

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SANEAMENTO AMBIENTAL

Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto

*Doutor em Direito Público pela USP
Professor de Direito Administrativo da
Universidade de São Paulo*

I. INTRODUÇÃO

É sempre desafiador tratar doutrinariamente de tema em franco processo de reformulação jurídico-positiva, objeto de legislação nova ou em processo de reforma legislativa. Mais complicado ainda é abordar a relação entre dois temas que passam por estas mudanças. As parcerias entre poder público e atores privados foi recentemente objeto de inovação no direito positivo, com a edição da Lei nº 11.079/04 que criou um regime jurídico específico para licitação e contratação de duas espécies de parcerias. Já o saneamento ambiental está em franco processo de mudanças, inclusive com o provável envio de Projeto de Lei ao Congresso contendo normas versantes sobre as diretrizes da União para o setor (cf. artigo 21, XX, CF). Portanto, corro o risco de produzir não um texto doutrinário, mas uma crônica dos costumes jurídicos do momento.

Assumido este risco, pretendo adotar como foco da abordagem as perspectivas de parcerias no campo do saneamento ambiental¹, gênero onde

¹ Sem antecipar o debate terminológico, que já reflete fortes concepções sobre a abrangência da regulação e os limites das competências federativas, tenho que reconhecer serem controversos os conceitos de saneamento básico e saneamento ambiental e sobre quais atividades estão compreendidas dentro destas designações. No presente artigo, adotarei a seguinte opção terminológica. Saneamento ambiental será referido como gênero de todas as atividades ligadas ao saneamento, compreendendo tanto a limpeza urbana (coleta, transbordo,

incluímos, saneamento básico (abastecimento de água tratada e esgotamento sanitário) e limpeza urbana (em sentido amplo, envolvendo toda a cadeia, da varrição e coleta ao destino final em condições ambientais aceitáveis)

Para chegar a esse objetivo, teremos que enfrentar alguns empecilhos conceituais. O primeiro diz com a própria noção de PPP (**tópico II**). Trata-se de um típico exemplo de conceito que toma tal vulto que se autonomiza, sem haver consenso doutrinário sobre o que significa. Entre nós, hoje, PPP diz tudo e muito pouco. Tornou-se um rótulo auto-referente, tão genérico quanto imprestável como conceito jurídico. A edição da Lei Federal nº 11.079/04 teve o condão de dar alguma ordem no debate jurídico, longe, porém, de tornar superadas as polêmicas. Cumpre, pois, iniciar expondo meu entendimento (e meus desentendimentos) sobre o que seja (ou sejam), em caráter geral, as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada.

Na seqüência (**tópico III**) abordarei a configuração assumida pela Lei nº 11.079/04 para um tipo específico de parcerias, as PPP referidas na nova legislação como modalidades atípicas de concessão: administrativa e patrocinada. Lá exporei, ainda que brevemente, as linhas gerais do regime jurídico reservado pela Lei nº 11.079/04 para as duas espécies de parcerias por ela regidas.

Feito isso, adentrarei no tema do saneamento ambiental, segundo desafio conceitual deste trabalho. Nele (**tópico IV**) procuro não só definir saneamento ambiental (e os serviços e atividades nele compreendidos), como também destacar as suas peculiaridades. Aqui terei que tocar no sempre tortuoso tema dos serviços públicos, marcando as principais características do saneamento enquanto tal. Inevitável será expor as compatibilidades e incompatibilidades da delegação destes serviços à iniciativa privada, introduzindo já o tema das parcerias. A conclusão deste tópico será feita com um rápido panorama de algumas experiências de delegação no setor.

Caberá na parte final deste trabalho (**tópico V**) desenvolver algumas possibilidades que antevejo para as parcerias público-privadas no setor, estejam elas suportadas na Lei Federal nº 11.079/04 (Lei das PPP) ou não². Basicamente serão expostos quatro modelos possíveis: **a)** a delegação de serviços públicos pelo modelo do “usuário único”, e sua interface com a concessão administrativa prevista na Lei nº 11.074/04; **b)** a segregação da cadeia de cada serviço com a delegação de atividades e apropriação de parcelas de receitas tarifárias (com ou sem cobrança direta dos usuários); **c)** o arrendamento de infra-estruturas ou a concessão de obras inserida na cadeia do serviço público; e **d)** modelos de delegação dos serviços custeados integralmente por receitas ancilares. Nesta

tratamento e disposição final de resíduos, bem como o asseio de próprios públicos) como o saneamento básico (adução, transporte, tratamento e distribuição de água juntamente com captação, coleta, transporte, tratamento e despojo ambiental de esgotos). Retomarei estes aspectos terminológicos adiante. A opção decorre de ser ela a adotada pelo direito positivo vigente (cf. artigo 2º da Lei nº 9.074/95)

² Desde logo consigno entendimento que será adiante exposto no sentido de que as possíveis parcerias entre o poder público e a iniciativa privada não se esgotam nos modelos de PPP tipificados na Lei nº 11.079/04

passagem, tentarei mostrar como cada modelo se enquadra (ou não se enquadra, sem que isso o torne juridicamente vedado) nas hipóteses de parceria previstas na Lei das PPP.

Certo deve estar que os conceitos adiante apresentados estão longe de ser uníssonos na doutrina. Até porque, neste assunto, é difícil achar algo doutrinariamente uníssono. Trata-se, mais de um esforço, de minha parte, para compreender o tema, facilitando assim o diálogo com os demais autores.

Uma última nota se faz necessária. Tanto no tema das parcerias, quanto no assunto saneamento, é difícil, se não impossível, esposar entendimentos sem estar contaminado com os debates legislativos³, federativos e de políticas públicas em curso. No limite do possível tentarei evitar desabridamente uma ou outra das posições divergentes. Não estou, contudo, isento de ser parcial aqui ou acolá. Tentei ser objetivo. Temo não ter conseguido.

II. CONTEXTUALIZANDO AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei nº 11.079/04, que tem por objeto instituir “*normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada*” para toda a Administração Pública, traz uma definição do que sejam as PPP sujeitas ao seu regime. E o fez (artigo 2º) demarcando o seu caráter contratual e atrelando a natureza deste contrato ao regime geral das concessões. Neste sentido, definiu duas modalidades de concessões atípicas (patrocinada e administrativa), distintas da concessão comum (típica). Esta é entendida como aquela em que o prestador do serviço (concessionário) é remunerado integralmente pela tarifa paga diretamente pelos seus usuários. A concessão comum segue sendo regida (cf. artigo 2º, § 3º, Lei nº 11.079/04) por legislação própria (Lei nº 8.987/95).

Desde logo devo registrar meu entendimento no sentido de que a Lei das PPP previu um regime jurídico próprio a um tipo de parceria entre poder público e iniciativa privada. É dizer, a Lei nº 11.079/04 contém regras para duas modalidades específicas de parcerias (aquelas configuradas como concessões administrativas ou concessões patrocinadas), não sendo aplicável (e, portanto, não vedando) a outras modalidades de parceria que não se enquadrem nas duas modalidades nela referidas. Há, pois, outras parcerias não regidas pela Lei nº 11.079/04, seja com a configuração de concessões de serviço público típicas (artigo 2º, § 3º), seja com outras configurações não vedadas na legislação (e submetidas ao regime jurídico geral dos contratos administrativos).

Segue daí que podemos vislumbrar parcerias em sentido amplo (o que comporia o campo genérico do Direito das Parcerias a que alude Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴) contemplando hipóteses de convênios, termos de cooperação,

³ Aqui menos os que tiveram lugar na tramitação da Lei de PPP e mais naqueles que se enredam em torno da discussão dos marcos legais (diretrizes da União cf. artigo 21, XX, da CF) para o setor de saneamento.

⁴ Cf. “*Parcerias na Administração Pública*”, São Paulo, Atlas, 3ª edição, 1999.

franquias, concessões típicas, concessões de uso de bens públicos, licenciamentos, arrendamentos, etc. E temos as parcerias em sentido mais restrito, às quais corresponderia o regime de concessão. E, dentro deste, temos, num âmbito ainda mais restrito, as parcerias submetidas ao regime da Lei nº 11.079/04, consubstanciadas nas modalidades de concessão patrocinada e administrativa.

Doravante farei referência tanto às parcerias entre o poder público e entes da iniciativa privada (empresas ou não) em sentido amplo (referindo-as apenas como *parcerias*) e em sentido estrito (doravante então PPP ou, em específico, concessão patrocinada ou administrativa). E isso porque, a meu ver, a aplicação de parcerias no setor de saneamento não se restringe ao emprego das PPP disciplinadas pela Lei nº 11.079/94. Muito ao contrário.

II.1. AS PARCERIAS COMO GÊNERO CONTRATUAL

Há várias formas de se entender parceria público-privada. De uma maneira geral, sempre que o poder público se socorre de um ente privado, fora da relação de compra de força de trabalho (primado da relação laboral submetida ao direito público), temos uma espécie de parceria. Nesta acepção ampla – diria eu, amplíssima – estariam compreendidas todas as formas de vínculo obrigacional entre entes públicos e pessoas privadas, envolvendo desde os convênios até os instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos (por concessão ou permissão). Mesmo os tradicionais contratos administrativos (de empreitada, de fornecimento ou de prestação de serviços), malgrado seu caráter sinalagmático, não deixam de envolver uma relação de emparceiramento entre Administração e Contratada, com vistas à execução de um objeto (o que muda é o interesse de cada qual na consecução deste objeto: o privado visa à paga, o retorno econômico; o poder público visa à utilidade que reverterá ao proveito coletivo, direto ou indireto). Em termos amplos, portanto, parceria seria sinônimo de contrato administrativo.

