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício, vulgarmente conhecido como “decreto de contingenciamento”. Pode surpreender o leitor atento a afirmação que ora se faz, eis que, em face do artigo 9º, § 2º, da LRF, as despesas obrigatórias constitucionais e legais não estariam sujeitas à limitação. Todavia, a prática tem sido outra, sobretudo, ao que parece, pelo esforço na obtenção de superávits primários.”⁵³

Seja como for, embora não se possa descartar a possibilidade de que essas despesas não sejam executadas pelo poder concedente em decorrência dos decretos de contingenciamento, em última análise o mecanismo traz efeitos positivos à segurança almejada pela iniciativa privada. Primeiro porque a receita legalmente vinculada, ainda que sujeita a vulnerabilidades, traz um importante traço, que é a impossibilidade legal de ser usada para outros fins que não aqueles a que se vinculou, o que já reforça sobremaneira as chances de recebimento em comparação a receitas sem vinculação. Segundo pela própria disposição expressa da Lei de Responsabilidade Fiscal que não permite que sejam objeto do contingenciamento as receitas legalmente vinculadas (artigo 9º, § 2º, da LRF) – ou seja, portanto, a rigor, o contingenciamento de receitas dessa natureza vai contra a lei. E por fim, podem ser criados mecanismos contratuais, no próprio contrato de concessão administrativa, que reforcem a vinculação da receita e desestimulem o seu contingenciamento.

⁵³ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 223.



Prefeitura do Município de Itapevi

Assim, em breve resumo, pode-se listar as seguintes vantagens da vinculação de receitas: reforça a obrigação de pagamento ao não permitir qualquer outra destinação à receita que não o pagamento à concessionária; alta liquidez do mecanismo, pois os recursos, a partir do momento de sua arrecadação, já seriam destinados a conta vinculada ao contrato de concessão administrativa.

As desvantagens, por sua vez, são: o mecanismo não constitui efetivamente uma garantia; a execução desses recursos sujeitar-se-ia ao regime de precatório; possibilidade de que, por meio de decretos de contingenciamento, haja limitações a essas despesas por parte do Poder Executivo, embora isso seja contornável conforme pudemos esclarecer acima.

2.4. Aprovação da revisão do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos

O Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos atualmente vigente foi aprovado pela Lei Municipal 2.261/2014. Tendo em vista a aprovação por lei desse Plano, a versão revisada desse documento, elaborada recentemente, também deverá ser aprovada por lei municipal.

2.5. Conclusão

Diante do exposto, recomenda-se que as seguintes matérias sejam versadas em lei que deve ser editada pelo Município: (i) autorização legislativa da delegação dos Serviços; (ii) normas de regulação; (iii) delegação das funções de fiscalização dos Serviços a uma entidade existente ou criação de uma autarquia municipal para exercer tais funções, se o Município optar por uma dessas alternativas; (iv) autorização para criação de fundo garantidor de PPPs ou empresa estatal garantidora das obrigações pecuniárias do Município, ou ainda eventual vinculação de receitas, a depender do modelo de garantia pública a ser adotado pelo Município; e (v) aprovação do novo Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.



Prefeitura do Município de Itapevi

Em vista da confluência dos temas, tais matérias podem ser objeto de um único projeto de lei, que estaremos à disposição para elaborar após as discussões e definições junto ao Município.

3. Outros Aspectos

3.1. O Critério de Julgamento da Combinação entre a Melhor Técnica e Menor Valor da Contraprestação

O critério de julgamento da técnica e preço é expressamente autorizado pela Lei Federal de PPP, nos termos do seu artigo 12, II, alínea “b”. Além disso, sua adoção é amplamente aceita pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em entendimento consolidado nessa corte em diversos julgados, inclusive específicos sobre o mesmo tema, ou seja, concessão de serviços de limpeza urbana (e.g., TC-002858/009/14, TC-013841/026/06, TC 30557/026/10, TC 30588/026/10, TC-10176.989.15-0 e TC-10271.989.15-4).