Esse sentido de parceria, ainda que possível, não se põe útil. Se ela é sinônimo de contrato, descaberia estabelecer-lhe um regime jurídico próprio.

II.2. AS PARCERIAS PELA NATUREZA DA REMUNERAÇÃO DO PARTICULAR

Uma segunda acepção aproximaria a parceria público-privada do ajuste entre Administração e particular, com vistas à consecução de um empreendimento (bem, atividade ou utilidade) de interesse público que não fosse remunerado, de forma integral, nem pelos usuários, nem pelos recursos orçamentários. Seriam, neste sentido, as parcerias, espécies de contratações que envolvessem modelos de remuneração distintos dos modelos “*puros*” da empreitada e da concessão de serviços públicos. Neste sentido, o traço essencial das parcerias seria a sua estrutura em torno de um mix de recursos para a remuneração do parceiro privado.

Dentro das parcerias estariam todos os empreendimentos cometidos à iniciativa privada que não fossem remunerados com recursos advindos de investimentos públicos puros (ou seja, aqueles que são remunerados à conta de verbas de investimento previstas no orçamento), nem que fossem objeto da remuneração integral à conta de tarifa paga diretamente pelos usuários do bem ou serviço.

Embora essa acepção pudesse servir para abranger parte das aplicações de parcerias que se tem em vista, ela se mostra conceitualmente falha. Modelos de remuneração mista (não exclusivamente tarifário) já se encontram previstos – como hipótese – na Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95). De fato, o artigo 11 da lei prevê a hipótese de, dentro das receitas ancilares, estarem previstas – para atingir a modicidade tarifária (v.g. menor carga sobre o usuário do serviço) – receitas acessórias, alternativas de projetos associados ou complementares (o que, a meu ver, autorizaria o arranjo de estruturas tarifárias com pagamento integral ou parcial, alternativo ou complementar, pelo poder público, do valor de tarifa que deixaria de ser cobrado diretamente do usuário). Segue daí que, conceituar parceria público-privado pelo arranjo da remuneração do particular, também não se mostra útil.

II.3. AS PARCERIAS COMO FORMA DE FINANCIAMENTO PRIVADO DE EMPREENDIMENTOS PÚBLICOS

Outra forma de se definir as parcerias público-privadas relaciona-as com o financiamento privado de empreendimentos públicos, procurando delimitar o campo das parcerias como aquela forma de implementação de empreendimentos de interesse público financiados com recursos da iniciativa privada. Há, efetivamente, parcerias em que os particulares financiam integralmente empreendimentos públicos. É o caso dos projetos de empresas particulares que vertem recursos em programas de preservação do patrimônio histórico, sem pretender retorno econômico direto (recebimento de paga ou remuneração diferida), com vistas a obter propaganda institucional ou atender a políticas corporativas de responsabilidade social. É também a hipótese da doação, pelos particulares, de uma melhoria em infra-estrutura (rodovias, por exemplo) com vistas a reduzir suas perdas econômicas com o transporte ou o fornecimento de equipamentos para as forças de segurança pública de modo a reduzir a criminalidade e assim diminuir os custos com seguros ou segurança particular.

É fato que nas parcerias em que o particular busca retorno econômico direto, mediante remuneração pela sua atividade, este realiza inversões (investindo recursos seus ou de terceiros, captados sob risco seu) para viabilizar o empreendimento (e implantar a infra-estrutura, construir a obra ou fornecer os equipamentos necessários à oferta da utilidade escopo da parceria).

Porém, definir as parcerias como aqueles empreendimentos onde há financiamento privado enfrenta dois problemas conceituais. O primeiro é definir o que seja financiamento privado. Pode haver financiamento privado (ou seja aporte de recursos do particular ou por ele tomados das instituições financeiras) cuja

fonte seja uma instituição pública. Quando o BNDES financia uma concessionária na ampliação das redes de suporte à prestação de um serviço público, podemos tomar este investimento como público (se nos ativermos à origem da instituição donde provêm os recursos carreados ao particular) ou privado (se levarmos em conta a natureza daquele que toma o risco do financiamento, no caso a concessionária privada). Segue daí que podemos ter investimentos privados advindos de ente financiador público. Ocorre que, neste caso, o particular (parceiro privado) é que deverá assumir os riscos do empreendimento, não servindo seu eventual insucesso para elidir a obrigação de adimplir o empréstimo.

A segunda questão conceitual decorre do fato de que, mesmo nos contratos administrativos tradicionais (uma empreitada de obra pública, por exemplo), malgrado a Lei de Licitações – LL - (cf. artigo 7º, § 3º, Lei nº 8.666/93) vedar a inclusão nos editais licitatórios da obrigação do particular obter recursos financeiros para execução do empreendimento, o próprio regime legal dos pagamentos já predica, necessariamente, algum financiamento pelo particular contratado. De fato, na medida em que se veda o pagamento antecipado (artigo 63, § 2º, III, Lei nº 4.320/64) e que se prevê um prazo de 30 dias para pagamento, contado da comprovação de realização, pelo particular, de parcela de adimplemento da obrigação (artigo 40, XIV, a, LL), temos que necessariamente o contratado financiará (aportará recursos seus para fazer frente a parte das obrigações assumidas) em alguma medida a obra pública. Isso se pensarmos numa Administração Pública adimplente e desconsiderarmos que o particular é obrigado a seguir com a execução por pelo menos 90 dias após o vencimento da obrigação pecuniária do poder público não honrada (cf. artigo 78, XV, LL).

Dessarte, tenho comigo que o financiamento de empreendimentos públicos pelos particulares contratados pela Administração sempre existe. E que, mesmo nas hipóteses de aporte de recursos pelos particulares, pode o investimento originar-se de fontes públicas (o que não descaracteriza a natureza privada do investimento, desde que seja o particular o tomador do risco do financiamento).

Segue daí que me parece no mínimo insuficiente querer definir as parcerias a partir da natureza do investimento aportado para viabilizar o empreendimento.

II.4. A DEFINIÇÃO PELA REPARTIÇÃO DE RISCOS

Uma quarta chave de compreensão do que sejam as parcerias adotaria como vetor a repartição de riscos entre poder público e parceria privada. Por essa linha, as parcerias seriam um modelo alternativo entre o regime de empreitada (em que todo risco é do Estado) e o regime de concessão (onde todo o risco seria do particular).

Essa concepção peca pelos pressupostos.

Nem a empreitada é o regime de execução imune a riscos para o particular (em tese riscos previsíveis seriam por ele assumidos⁵), nem na concessão o risco corre todo à conta do particular (haja vista que o regime constitucional e legal de proteção ao equilíbrio econômico e financeiro se aplica às concessões e confere generosa proteção ao concessionário). É verdade que o ajuste da uma parceria pode arbitrar riscos de forma mais eqüânime e amiadada. Isso pode ocorrer na empreitada, na concessão típica, no convênio, no termo de cooperação, numa carta de intenções, em qualquer contrato. O equilíbrio de riscos, assim, também não me parece ser um bom critério para, isoladamente, definir as parcerias público privadas.

II.5. A PARCERIA COMO OPERAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS PÚBLICOS

Um quinto critério extrairia a delimitação das parcerias do fato de, nestes ajustes, o objeto compreende a implantação de empreendimentos para o poder público, nos quais o particular se compromete a, não só implantar infra-estruturas (bens, obras, redes, etc.), como também, obrigatoriamente, operá-las e conservá-las por longo prazo. Trata-se de definição mais pragmática do que conceitual, cujo maior mérito estaria em afastar do campo das parcerias a simples execução de obra pública (que remanesceria sob o regime de empreitada).

Esta concepção peca por afastar do regime de parcerias algumas aplicações muito relevantes e que, em outros países, se mostraram de grande potencial. É o caso, por exemplo, da implantação de habitações populares, onde o pagamento é feito pelo adquirente final (o cidadão de baixa renda), entrando o poder público na condição de financiador, ente subsidiante ou simples garantidor contra a inadimplência (episódica ou estrutural). De resto, essa concepção não resolve o problema da definição geral, pois deixa ainda as parcerias como um rótulo genérico e desvinculado do conteúdo.

II.6. UMA TENTATIVA CONCEITUAL NO BRASIL

Pois bem. Se delas vamos tratar cumpre-me expor a minha concepção. Tenha-se em vista, inicialmente, o seguinte. Cada parceria, consoante seu objeto específico e seu arranjo de viabilidade, haverá de ter uma delimitação específica. Segue daí que o verdadeiro regime de parcerias não estará na lei e sim no contrato que lhe dá forma. No sistema de common law (nunca é demais lembrar que cuidamos de “*tropicalizar*” um instituto que surge na Grã-Bretanha), isso se mostra mais simples. No nosso sistema há necessidade de uma previsão legal, quanto mais por se tratar de contratos de que fazem parte entes da Administração Pública. Mais ainda porque nosso regime legal de contratação pública (para além de ser bastante ruim, fonte de constrangimentos dos publicistas brasileiros nos

⁵ Veja-se por exemplo, o regime de empreitada integral (artigo 6º, VIII, e, LL) em que o particular assume toda a responsabilidade pela consecução do empreendimento e por conseguinte todos os riscos decorrentes das variações de quantidade e de falhas do projeto por ele concebido ou desenvolvido.

colóquios internacionais) oferece entraves e restrições ao regime das parcerias. Afinal, entre nós não é incomum ter quem veja a licitação não como meio (instrumento necessário para a consecução de contratos que visam por seu turno a viabilizar prestações de utilidade e interesses públicos), mas como um fim em si mesmo.

Antes de expor a delimitação adotada pela Lei nº 11.079/04 para as espécies de parcerias submetidas ao regime jurídico próprio por ela estipulado, deve-se ter em vista uma definição do gênero parceria, a mais ampla possível, pois lembremos que cada parceria é diferente da outra.

Alguns elementos esta definição há de ter.

II.6.1. A NATUREZA CONTRATUAL

O seu núcleo é a referência à natureza contratual (em sentido amplo) das parcerias. Trata-se de um ajuste (arranjo, acordo, composição, vínculo obrigacional) entre as partes pública e privada.

O seu objeto será, necessariamente, múltiplo. Pode envolver o oferecimento ou implantação de bem, atividade, comodidade, infra-estrutura, de forma isolada ou combinada. Pode compreender tanto a intervenção inaugural (realização nova), quanto a recuperação ou aperfeiçoamento de cometimento já existente. Daí por que me afeição ao termo empreendimento, de amplitude e generalidade úteis.

II.6.2. A FINALIDADE DA PARCERIA

A finalidade mediata da PPP há de ser disponibilizar utilidade de interesse público (disse eu, empreendimento), fruível pelo administrado, de forma direta (uso comum, fruição divisível) ou indireta (uso especial, indivisível).

II.6.3. AS RESPONSABILIDADES DE CADA PARTE

O papel de cada parte é sobremodo relevante. Ao privado cabe, na parceria, empreender (conceber, projetar, viabilizar os recursos necessários, construir, organizar, prover meios, etc.), manter funcionando e concorrer para o adequado funcionamento do empreendimento (operação). Eis aqui um elemento característico essencial. Numa parceria, o poder público define o que quer (especialmente a utilidade alvitrada e as finalidades pretendidas) deixando ao particular a concepção do modo como o qual proverá o demandado, nos níveis de qualidade estipulados. Na parceria cumpre ao poder público definir o que quer e ao particular propor como conseguir (responsabilizando-se pelos riscos do caminho, da solução, oferecidos).

Ao poder público cumpre delimitar os resultados que espera (não só definindo a utilidade pretendida, mas precisando os níveis de serviço exigidos), aferir a aderência do projeto apresentado pelos interessados. Escolhida a melhor solução (a partir de critérios objetivos, mas não exclusivamente econômicos, podendo considerar aspectos de níveis de desempenho, qualidade, cronograma, etc), cumprir-lhe-á acompanhar os resultados do empreendimento (aplicando sanções pelo não atingimento dos níveis de serviço antes estipulados) e preservar as pré-condições e pressupostos da parceria, garantindo a remuneração (via pagamento, fidúcia, ou outro mecanismo que assegure as condições de exploração do empreendimento pelo parceiro privado) e observando o quanto pactuado (omitindo-se de alterações ou inobservâncias do contratado).

Vê-se, portanto, que no âmbito das parcerias há uma alteração substancial na relação Administração-particular. Não há de ser o poder público responsável por definir, em detalhe e minúcias, o que quer e como quer ver implementado. Fazê-lo seria negar a essência da parceria, além de afastar os benefícios da criatividade no mundo privado e assumir todos os riscos da escolha inadequada ou insuficiente da solução (meio) indicada. Na parceria remete-se margem de liberdade para o particular conceber a solução que se apresenta mais adequada para o resultado definido pela Administração, sabendo que ser-lhe-ão exigidos padrões de desempenho e níveis de serviço. Daí por que, por exemplo, não faz qualquer sentido, em sede de licitação para contratação de parcerias, se exigir que a Administração ofereça aos particulares o projeto básico do empreendimento. O que haverá de ser definido e estipulado são os resultados e as especificações da utilidade (inclusive níveis de serviço) desejada, bem como os critérios para sua aferição e as sanções por não atendimento destes.

II.6.4. O REGIME DE RISCOS

Por fim, há o elemento da repartição de riscos. Cada parceria envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do seu específico escopo. É, pois, importante que se deixe claro o fato de ser inerente às parcerias um regime de riscos compartilhado e absolutamente detalhado em contrato.

II.7. UM CONCEITO

Chego, então, à conceituação de parcerias público-privado que adoto e que, malgrado sua amplitude, tem me sido útil. Tenho comigo que PPP é o ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria, e cumprindo ao poder público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma e outra das partes.

Nesta definição cabem infinitas hipóteses de parceria. Nela estariam compreendidas hipóteses de delegação de serviços públicos econômicos (via concessão, com tarifa e receitas complementares ou via permissão, com receitas alternativas); o cometimento de atividades que não caracterizam serviços públicos econômicos; a delegação de serviços públicos indivisíveis; a concessão de bem ou obra pública sem delegação do serviço (mas com incumbência de operação da infra-estrutura concedida); o cometimento dos ônus de recuperação e manutenção de um bem público, sem cobrança do usuário, mas com possibilidade de receitas ancilares; a construção de prédios públicos para posterior arrendamento à Administração Pública; a execução de empreendimentos habitacionais para aquisição por população de baixa renda; entre outras modalidades que certamente surgiriam no devir da implantação do instituto.

É à luz dessa concepção geral de parcerias de PPP que tentarei focar suas perspectivas no âmbito do saneamento ambiental. Antes, porém, cumpre adentrar um pouco no regime jurídico de PPP estabelecido na Lei nº 11.079/04.

III. AS PPP NA LEI Nº 11.079/04

III.1. A GENERALIDADE DO INSTITUTO DA CONCESSÃO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

A Lei nº 11.079/04 adotou, como vetor para delimitar as espécies de parceria submetidas a seu regime jurídico, o regime de concessão. A opção não é imune a críticas. Alguns sustentam que o regime de concessão se prestaria na Constituição a designar apenas o instrumento de delegação da prestação de serviços públicos ao particular, mediante cobrança de remuneração (tarifa) diretamente do usuário, u seja, que concessão, no direito brasileiro, seria sinônimo de concessão típica. O raciocínio não é sustentável. Por uma porque existem várias outras manifestações do regime de concessão que não se confundem com o regime de concessão comum de serviços públicos subordinado à Lei nº 8.987/95. No direito público é o caso da concessão de direito real de uso, a concessão de uso de bem público (que não se confunde com a concessão de serviço público⁶), a concessão de uso do espaço aéreo (objeto do Decreto-lei nº 271/67) ou a concessão dos serviços de radiodifusão (cf. artigo 223 da CF e Código Brasileiro de Telecomunicações). No direito privado, temos a concessão comercial regulada pela Lei nº 6.729/79.

O regime de concessão é mais amplo que a concessão típica objeto da Lei nº 8.987/95. O instituto da concessão remete ao negócio jurídico pelo qual o ente titular de um bem ou atividade delega a outrem a exploração desta utilidade para

⁶ De fato, pode haver concessão de uso de bem público dissociada da prestação de um serviço público como ocorre no caso de concessão de uso de bem dominical que, por definição, não é afetado à prestação de um serviço público.

que o faça dentro de parâmetros pré-estabelecidos e assumindo o delegatário parcela de risco inerente a esta exploração. É inerente ao instituto da concessão a atribuição de um direito (condicionado no mais das vezes) ao concessionário, direito este ao qual corresponde também um plexo de obrigações (daí poder-se dizer ser inerente ao instituto da concessão a atribuição de um poder-dever ao concessionário). Bem lembra Pedro Gonçalves que no Direito Administrativo “a doutrina tem apresentado a concessão como uma figura jurídica unitária, embora susceptível de se desmultiplicar em aplicações diferenciadas e, por isso, de comportar conteúdos muito variados⁷.” Ao que arremata afirmando que “na concessão há algo que a Administração confere a um outro sujeito, isto é, a concessão refere-se a um dado objecto que é conferido ao concessionário⁸”, consignando que tal objeto é um direito, um poder subjetivo para fazer algo, o que dá à concessão o caráter de um ato constitutivo de um direito.

Portanto, não vejo como sustentar ser à lei vedado estipular modalidade de concessões alternativas àquela típica, disciplinada pela Lei nº 8.987/95. A própria Constituição (artigo 175, Parágrafo único, III) ao aludir a remuneração nos serviços públicos delegados faz menção não a tarifas e sim à política tarifária a ser definida por lei, o que a meu ver autoriza inclusive que o legislador defina serviços públicos que sejam objeto de concessão com uma política de subsídios públicos intensa (até mesmo se cogitando de serviços públicos com tarifa zero, como alhures chegou-se a defender).

Pois temos então que a Lei nº 11.079/04 adotou o regime de concessão para delimitar as duas espécies de parcerias que serão regidas pelas normas especiais nela contidas (normas estas que derogam, para estas parcerias, parte do regime legal dos contratos administrativos – objeto da Lei nº 8.666/93 --- e que se aproveitam, também em parte, do regime legal das concessões típicas previsto na Lei nº 8.987/95⁹).