É verdade que a questão já suscitou alguma dúvida no passado por conta da súmula 21 do TCE-SP, segundo a qual “*é vedada a utilização de licitação do tipo técnica e preço para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário*”. No entanto, hoje já não resta mais dúvida que tal súmula não se aplica às licitações de contratos de concessão de limpeza pública, em cuja legislação tal critério é expressamente autorizado. Cita-se, como exemplo, a resposta dada pela corte de contas do Estado de São Paulo em consulta formulada no âmbito do TC-013841/026/06 pela Prefeitura Municipal de Piracicaba:

“Por fim, indaga-se, para fins de concessão de serviços de limpeza urbana, aplica-se o disposto na Súmula 21 deste e. Tribunal? Resposta: Não. A concessão administrativa, como forma de parceria público privada, pode ser licitada com o emprego do tipo técnica e preço, ante a expressa autorização legal consignada no inciso I do artigo 12 da Lei nº 11.079/04. O enunciado da Súmula nº 21 deste Tribunal aplica-se nas licitações com base na Lei 8.666/93”



Prefeitura do Município de Itapevi

À parte a permissão legal expressa e o entendimento neste mesmo sentido, especificamente com relação a concessões com o mesmo objeto da presente, já consolidado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no caso em análise é plenamente justificável e recomendável que o critério de técnica seja considerado para a seleção da melhor licitante.

Inicialmente, cabe destacar que, diferentemente do que ocorre em licitações para contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993, em que as obras e serviços a serem licitados pressupõem a existência de projeto básico disponibilizado pela Administração Pública⁵⁴, no caso das PPPs, os estudos que subsidiam o edital devem ter nível de detalhamento de anteprojeto apenas, nos termos do §4º do artigo 10 da Lei 11.079/2004⁵⁵.

Ou seja, são apresentados em edital estudos com um nível baixo de detalhamento, justamente porque caberá à concessionária implementar o projeto da forma mais eficiente. Decorre disso que, em regra geral, a comprovação da boa técnica é essencial nas PPPs, já que o licitante é quem fica responsável pelo projeto do empreendimento.

O Anexo III do Edital, que estabelece os critérios para julgamento das propostas técnicas, indica oito planos que devem ser apresentados pela licitante, contendo soluções para a coleta regular manual e mecanizada de resíduos sólidos; coleta seletiva porta a porta; implantação e operação de estação de transbordo; implantação, operação e manutenção de unidade de triagem; implantação, operação e manutenção de unidade de compostagem aeróbia; implantação, operação e manutenção de unidade de beneficiamento de resíduos da construção civil; plano de varrição manual e mecanizada; e educação ambiental.

⁵⁴ Art. 7º (...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

⁵⁵ § 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.



Prefeitura do Município de Itapevi

Cada um desses planos deverá apresentar aspectos técnicos que permitam uma avaliação objetiva do conhecimento da licitante e sua capacidade de implementação das soluções, tais como conhecimento do problema, diagnóstico, metodologia, dimensionamento, especificação de frota, memorial descritivo, frequência, produtividade, equipamentos e acessórios necessários, plantas, itinerários, localização de contêineres e justificativas, projetos conceituais, dimensionamento de recursos necessários, entre outros.

Os elementos descritos nos planos serão avaliados objetivamente, por meio da atribuição de pontuação baseada no nível de atendimento do plano apresentado – não atendimento, atendimento incompleto ou com falhas e atendimento integral. As soluções deverão atender ao exigido no Edital, especialmente no seu Termo de Referência, sendo também balizadas pelas disposições das Leis Federais 11.445/2007 e 12.305/2010 e pelo Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. São ao todo 25 (vinte e cinco) itens que serão individualmente avaliados e pontuados com base nos critérios objetiva e estritamente definidos, de forma clara, no Edital. Segue abaixo a tabela final de pontuação, para mais fácil visualização:

ITEM	PESO TOTAL	SUBITEM	PESO PARCIAL	PONTUAÇÃO PARCIAL	PONTUAÇÃO TOTAL
3.1 Plano de Coleta regular manual e mecanizada e transporte de resíduos sólidos urbanos	2	a	0,10		
		b	0,20		
		c	0,60		
		d	0,60		
		e	0,50		
3.2. Plano de Coleta Seletiva Porta a Porta	1	a	0,20		
		b	0,60		
		c	0,20		