⁷ Pedro GONÇALVES, “A Concessão de Serviços Públicos”, Coimbra, Almedina, 1999, página 53.

⁸ Op. Cit., páginas 53 e 54.

⁹ Note-se que em relação aos dois regimes jurídicos a Lei nº 11.079/04 contém estipulações distintas; todas as parcerias entre o poder público e os particulares, como visto acima, sejam ou não concessões, envolvem de algum modo o travamento de uma relação contratual. Portanto, em tese, seriam submetidas ao regime geral dos contratos administrativos. Por se aplicar em gênero, as regras da Lei nº 8.666/93 foram afastadas – ou derogadas – parcialmente pelo regime especial da Lei nº 11.079/04. Diversamente o regime de concessão previsto na Lei nº 8.987/95 se aplica a uma espécie de concessão, a concessão de serviço público típica (ou comum), embora tal lei contenha dispositivos concernentes ao regime geral das concessões (atinentes pois ao instituto das concessões). Daí por que para concessões outras que não aquelas diretamente regidas pela Lei nº 8.987/95 são aplicadas por analogia suas prescrições. Por este motivo é que a Lei nº 11.079/04 afasta em geral o regime da lei de concessões para as concessões administrativas (artigo 3º) ao mesmo tempo que lista quais dispositivos dela são aplicados a ela. Já na concessão patrocinada prevê a aplicação subsidiária das normas atinentes à concessão comum (cf. artigo 3º, § 1º, Lei nº 11.079/04)

III.2. PPP E SERVIÇO PÚBLICO: O ESCOPO DAS PARCERIAS

Pode-se questionar se, ao adotar o regime de concessão para delimitar as parcerias submetidas a suas normas, a Lei nº 11.079/04 não teria restringido o objeto destas parcerias apenas à delegação da prestação de serviços públicos de natureza econômica, consoante a regra do artigo 175 da Constituição. Tal linha de raciocínio excluiria vários cometimentos de serem objeto das parcerias regidas pela lei em apreço, pois restariam afastadas as atividades não formalmente consideradas serviços públicos por lei. Não me parece cabível esta linha de interpretação. Primeiro, porque as definições constantes da Lei nº 11.979/04 deixam claro serem objeto das parcerias cometimentos mais amplos que a delegação de serviços públicos de natureza econômica nos termos do artigo 175 da CF.

A concessão patrocinada (artigo 2º, § 1º) é destinada à concessão de serviços públicos (aqui em sentido típico, pois que inclusive pressupõe o pagamento de uma tarifa, subsidiada, pelo usuário final) ou de obras públicas. Veja-se que diferentemente do estipulado na Lei nº 8.987/95 (cf. artigo 2º, III) a concessão de obra pública pode ser no regime das PPP da Lei nº 11.079/04 dissociada da delegação integral do serviço público a ela associado. Portanto, a concessão patrocinada pode ter por objeto a concessão de obra pública – o empreendimento – sem que isso pressuponha a delegação integral do serviço público, embora envolva a operação e a manutenção da obra pelo prazo da parceria na medida em que a lei veda a PPP para singela execução de obra pública (contrato que tenha este escopo como objeto único – cf. artigo 2º, § 4º, III).

Já na definição da concessão administrativa (artigo 2º, § 2º) vê-se que seu objeto é bem mais amplo. Lá vemos que o escopo desta parceria é a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, o que compreende atividades que podem ou não caracterizar serviços públicos de natureza econômica, podendo compreender atividades econômicas em sentido amplo (que sejam exploradas pela Administração, em regime de monopólio ou não nos termos do artigo 173 da CF) ou mesmo funções públicas, desde que no tocante a estas não envolvam o trespasse das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia¹⁰ e de outras atividades exclusivas do Estado; (cf. artigo 4º, III). Segue daí que a referência ao instituto da concessão nas modalidades que discrimina (patrocinada e administrativa) não restringe as PPP disciplinadas pela Lei nº 11.079/04 apenas àqueles ajustes que envolvam a prestação de serviços públicos de natureza econômica. Tais concessões poderão ter por objeto qualquer atividade de responsabilidade do Estado (que não aquelas exclusivas do Estado), embora em relação a estas seja possível formatar parcerias para disponibilização pelos particulares dos meios para exercício destas¹¹.

¹⁰ Nota-se aqui um peccadilho técnico do legislador haja vista a redundância de se falar em regulação e poder de polícia pois aquela função contém esta.

¹¹ Acerca da possibilidade de contratação de particulares para as atividades de suporte às funções exclusivas de Estado, especialmente o poder de polícia, ver meu “A Contratação de

III.3. AS TRÊS ESPÉCIES DE CONCESSÃO E SEUS REGIMES

O advento da Lei nº 11.079/04 nos coloca diante de três regimes de **concessão: a comum** (integralmente regida pela Lei nº 8.987/95); a **concessão patrocinada** (regida pela Lei nº 11.079/04 e subsidiariamente pela Lei nº 8.987/95) e a **concessão administrativa** (regida pela Lei nº 11.079/04 e pelos artigos da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 9.074/95 expressamente listados no seu artigo 3º, *caput*). Em assim sendo, temos que os artigos referidos no artigo 3º da Lei nº 11.079/95 são aplicáveis às três modalidades de concessão. Haverá, ainda, alguns artigos da Lei nº 8.987/95 que serão aplicados, subsidiariamente, apenas à concessão patrocinada. Vejamos alguns deles.

III.4. RESPONSABILIDADE DO PARTICULAR PELOS PROJETOS

O artigo 21¹² que prevê que deverão estar à disposição de qualquer interessado na PPP todos os estudos, projetos, levantamentos relacionados ao empreendimento ou relevantes para a licitação, incluindo aqueles efetuados pela Administração ou realizados com sua autorização. Tal dispositivo tem duas finalidades. Primeiro trata-se de regra de transparência, que obriga a ampla e irrestrita divulgação de todas as informações que detenha a Administração sobre a PPP oferecida aos particulares em licitação. A segunda, que decorre da referência aos estudos e projetos não realizados pelo poder concedente mas que contem com sua autorização, implica em admissão tácita que a Administração receba projetos e estudos de parcerias realizados por particulares interessados, o que integra o próprio núcleo da parceria público-privado. Aliás, isto foi expressamente reconhecido nas Razões de Veto ao artigo 11, II, quando se afirma expressamente que o envolvimento dos particulares na própria concepção da parceria é importante para que a Administração se aproveite da eficiência dos particulares, logre projetos mais econômicos (com as soluções concebidas externamente à máquina pública) e possa melhor transferir os riscos ao privado (pois que riscos de projeto ou concepção do empreendimento passam a não ser assumidos pela Administração)¹³.

Empresas para Suporte da Função Reguladora e a 'Indelegabilidade do Poder de Polícia' ", in Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros Editores, volume 32, 2000, páginas 65 a 82.

¹² "Artigo 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP. Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente."

¹³ O dispositivo vetado tinha a seguinte formulação: "Artigo 11. [o instrumento convocatório poderá prever]. II – a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, respeitadas as condições fixadas nos incisos I e II do caput do artigo 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995". Assim vieram as razões de veto: "O inciso II do artigo 11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-

A regra da possibilidade de envolvimento dos particulares na própria concepção da parceria (o que não implica em renúncia do poder público em decidir sobre o modelo a ser adotado, na medida em que os estudos e projetos poderão ser recebidos de vários interessados e deverão, como diz o dispositivo, ser tratados de forma transparente e pública) é complementada pela aplicação do artigo 31 da Lei nº 9.074/95. Neste dispositivo vemos prevista a possibilidade do autor do projeto ou *dos responsáveis economicamente por eles* (patrocinadores dos estudos) de participar, direta ou indiretamente, da licitação, sendo possível ainda (cf. artigo 21 da Lei nº 8.987/95) que este patrocinador seja ressarcido pelos dispêndios correspondentes caso não logre vencer a disputa. A referência na Lei nº 11.079/04 à aplicação destes dispositivos serve para compensar o equívoco de ter sido suprimido, no Senado, o artigo 10 do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados. Este artigo tratava de modo bastante adequado a possibilidade de apresentação de projetos de parceria pelos particulares, sendo mais forte em assegurar mecanismos de transparência a este processo. Embora de forma torta, pela referência aos citados dispositivos das Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95 segue admitido que, nas PPP os particulares possam desenvolver projetos e estudos de modelos de parceria e oferecê-los à Administração, sem que isso impeça de disputar futura licitação para a parceria, mesmo se a modelagem por ele patrocinada vier a ser adotada pelo poder público.

III.5. AS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS

As Cláusulas dos contratos de parceria observarão, com as adaptações necessárias, o conteúdo previsto no artigo 23 da Lei nº 8.987/95¹⁴. É certo que

se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa. As parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado. Contratos de parcerias público-privadas realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário."

¹⁴ "Artigo 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à

algumas das estipulações ali listadas deverão se adequar ao regime próprio das PPP, como expressamente determina o artigo 5º da Lei nº 11.079/04. Cito, por exemplo, o reajuste das tarifas (artigo 23, IV) que, além de serem estas lidas de forma mais larga para a concessão administrativa (pois nela teremos contraprestação paga pela Administração não necessariamente como tarifa), se submete a regras próprias, como a vedação da postergação injustificada da sua homologação (cf. artigo 5º, § 1º).

III.6. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E ARBITRAGEM

Outro ponto que merece destaque cuida dos mecanismos de solução de controvérsias relacionadas ao contrato de parceria. Enquanto o artigo 23, XV, da Lei nº 8.987/95 faz uma branda referência a mecanismos de solução amigável de divergências contratuais, a Lei nº 11.079/04 prevê expressamente a possibilidade de *“emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”* (cf. artigo 11, III), o que remete inclusive à possibilidade de subtração de discussões deste jaez da apreciação judicial, como prevê a lei de arbitragem.

III.7. RESPONSABILIDADE DO PARCEIRO PRIVADO

A referência à aplicação do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 torna aplicável às concessões patrocinada e administrativa o regime de responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que causar à Administração, aos usuários (aqui deve-se entender os usuários diretos do serviço, independente de pagamento) ou a terceiros. Quanto à responsabilidade subjetiva, problema algum haverá. A questão estará posta quando cogitarmos de responsabilidade objetiva que, nos termos do artigo 37, § 6º, é extensiva aos particulares prestadores de serviços públicos.

Como disse, entendo que possa haver PPP cujo objeto não seja a prestação (direta ou indireta de serviço público). Saber da aplicação da cláusula de responsabilidade objetiva envolverá investigar em que medida a PPP específica envolve ou não o trespasse de serviço público. Na concessão patrocinada a questão será mais simples, na medida em que seu objeto é a prestação de serviço público. Se o subsídio for integral pode-se até afastar a caracterização do usuário direto (o administrado beneficiário da prestação) como

concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.”

consumidor do serviço (se se imaginar que as relações de consumo pressupõem pagamento), mas dificilmente se poderá afastar a aplicação do artigo 37, § 6º. No caso da concessão administrativa poderá haver hipóteses de elisão da responsabilidade objetiva se estivermos diante de uma PPP em que a Administração é usuária direta da utilidade, prestando ela, diretamente ao administrado, o serviço público específico.

III.8. A TRANSFERÊNCIA DA PPP

São aplicáveis também as concessões previstas na Lei nº 11.079/04 as regras de transferência da outorga previstas no artigo 27 da Lei nº 8.987/95. A regra é a de admissão da transferência, condicionada a autorização da Administração. O dispositivo não alude ter de ser a autorização prévia. A boa regra assim o exige. Porém, caso ela não se dê antes da operação de transferência, mas venha ser depois expressamente admitida pelo poder delegante, creio ser plenamente convalidável a transferência.

É importante ter em vista que a previsão constante do artigo 27 da Lei nº 8.987/95 vai em sentido contrário à tradicional doutrina que concebia a concessão em geral um contrato *intuitu personae*, intrespassável pois¹⁵. A fórmula adotada pelo legislador, e reiterada pela lei nova no artigo 9º, § 1º¹⁶ no tocante à transferência da SPE criada pelo parceiro privado para executar a PPP, é a de admitir em tese a transferência desde que: i) haja manifestação aquiescente expressa da Administração e ii) o cessionário reúna condições de qualificação e se vincule integralmente às obrigações da outorga (neste sentido os incisos I e II do Parágrafo único do citado artigo 27¹⁷).

Crítica merece a referência apenas à transferência do controle societário que, como já demonstrei anteriormente, é apenas uma maneira de exercício do controle sendo necessário, em sede regulatório, manejar conceito de controle mais amplo¹⁸. Por fim, destaco que a Lei nº 11.079/04 contém regra que permite que previamente haja anuência da Administração com a transferência do controle da concessionária. O artigo 5º, § 2º, I, admite que os contratos de PPP prevejam hipóteses e condições em que estará previamente autorizada a transferência do controle da sociedade de propósito específico (concessionária) para os seus

¹⁵ "Contratos Administrativos: A Possibilidade Jurídica da Cessão de Titularidade Contratual à Luz do Interesse Público"; in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, RT, ano 4, nº 13, outubro a dezembro de 1995, páginas 191 a 213,

¹⁶ "§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995."

¹⁷ "I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor."

¹⁸ Ver meu texto: "Discrecionalidade e Regulação Setorial. O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial", in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Alexandre Santos de Aragão (coordenação), Editora Forense, Rio de Janeiro (no prelo).

financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, excluindo neste caso a aplicação do requisitos de transferências constantes do artigo 27 da Lei nº 8.987/95.

III.9. MECANISMOS DE GARANTIA E SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS

A Lei nº 11.079/04 manda aplicar o artigo 28 da Lei nº 8.987/95 que admite que o concessionário dê em garantia dos financiamentos que tomar os direitos emergentes da concessão, o que compreende o direito ao recebimento de tarifas. A regra, embora aplicável às PPP tratadas pela Lei nº 11.079/04 encontra nela regime muito mais detalhado e amplo. O artigo 8º¹⁹ prevê várias outras hipóteses de garantias a serem dadas pela Administração e cedíveis ao financiador do parceiro privado nos termos do artigo 5º, § 2º, incisos II (que prevê a emissão de empenho em nome dos financiadores) e III (legitimação dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada da PPP).

III.10. OS ENCARGOS DAS PARTES

Ao dizer que se aplicam às concessões patrocinada e administrativa os artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987/95 a Lei nº 11.079/95 estendeu a elas o rol de atribuições do poder público e do parceiro privado nas concessões comuns. Não foi boa solução pois, como vimos acima, a divisão de responsabilidades nas PPP não é igual àquela tradicionalmente encontrada nas concessões típicas. Por exemplo, as regras atinentes à solução de queixas e reclamações dos usuários (artigo 29, VII), na concessão administrativa, deverão receber tratamento distinto do que ocorre no geral das concessões típicas. O mesmo ocorre com a meta de incentivar a competitividade no serviço (artigo 29, VII) inaplicável na maioria das concessões administrativas. Inobstante, a maioria das obrigações referidas na Lei nº 8.987/95 pode ser transposta, com temperamento, para as concessões tratadas na Lei nº 11.079/04.

III.11. O REGIME DE INTERVENÇÃO E EXTINÇÃO DA PPP

Por fim, são aplicáveis às PPP tratadas na Lei nº 11.079/04 o regime de intervenção e de extinção das concessões previsto nos artigos 32 a 34 (intervenção) e 25 a 39 (extinção). Quanto à intervenção, não é de causar

¹⁹ “Artigo 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 artigo 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.”

estranhamento que ela se aplique mesmo para a concessão administrativa, pois o instituto da intervenção é já previsto mesmo nos contratos de prestação de serviço quando isso for essencial para a continuidade de serviço essencial. Ver neste sentido a regra constante do artigo 58,V, da Lei nº 8.666/93²⁰.

Já no tocante à extinção da concessão administrativa ou patrocinada a elas não se aplica o regime do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, afastado pela aplicação do regime previsto na Lei nº 8.987/95. Porém, este regime não afasta a essência da regra geral de término (normal ou excepcional) dos ajustes administrativos. Basicamente, as hipóteses de extinção de um contrato com o poder público podem ser assim identificadas: **i)** atingimento da sua conclusão (término do prazo no caso dos contratos de duração continuada ou cumprimento do objeto nos contratos de escopo²¹); **ii)** extinção motivada por falta do particular²²; **iii)** extinção motivada por falta da Administração²³; **iv)** fatos alheios à vontade das partes que impedem a continuidade do ajuste²⁴; **v)** o desaparecimento da pessoa jurídica do contratado mediante falência ou liquidação²⁵; **vi)** vontade da Administração lastreada em razões de interesse público²⁶; **vii)** vícios que comprometem irremediavelmente a legalidade do contrato e que não permitam a sua convalidação²⁷.

A primeira hipótese é a de extinção normal do contrato. As demais cuidam de extinção patológica ou extraordinária. Geralmente as hipóteses II, V e VI ensejam a rescisão por ato unilateral da Administração. Na situação IV tem-se geralmente a rescisão amigável, por ato bilateral. Já na hipótese III, em regra, a rescisão tem de se dar por decisão judicial provocada pelo particular contratado (cf. artigo 79, III, da Lei nº 8.666/93). Pois o regime jurídico das concessões mantém esta sistemática, apenas conferindo maior garantias para os particulares.

O artigo 35 da Lei nº 8.987/95, aplicável às PPP regidas pela Lei nº 11.079/04, prevê seis hipóteses estritas para extinção do contrato. A primeira (artigo 35, I) é o advento do termo contratual, hipótese de extinção normal da concessão (e da PPP por consequência). A segunda hipótese é a encampação que nada mais é do que a extinção unilateral e não sancionatória da concessão,

²⁰ “Artigo 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: ...V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”

²¹ Sobre o tema ver meu “*A duração dos Contratos Administrativos na Lei nº 8.666/93*”, in Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos, Editora Forense, 1994, páginas 168 e seguintes.

²² São as hipóteses, por exemplo, previstas no artigo 78, incisos I a VIII, XI e XVIII da Lei nº 8.666/93.

²³ É o caso das hipóteses previstas no artigo 78, inciso XIII a XVI da Lei nº 8.666/93.

²⁴ Hipótese típica de caso fortuito ou força maior, cf. artigo 78, inciso XVII, da Lei nº 8.666/93.

²⁵ Prevista no artigo 78, incisos IX e X da Lei nº 8.666/93.

²⁶ Caso previsto no artigo 78, XII.