Prefeitura do Município de Itapevi

ITEM	PESO TOTAL	SUBITEM	PESO PARCIAL	PONTUAÇÃO PARCIAL	PONTUAÇÃO TOTAL
3.3. Plano para implantação e operação da Estação de Transbordo de resíduos sólidos urbanos	1	a	0,50		
		b	0,25		
		c	0,25		
3.4. Plano para implantação, operação e manutenção da Unidade de Triagem de resíduos sólidos	1,5	a	1,00		
		b	0,25		
		c	0,25		
3.5. Plano para implantação, operação e manutenção da Unidade de compostagem aeróbia de resíduos de poda e feiras livres	0,5	a	0,30		
		b	0,10		
		c	0,10		
3.6. Plano para implantação, operação e manutenção da Unidade de Beneficiamento de resíduos de construção civil	1	a	0,50		
		b	0,25		
		c	0,25		



Prefeitura do Município de Itapevi

ITEM	PESO TOTAL	SUBITEM	PESO PARCIAL	PONTUAÇÃO PARCIAL	PONTUAÇÃO TOTAL
3.7. Plano de varrição manual e mecanizada de vias e logradouros públicos	2	a	0,20		
		b	0,40		
		c	0,70		
		d	0,70		
3.8. Plano de Educação Ambiental	1	a	1,00		
TOTAL	10	-	10,00		

Vê-se, portanto, que a avaliação técnica de cada licitante ocorrerá de forma criteriosa, transparente e objetiva.

A complexidade dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é inegável, especialmente numa PPP, em que a licitante deverá apresentar as soluções, projetos e metodologias que permitam cumprir as metas previstas no Edital. Além disso, ressalta-se que se trata de atividades que devem contar com constante inovação e para as quais há inúmeras metodologias e possibilidades de solução – o que justifica o estabelecimento de critérios objetivos que permitam a avaliação de cada uma delas.

Os objetivos para a implantação e operação do sistema de gestão de resíduos sólidos já ilustram a relevância da técnica a ser adotada pelo licitante, tendo em vista os inúmeros aspectos que devem ser levados em conta para a prestação dos serviços. O anexo do Edital contendo as diretrizes e critérios de avaliação das propostas técnicas define tais objetivos, que vão desde as diversas diretrizes da Lei 11.445/2007 e da Lei 12.305/2010; aplicação de uma visão sistêmica na operação que considere variáveis ambientais, sociais, culturais, econômicas, tecnológicas e de saúde pública; definição de métodos que visem, nesta ordem, à não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos, além de disposição final ambientalmente adequada;



Prefeitura do Município de Itapevi

implantação de modelos inovadores, que atendam a critérios tecnológicos, locacionais, ambientais e sociais estabelecidos.

Com base nesses objetivos, o licitante deve apresentar metodologias com relação aos seus diversos planos, que poderão variar conforme os aspectos e objetivos indicados acima e na legislação em vigor.

De acordo com a Lei 8.666/1993, é cabível a adoção da melhor técnica nas licitações *“em que o objeto pretendido admitir **soluções alternativas e variações de execução**, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório”* (artigo 46, § 3º - grifo nosso).

Com base em tal previsão legal, Benedicto Porto Neto afirma que “um dos objetivos das PPPs é aproveitar a eficiência da iniciativa privada na definição do modelo contratual, com possibilidade de ela propor meios para que sejam alcançados os fins definidos pela Administração”. Com isso em vista, o autor prossegue, firmando seu posicionamento favorável à utilização da melhor técnica nessas situações:

“Não teria sentido admitir a apresentação, pelas licitantes, de diferentes soluções para o objeto pretendido para, depois, escolher a proposta vencedora com base exclusivamente em aspectos econômicos. Nesse quadro, as diferenças [técnicas] propostas restariam simplesmente desprezadas.”⁵⁶

Assim, o critério de técnica e preço é essencial em PPPs de coleta e destinação final de resíduos e é a praxe nas contratações dessa modalidade.

3.2. Índices Contábeis Adotados

Foram adotados os seguintes índices contábeis a serem exigidos dos licitantes:

⁵⁶ PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para Contratação de Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público-Privadas*, Carlos Ari Sundfeld, coordenador – 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 149.