²⁷ Cf. artigo 59, Lei nº 8.666/93.

motivada em razões de interesse público que não guardam qualquer relação de responsabilidade por falta atribuível ao particular. É, na concessão a hipótese que substitui e absorve a rescisão prevista no artigo 78, XII, da Lei nº 8.666/93, inaplicável às concessões. A encampação, embora permita o desfazimento da concessão por motivo de interesse público é condicionada a autorização legal específica e pela indenização prévia dos prejuízos do concessionário. A terceira hipótese de extinção é a caducidade que nada mais é do que a rescisão unilateral decorrente da falta ou do descumprimento do contrato pelo particular; é a extinção-sanção, assegurada a ampla defesa. Na seqüência, tem-se a hipótese de rescisão. Contudo, na concessão, a rescisão somente compreende duas hipóteses (é dizer, não envolve a rescisão unilateral, punitiva ou de interesse público, aplicável aos contratos administrativos em geral): a rescisão bilateral ou a rescisão por provocação do particular, neste caso necessariamente procedida mediante decisão judicial (cf. artigo 39 da Lei nº 8.987/95).

Duas outras situações ensejam a extinção da concessão: a anulação por vício de legalidade (aqui observadas as regras da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 9.784/99) e a falência ou extinção da concessionária (a SPE a que alude o artigo 9º da Lei nº 11.079/04). É fato que não se pode desconhecer que pelas características de uma concessão e de uma PP em particular, o regime de extinção do contrato deve ser apto a garantir certeza e segurança nas relações jurídicas. Por isso o afastamento das hipóteses de rescisão unilateral aplicáveis ao geral dos contratos administrativos.

III.12. CRITÉRIOS DE REMUNERAÇÃO DO PARTICULAR

A principal distinção trazida pela Lei nº 11.079/04 para as duas concessões que disciplina está no critério de remuneração do particular que deixa de ser suportado exclusivamente pelo usuário. Digo, porém que se trata de uma novidade relativa, pois, como já sustentei anteriormente²⁸, o artigo 11 da Lei nº 8.987/95 já autorizava fortemente a formatação de concessões patrocinadas por outras receitas que não a tarifa paga diretamente pelo tomador do serviço.

III.5. O LIMITE DE PATROCÍNIO E AUTORIZAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA

No caso da concessão patrocinada admite-se o pagamento de tarifa diretamente pelo usuário, complementada por um subsídio (tratado inusitadamente como "*patrocínio*") em até 70% do valor estipulado como apto a remunerar o particular. Para além deste patamar o subsídio só será possível mediante autorização legal específica (cf. artigo 10, § 3º). E por específicas não de ser excluídas tanto autorizações legais que constem da Lei Geral de PPP a ser editada em cada ente federado, quanto a previsão eventualmente inserida na Lei Orçamentária Anual ou no Plano Plurianual.

²⁸Ver meu "*Concessão de Serviços Públicos sem Ônus para o Usuário*", op. cit..

Este dispositivo pode, no futuro, ensejar alguns problemas. Dois parecem-me claros. O primeiro diz respeito a uma concessão comum, outorgada sem previsão de subsídios tarifários mas que, num dado momento, entenda o poder concedente em reduzir fortemente tarifas (em geral ou para uma dada parcela do serviço ou classe de usuários), subsidiando mais de 70% do seu valor com recursos orçamentários, algo já hoje possível no regime da Lei nº 8.987/95.

Certamente a concessão não terá sido outorgada como concessão patrocinada, mas poderia se tornar por força do poder de alteração unilateral do ajuste com conseqüente reequilíbrio econômico e financeiro. Nestas hipóteses, pode-se entender que a concessão comum transformou-se em concessão patrocinada e, portanto, haverá um limite de subsídio (70%) para além do qual seria necessária autorização legal específica. Neste caso, não creio ser correto este entendimento. Isso porque o § 3º do artigo 10 faz referência à necessidade de autorização legal específica para a outorga de concessão patrocinada em mais de 70%, não me parecendo poder ser aplicada para as concessões comuns, mesmo que estas, por força do artigo 11 da Lei nº 8.987/95 venham a ser remuneradas com tarifas complementares em porcentual superior a este patamar.

Distinta será a situação na outra hipótese de que cogito. Imaginemos uma concessão patrocinada que é outorgada com subsídio tarifário de 70% do valor remuneratório e que no curso desta concessão fatores externos ao contrato, definidos como risco do poder concedente, abalam os custos componentes da tarifa, fazendo emergir um direito do particular a ter reequilibrada economicamente sua equação. Nesta hipótese, caso se decida por aumentar o subsídio para além dos 70%, então será necessária uma autorização legal específica pois, se assim não fosse, estaria aberta a possibilidade de restar contornada a regra do artigo 10, § 3º da Lei nº 11.079/04.

III.13. A REMUNERAÇÃO NA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA: USUÁRIO DIRETO E INDIRETO

Já no caso da concessão administrativa, a remuneração do particular não sairá do pagamento pelo administrado como usuário direto do bem ou serviço objeto da parceria. Sua remuneração advirá de outras fontes, inclusive e principalmente de contraprestação paga diretamente pela Administração Pública (cf. artigo 6º e artigo 7º da Lei nº 11.079/04). Vale notar que na concessão administrativa o administrado pode ou não ser usuário direto da utilidade concedida. Se usuário direto, este uso dar-se-á de forma gratuita. Se indireto, a Administração figurará como usuária do serviço para fins de pagamento ou para efeitos mesmo de utilização dos equipamentos postos a seu dispor para melhor desempenho de suas funções.

Há três arranjos possíveis no tocante à fruição das utilidades objeto de concessões administrativas. 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 a 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)²⁹.

A principal diferença entre a primeira e as suas últimas hipóteses está no fato de que naquela a quantidade de fruição da utilidade disponibilizada na PPP será determinada pelos usuários diretos (os administrados), enquanto nas outras a Administração pode dimensionar quantidades (e custos globais) de modo mais confiável. Por isto é que as concessões administrativas, sempre que possíveis, deverão ter seus custos lastreados por fontes vinculadas de receitas, destacando-se as taxas pela disponibilidade do serviço público (entendido em sentido amplo) divisível, um mecanismo bastante adequado a este fim.

III.14. A QUESTÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

Nas PPP regradas pela Lei nº 11.079/04 há previsão no sentido de que poderão ser previstos bens reversíveis ao patrimônio da Administração no final da concessão (administrativa ou patrocinada). Vemos isto no inciso X do artigo 5º da lei³⁰. Três questões são importantes.

O regime de reversão deve ser cuidadosamente estipulado de modo a prescrever exatamente as condições com que se quer receber o bem ao final da parceria, inclusive porque, como visto (cf. artigo 2º, § 4º, III da Lei nº 11.079/04), não poderá ser objeto de concessão administrada ou patrocinada a simples execução de obra pública. Depois, não sendo necessariamente objeto da PPP a prestação de um serviço público, fica mais difícil definir os bens reversíveis pela simples vinculação à prestação do serviço público, havendo parcerias cujo objeto é a simples consecução do bem e sua conservação, operação e manutenção pelo prazo do contrato. O que leva ao terceiro problema que é determinar o momento em que serão, no caso de PPP com execução de obra, recebidos os bens para os fins de início do prazo de responsabilidade do executor da obra a que se refere o artigo 618 do CCB.

Se bem é verdade que não se aplicam a estas PPP o disposto no artigo 73 da Lei nº 8.666/93, e se também é fato que nestas parcerias o particular ficará responsável pela manutenção das condições plenas de utilização do bem, tampouco se pode afirmar que a responsabilidade do executor permaneça

²⁹ Pois nesta hipótese o usuário direto do equipamento – embora um usuário não por vontade própria – sejam os presidiários recolhidos ao estabelecimento prisional.

³⁰ Dentre as cláusulas do contrato deverá existir uma que preveja: “realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.”

indefinida, por todo o tempo da parceria. Definir exatamente estes critérios de responsabilidade, bem como as condições em que deverão ser revertidos os bens (e quais exatamente serão objeto de reversão) é um dos desafios para o êxito de uma PPP.

III.15. ÚLTIMA NOTA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.079/04

O artigo 28 da lei contrasta com seus demais dispositivos. Chega a causar estranhamento que numa lei voltada a possibilitar parcerias público-privado na Administração Pública tenha se inserido um dispositivo que na verdade é regra de vedação das PPP na maioria dos entes federados³¹. A regra é, porém, rematadamente inconstitucional. Explico.

É sabido que a União somente pode disciplinar as PPP utilizando-se de sua competência para editar normas gerais sobre contratação administrativa. Pode-se discutir aqui ou ali se as regras contratuais atendem ou não o pressuposto de generalidade, se num ou noutro dispositivo não houve exorbitância ou excessivo detalhamento. A discussão aí é interminável. Porém, ninguém há de desconhecer que o atributo central de uma norma geral é a sua generalidade. Chega a ser acaciano. Uma norma geral não pode servir para diferenciar seus destinatários desarrazoadamente, escolhendo aqueles para os quais se aplica e outros que de seu regime (que pressupõe-se geral) restam excluídos.

Pois bem. O artigo 28 (lançando mão dos poderes de indução da União no manejo de transferências voluntárias ou oferecimento de garantias) determina uma regra segundo a qual os entes federados não poderão comprometer mais do que 1% de suas receitas correntes líquidas com as despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas. É dizer os gastos anuais de um ente da federação com todas as parcerias contratadas deverá ser inferior a 1% de suas despesas correntes líquidas.

Pois o artigo 2º, § 4º, I, da lei veda parcerias cujo valor seja inferior a vinte milhões de reais. Presume-se que este valor total da parceria seja correspondente ao montante a ser pago ao parceiro privado ao longo do prazo da PPP. O artigo 5º, I, admite o prazo máximo, já com prorrogações, de 35 anos para estas modalidades de parcerias. Portanto, a maior diluição do menor valor da PPP que se pode pensar é de 35 anos. O que resulta numa única parceria um dispêndio mínimo anual de aproximadamente R\$ 571.000,00. Para ficar dentro do limite de 1%, as despesas correntes líquidas de ente federado deverão ser iguais ou superiores a R\$ 57 milhões. O que, convenhamos, exclui a enorme parte dos

³¹ “Artigo 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”

Municípios e mesmo alguns importantes Estados da simples possibilidade de firmar uma única PPP. Resulta daí uma norma pretensamente geral (pois não se pode seriamente dizer que ela se destina à União, pretendendo-se claramente ser uma regra de ordem fiscal vinculante de todos os demais entes, como aliás demonstram desabridamente as Razões de Veto ao § 3º deste mesmo artigo 28) cujo escopo é excluir parte da federação da aplicação das demais normas gerais contidas na lei. Um verdadeiro despropósito constitucional.

Vistos alguns dos principais aspectos das concessões previstas na Lei nº 11.079/04, creio já ser o momento de abordar o outro tema deste trabalho. O saneamento ambiental.

IV. O SANEAMENTO AMBIENTAL

Antes de mais nada, é preciso fazer uma pequena nota terminológica. Há quem sustente que saneamento ambiental é gênero e saneamento básico é espécie. Naquele, ambiental, estariam compreendidas as atividades de saneamento básico e mais toda a cadeia de limpeza urbana e mais a drenagem urbana. Neste, básico, estariam apenas as atividades relacionadas ao provimento de água e ao esgotamento sanitário (compreendendo todas as etapas das respectivas cadeias).

Pela primeira linha de entendimento, saneamento básico seria distinto de limpeza urbana, embora ambas as atividades estivessem contempladas no gênero saneamento ambiental. Esta é a linha adotada pela Lei nº 9.074/95 que no seu artigo 2º expressamente distingue os dois serviços, tratando-os como espécies diferentes.

Há outros que definem saneamento básico como gênero onde seriam albergadas tanto as atividades de água e esgoto, como a limpeza urbana e manejo de águas pluviais, atribuindo-se ao termo saneamento ambiental abrangência mais restrita. É exemplo disso o artigo 43, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Há ainda aqueles que, em sentido distinto, adotam uma classificação que privilegia o regime jurídico e então definem saneamento ambiental como um rol amplo de atividades ligadas aos cuidados ambientais de dejetos (sólidos ou não, decorrentes de atividades humanas ou advindos dos eventos pluviais), sejam ensejados pelo poder público, sejam pela sociedade. E, nesta classificação, saneamento básico seria integrado pelas atividades de saneamento sob responsabilidade do poder público (é dizer, fornecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, drenagem, etc). É nesta segunda acepção que vai o Anteprojeto de Lei objeto de Consulta Pública promovida pelo Governo Federal ao longo de 2004.

A discussão terminológica não é perfunctória. Isso porque, conforme o conteúdo que se atribuía ao conceito de *saneamento básico*, se estará ampliando ou restringindo o campo temático das diretrizes que incumbe à União editar por força do artigo 21, XX, da CF.

Sem dela dar cabo, adoto aqui, como de resto já o fiz em outras oportunidades, a opção conceitual de utilizar saneamento ambiental como gênero, de que são partes o saneamento básico (água e esgotamento sanitário), limpeza urbana e manejo de águas pluviais em áreas urbanas, mantendo-me alinhado com o direito positivo vigente (artigo 2º, Lei nº 9.074/95). Uma vez editada legislação federal contendo diretrizes para o setor que adote concepção distinta, terei que rever meus conceitos³².

IV.1. OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO AMBIENTAL

Parto do pressuposto de que as atividades que integram o saneamento ambiental constituem núcleos de serviços públicos. Bem é verdade que, nem saneamento básico, nem limpeza urbana (as duas principais espécies que o integram) não vêm referidas, explicitamente, na Constituição da República. Isso, penso eu, por não se tratar de serviços públicos de titularidade da União. Porém, tenho comigo que não é requisito essencial para que uma atividade receba o tratamento de serviço público que ela esteja prevista, enquanto tal, na Constituição³³. Revestindo-se ela de alguma essencialidade – relevância para a coletividade num dado momento histórico – pode o legislador reservar-lhe o regime de serviço público, quanto mais quando não predisser que sua prestação se dê em regime de privilégio ou exclusividade.

O saneamento ambiental compreende serviços públicos, por várias razões. Primeiro, porque, do ponto de vista econômico, trata-se de atividade cuja prestação depende de infra-estruturas não duplicáveis de forma economicamente viável. As redes de adução de água ou as estruturas de destinação final de resíduos, para ficarmos em dois exemplos, envolvem pesados investimentos que caracterizam, *prima facie*, monopólios naturais.

Do ponto de vista social, é fato que o poder público, meramente na esfera local, não pode se desincumbir de tais atividades. Sobremodo, no ambiente urbano, o impacto da não prestação condizente dos serviços de limpeza e de coleta e afastamento de esgotos é grandíssimo, a ponto de desorganizar a urbe (imagine-se o impacto antiurbanístico causado pela necessidade de cada indivíduo resolver, por seus próprios meios e iniciativa, o destino dos seus resíduos e despojos).

³² Como aquela constante do Anteprojeto de Lei posto em Consulta Pública pelo Governo Federal.

³³ Para uma ampla e criteriosa resenha das posições doutrinárias a respeito da possibilidade ou impossibilidade de definição de um serviço público legislativa e não apenas constitucional, ver Dinorá Adelaide Musseti GROTTI, "O Serviço Público e a Constituição de 1988", São Paulo, Malheiros, 2003, página 101 e seguintes.

IV.2. O SANEAMENTO COMO FUNÇÃO PÚBLICA

Mais do que uma comodidade, os serviços de saneamento ambiental envolvem uma necessidade para toda a coletividade. O não provimento de adequados serviços de saneamento impacta a saúde pública, o meio ambiente e o conforto da vida coletiva. Lembro-me de um estudo que apontava como em Luanda, Angola, no auge da guerra civil, a ausência dos serviços de limpeza urbana comprometiam até o transporte (coletivo e individual), haja vista que o leito carroçável das ruas era tomado por lixo e dejetos, dificultando o tráfego de veículos.

Se entendermos o urbanismo (e, por consequência, a política urbana) como a disciplina da ordenação da cidade e do uso e funcionamento da vida no ambiente urbano, temos que o saneamento ambiental constitui parte inafastável da atividade urbanística.

III.3. AS INTERFACES COM OUTRAS ÁREAS

Muitas são, como vimos, as interfaces do saneamento ambiental. saúde pública, recursos hídricos, meio ambiente, uso e ocupação do solo urbano (que oneram as infra-estruturas de saneamento), além de outras etapas da cadeia econômica que produzem resíduos relevantes, como parte de seu processo produtivo (p.e. grandes redes de varejo, indústrias alimentícias, hospitais) ou que servem de resíduos como insumos industriais (indústria do alumínio, do vidro ou de celulose e papel). São, portanto, as atividades integrantes da cadeia de saneamento ambiental, em gênero, serviços públicos.

Não fosse pelo tanto acima exposto, bastaria para demonstrá-lo a expressa referência a eles enquanto tal na Lei nº 9.074/95. Com efeito, ao listar os serviços públicos que, excepcionalmente, podem ser delegados sem necessidade de lei específica autorizadora, o artigo 2º desta lei arrola, expressamente, os serviços de limpeza urbana e saneamento básico.

Veja-se que o fato de terem as atividades compreendidas no saneamento ambiental natureza de serviço público não significa dizer que elas, na sua inteireza, haverão de ser prestadas exclusivamente em regime de serviço público. Assim não é nem deve ser. Pode haver atividades que a lei reserve um regime de atividade econômica, explorada em regime de liberdade, embora sujeita a forte regulação, pelos particulares. Assim ocorre, por exemplo, com a coleta de lixo industrial ou despojado por grandes geradores de resíduos (supermercados, restaurantes, etc). Ou a coleta do resíduo industrial (água servida subproduto no processo fabril). Nestes casos, parece-me mais conforme ao interesse público que se cometa a responsabilidade pela solução do problema destes resíduos (sólidos ou líquidos) ao empreendedor, facultando-lhe a contratação de particular especializado para que proveja a coleta e o tratamento cobrando por isso preço livremente pactuado.

Retorno ao problema do saneamento ambiental como serviço público. Se é razoavelmente pacífico tratar-se de atividades consideradas serviços públicos,

mais complexo parece ser discernir se se trata de serviços públicos delegáveis ou não.

IV.4. DUAS ACEPÇÕES CONSTITUCIONAIS DE SERVIÇO PÚBLICO

Em outras oportunidades já sustentei que a CF se refere a serviços públicos em duas acepções distintas³⁴. No artigo 145, II, alude a serviços públicos em sentido amplo, como gênero de atividades prestacionais de incumbência estatal. Por outro lado, o artigo 175 se refere a um sentido mais restrito de serviço público, agora como espécie do gênero atividade econômica. São aqui (artigo 175) os serviços públicos econômicos – ou seja, possíveis de serem traduzidos em relações econômicas – e, portanto, delegáveis à opção do poder público.