Prefeitura do Município de Itapevi

Índice de Liquidez Corrente

$$\text{ILC} = \text{Ativo Circulante} / \text{Passivo Circulante} > \text{ou} = 1,00$$

Índice de Liquidez Geral

$$\text{ILG} = (\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}) / (\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}) > \text{ou} = 1,00$$

Índice de Endividamento

$$\text{IE} = (\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}) / \text{Ativo Total} = \text{ou} < 1,00$$

Os índices adotados são usuais e amplamente aceitos pelas nossas cortes de contas. De fato, em muitos casos similares é comum encontrar índices até mais rigorosos, e também aceitos pelos tribunais, tendo em vista que também refletiriam a situação das empresas deste ramo, que devem estar aptas a realizar grandes investimentos e tomar altos empréstimos para esta finalidade. No entanto, foi feita na presente modelagem uma opção conservadora, com a adoção de índices mais flexíveis, no intuito de se mitigar ao máximo questionamentos e, conseqüentemente, contratempos no processo. Por outro lado, é importante ressaltar que esta opção foi feita sem se deixar de lado a segurança da execução do contrato.

Os serviços de saneamento básico são considerados essenciais devido a sua natureza e devem ser prestados com segurança, qualidade e regularidade, conforme estabelecido na Lei Federal nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Nesse sentido, o Edital prevê requisitos mínimos de qualidade para a prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos que deverão ser atendidos pela licitante vencedora, incluindo sua regularidade e continuidade, ao longo da concessão administrativa.

Assim, a adoção de um determinado índice visa a prevenir que empresas que não tenham respaldo financeiro possam participar e vencer o certame ou que a licitante



Prefeitura do Município de Itapevi

vencedora não cumpra com suas obrigações contratuais, causando prejuízos para a Administração Pública e para os usuários dos serviços.

Os índices de liquidez geral e corrente devem evidenciar a capacidade da empresa de cumprir suas obrigações à medida que vencem ou a curto prazo. No caso concreto, devido aos altos custos operacionais dos serviços licitados e à sua essencialidade, é imprescindível que as empresas se mostrem aptas a cumprir tempestivamente suas obrigações do dia-a-dia, por isso a importância de índices aceitáveis de liquidez. A falta deste cumprimento pode por em risco a regularidade e continuidade dos serviços.

Se por um lado o ILG e o ILC devem garantir a liquidez da empresa, por outro, não devem ser desarrazoadamente seletivos a ponto de restringir indevidamente a ampla competição entre os licitantes. Mas quanto a este ponto, conforme já esclarecido, é amplamente aceita a adoção dos índices de liquidez nos parâmetros exigidos no Edital, especialmente considerando o porte do contrato licitado – como se poderá ver na jurisprudência abaixo.

Já o índice de endividamento evidencia o grau de endividamento total da empresa, expressando a proporção de recursos de terceiros que financiam o ativo. Indicadores muito elevados de endividamento por um longo período tendem a conduzir a empresa a maiores probabilidades de problemas financeiros. Qualquer oscilação na conjuntura econômica ou no setor de atuação da empresa que reduza seu nível de atividade pode fazer com que ela não tenha condições de curto prazo de cobrir os custos financeiros do endividamento.

Além disso, o índice de endividamento (IE) do parceiro privado será levado em conta na concessão do financiamento do empreendimento pelas instituições financiadoras, agentes imprescindíveis na estruturação de uma PPP após a assinatura do contrato. Um IE acima dos padrões certamente aumentará o custo de capital da empresa, que por sua vez o embutirá em seu preço a ser ofertado na licitação. Ou seja, quem será onerado é a própria Administração Pública, ou em última análise a coletividade.

Alguns exemplos da jurisprudência seguem abaixo:



Prefeitura do Município de Itapevi

“Enquanto que o normal seria um índice de liquidez corrente de 1,2 a 1,5, a licitação exigia 2,0 (...)” (TCU nº 326/2010)

“Porém, no tocante aos índices de liquidez geral - LG e liquidez corrente LC, o normal é a exigência entre 1,0 a 1,5.” (TCU 282/2018)

*“utilização de índices econômico-financeiros acima da mediana no edital n. 002/2003, comprometendo a isonomia entre os participantes – o edital fez a exigência de que a liquidez geral, grau de endividamento e liquidez corrente tivessem os índices de 3,90; 0,20 e 3,90, respectivamente. De acordo com levantamento efetuado pela CGU, tais índices seriam desarrazoados, pois a média de mercado para os referidos índices seria de 2,80; N/D e 3,51, respectivamente. **A mediana dos índices de liquidez geral seria de 3,11, na forma apresentada pelas 34 maiores empresas do ramo de construção civil** publicado pela revista Exame ao final do ano anterior à data da publicação do referido edital (peça 9, p. 21 a 29)” (com nosso grifo) (TCU 2193/2017)*

“com relação à exigência de índice de liquidez corrente no percentual mínimo de 3,5%, ressalta-se desde já que a jurisprudência desta Corte já se posicionou, conforme se verifica nos Acórdãos 779/2005-Plenário e 170/2007-Plenário, que índices de liquidez acima de 2,0 são considerados excessivos, e, caso necessários, devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sob pena de restrição à competitividade do certame, em oposição ao que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei n.º 8.666/1993.” (TCU 1640/2016)

“quanto à eventual restrição ao caráter concorrencial da licitação por conta de exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,30, como requisito de qualificação econômico-financeira (subitem 5.4.6.1 do Edital), a CPL de Barra de São Miguel (PB) agiu sem prejuízo à competitividade, uma vez que das oito participantes, apenas uma empresa foi inabilitada por tal item, tendo a própria Coenco atendido à exigência.” (TCU 637/2017)



Prefeitura do Município de Itapevi

“por haver habilitado a empresa Construtora Rodoviária Ltda., em que pese ter apresentado para o mesmo índice (grau de endividamento - GE), valor acima do permitido (0,49 frente aos 0,30 impostos), em desacordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, caput, da Lei 8.666/93)” (TCU 3298/2016)



Prefeitura do Município de Itapevi

4. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas e a Vinculação de Receitas dos Fundos de Participação como Garantia das Obrigações do Poder Público*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BNDES. *O Limite de Comprometimento da Receita Corrente Líquida em Contratos de Parceria Público-Privada*. Bruno Gazzaneo Belsito, Felipe Benedito Viana, Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>
- BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
- BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública.
- BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de



Prefeitura do Município de Itapevi

fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.

- BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, 2010.
- BRASIL. Portaria do Ministério das Cidades nº 557, de 11 de novembro de 2016. Institui normas de referência para a elaboração de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira (EVTE) previstos no art. 11, inciso II, da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 - Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB).
- CARDOSO, André Guskow. *Ainda a Questão da Alocação de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DAL POZZO, Augusto Neves; BARIANI Jr., Percival José; FACCHINATTO, Renan Marcondes. “As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico”. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.). *Tratado sobre o marco regulatório de saneamento básico no direito*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 993-1007. ISBN. 978-85-69220-36-7
- DAL POZZO, Augusto Neves, JATENE, Pedro. *Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implantação*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 51-71.
- DIETERICH BOPP, Frederico. *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*. BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/handle/11319/8602>>
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 30. Ed. Re., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.



Prefeitura do Município de Itapevi

- ENEL, José Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público-Privadas: experiências e lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115-116.
- ESTADO DA BAHIA. Secretaria da Fazenda. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/garantia.htm>
- FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianneti Campos. *Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GUERRA, Sérgio. *Equilíbrio Econômico-Financeiro e Taxa Interna de Retorno nas Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alocação de Riscos na PPP*. In: *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HARADA, Kiyoshi. *Parceria Público-Privada – vinculação de receitas – instituição de fundos especiais – art. 8º, incs. I e II, da Lei n. 11.079/04 – inconstitucionalidade (parecer)*. BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v.21. n.3. mar. 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- LIMA, Mário Saadi. *Contratação de parcerias público-privadas no setor de iluminação pública: aspectos da receita corrente líquida e as características da COSIP*. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda>>
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. In: *Parcerias Público-Privadas*, Carlos Ari Sundfeld, coordenador – 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. – 1, Ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



Prefeitura do Município de Itapevi

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação*. SOUZA, Mariana Campos de (coord.) – *Parceria Público-Privada* – São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para Contratação de Parcerias Público-Privadas*. In: *Parcerias Público-Privadas*, Carlos Ari Sundfeld, coordenador – 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de PPP. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões de infraestruturas e a proibição de indenizar concessionário por investimentos não amortizados: cortar o mal pela raiz ou tapar o sol com a peneira?. 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Controles fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios. 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os princípios do Equador. 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Garantias de pagamento público em contratos de PPP: como estruturar um sistema ideal?. 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>



Prefeitura do Município de Itapevi

- RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Riscos ambientais em concessões e PPPs. 10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>
- RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- REIS Rodrigo; PEREIRA Bruno. Remuneração vinculada à *performance* do parceiro privado. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 135.