Nem todo serviço público (em sentido amplo) pode ser tratado como atividade econômica. Há serviços (públicos) que, pela sua própria essência, se traduzidos em atividades econômicas, se descaracterizam enquanto tal. É o caso da segurança pública e da prestação jurisdicional. Em tese, podemos conceber a existência das utilidades de provimento de segurança ou de dominação de conflitos organizados, prestados e explorados como atividades econômicas (ou seja, estruturados e oferecidos, com vistas ao lucro). Porém, estas atividades se desproõem das características de generalidade, acessibilidade e obrigatoriedade que lhes são características. Daí por que, embora se traduzam em utilidades apropriáveis pelos indivíduos, estas atividades são incompatíveis com o tratamento econômico. Nos casos destas atividades especificamente, não se cogita, pois, de sua delegação.

Daí por que sempre se há de ter em vista que estas duas faces do serviço público (função pública e atividade econômica) estão longe de ser antagônicas ou excludentes: os serviços públicos econômicos permanecem sendo função pública, ao oferecer utilidade pública para a população. Não raro são serviços essenciais, como é o caso do saneamento básico³⁵.

Aqueles que possuem, no entanto, um conteúdo econômico, merecem atenção particular, pois envolvem o imbricamento de lógicas econômicas e não-econômicas em sua prestação. Em princípio, a lógica do serviço público é contrária ou, ao menos, alheia à lógica puramente econômica. Corresponde à assunção, por parte do Estado, do compromisso de disponibilizar determinado serviço à fruição de toda gente, independentemente de sua vantajosidade econômica. É serviço público exatamente porque, pela sua declarada importância para o bem-estar da sociedade, o Estado, mediante prescrição constitucional ou

³⁴ Ver meu “A nova regulação dos serviços públicos”, in RDA, volume 228, Rio de Janeiro, Renovar, abril a junho de 2002, página 13 e seguintes. Ver também e principalmente “Concessão de Serviços Públicos sem Ônus para o Usuário”, in WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coordenação), “Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari”, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

³⁵ A propósito, hão de ter um traço de relevância e essencialidade, sem o qual não poderiam sequer ser excepcionados à regra de mercado (livre acesso à iniciativa privada) e reservados à prestação em regime público.

lei, chama para si a obrigação de provê-la. Assim, mesmo nos casos em que o serviço for deficitário, permanecerá a obrigação dos entes federados de provê-lo.

É admissível, no entanto, que este mesmo serviço possa ser objeto de exploração econômica. Pode ser objeto de delegação a concessionários ou permissionários dos serviços que poderão, ao contrário da Administração direta, ter como objetivo essencial a legítima busca de lucro. A perspectiva de função pública não deixa, por isso, de estar presente: ainda que a prestação do serviço seja delegada, persiste a responsabilidade última do Estado, na qualidade de seu titular. A Administração lança mão de tal mecanismo no intuito de, simbioticamente, aproveitar-se da eficiência dos particulares ou de entidade especializada na execução da atividade que lhe comete, de forma a que os serviços sejam melhores em termos de qualidade e preço para os seus usuários.

Pois bem. Partindo do pressuposto que essas duas faces – serviço público como função pública e serviço público como parte integrante do núcleo das atividades econômicas – podem coexistir, não há como não se concluir que a própria natureza do serviço público exige que prevaleça a característica da função pública, que garante a fruição de utilidade essencial – ou ao menos de utilidade pública – aos administrados. Insere-se no esforço constante de reduzir desigualdades sociais, que é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, (artigo 3º, III, CF).

Se é verdade que a perspectiva de função pública prevalece sempre sobre a perspectiva econômica, é também verdade que a dimensão econômica dos serviços públicos, quando existir, não pode ser desconsiderada. A prevalência é principiológica e relativa, pois desconsiderar a sustentabilidade econômica da prestação dos serviços corresponderia a comprometer a perenidade do serviço ou a sua universalização.

Diante do necessário convívio entre essas duas lógicas distintas, é medida vital para que este se faça a demarcação estanque entre as duas perspectivas. Essa é condição essencial para que se viabilize, de um lado, o cumprimento da função pública do serviço e, de outro, a sua sustentabilidade econômica. A partir do momento em que existe transparência na delimitação de cada um dos campos de incidência destas duas lógicas distintas e das conseqüências de uma sobre a outra, a coexistência entre elas torna-se viável.

III.5. PECULIARIDADES DO SANEAMENTO AMBIENTAL

No saneamento ambiental a questão se mostra bastante complexa. São necessários recursos privados para ampliar a universalização dos serviços (especialmente no saneamento básico que apresenta níveis de penetração e cobertura muito baixos) e para aperfeiçoar a prestação (mormente no prisma da adequação ambiental). Contudo, a delegação da prestação destes serviços à iniciativa privada, se apresenta bastante mais complexa que em outros serviços públicos.

Três fatores ponteiavam essa complexidade: **i)** as enormes externalidades (positivas e negativas) dos serviços de saneamento ambiental, que tornam dificultoso o seu tratamento como atividade meramente econômica; **ii)** o fato de estarem envolvidas atividades indivisíveis, dificultando a delegação da prestação diretamente ao usuário final; e **iii)** as peculiaridades na definição do ente público titular do serviço.

III.5.1. AS EXTERNALIDADES

Toda oferta de serviço público traz benefícios gerais à coletividade, para além do benefício trazido diretamente ao seu usuário. Isso é meramente à essencialidade e utilidade que caracterizam o elemento material imprescindível para reservar a uma atividade econômica o regime de serviço público. Uma sociedade com baixa oferta dos serviços públicos de telecomunicações apresentará baixos níveis de desenvolvimento econômico. Uma sociedade sem adequados serviços de energia elétrica apresentará baixa capacidade de se beneficiar de novas tecnologias. Contudo, quando tratamos de saneamento ambiental estas externalidades são tão significativas que se equiparam ou superam o benefício fruível, individualmente, pelos usuários.

As externalidades negativas da não oferta de saneamento são patentes: aumento de enfermidades, precarização urbanística, dano ambiental. Ao revés, a ampliação da cobertura destes serviços e o aperfeiçoamento na qualidade de sua prestação acarretam benefícios apropriáveis por toda a coletividade. Disso decorre um traço de compulsoriedade na fruição do serviço pelos usuários atingidos pela cobertura destes.

Mais do que um serviço público, espécie de atividade econômica, advém uma maior proximidade destas atividades de uma acepção de serviço público como sinônimo de função pública e fruível de forma compulsória e indivisível por toda gente, como nos exemplos de prestação jurisdicional e de policiamento ostensivo acima expostos. Essa é uma das dificuldades para se cogitar da delegação, nos termos do artigo 175 da Constituição. Não digo aqui que o trespasse da prestação dos serviços de saneamento ambiental seja inviável. Muito ao contrário, tanto que o artigo 2º da Lei nº 9.074/95, expressamente, prevê a delegabilidade destes. O que temos é que essa delegação há de ser pensada de modo um pouco diverso do padrão habitual de concessões. O que denota a relevância da aplicação das parcerias público-privadas no setor.

III.5.2. AS ATIVIDADES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS: ÓBICE À FRUIÇÃO INDIVIDUAL

Outra peculiaridade do setor são as atividades ditas indivisíveis. É dizer aquelas que são oferecidas a toda a coletividade e não aos administrados individualmente. São aquelas atividades em que o usuário é a coletividade como um todo, e não os indivíduos isolados. É o que ocorre com a limpeza (varrição, coleta, capinagem, etc.) nos bens públicos de uso comum (ruas, praças,

calçadas, etc.). É praticamente impossível separar, no saneamento ambiental, as atividades divisíveis das indivisíveis.

Por primeiro, porque a não execução de umas pode anular o benefício da prestação de outras (inimaginável, por exemplo, uma cidade com coleta domiciliar irrepreensível, mas com varrição e coletas sofríveis nas áreas públicas).

Por segundo, por que, indesejavelmente, 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 (p.e. aterramento sanitário) haverão de ser comuns.

O problema maior estaria nas modelagens de remuneração do serviço. Se pensado como atividade econômica, o serviço pode ser remunerado por tarifa paga pelos usuários (individuais, no caso dos serviços divisíveis ou o poder público, usuário nos serviços indivisíveis). Porém, a remuneração por tarifa paga pelos usuários traz o problema prático da quantificação dos serviços prestados. Por exemplo, na coleta de resíduos sólidos as soluções tecnológicas de quantificação – pesagem – de resíduos são caras, praticamente inviáveis. Poder-se-ia cogitar da cobrança pela tarifa de disponibilidade do serviço (como ocorre com a tarifa de assinatura de telefonia ou o consumo mínimo de luz ou gás), mas isso certamente traria questionamentos jurídicos quanto à viabilidade dessa cobrança tarifária. No caso do saneamento ambiental a questão se divide. No fornecimento de água tratada, a mensuração é possível e bastante comum. Já no esgotamento sanitário temos a mesma dificuldade verificada nos resíduos sólidos (embora em ambos os casos não se discuta tratar-se de serviços divisíveis, malgrado de mensuração operacionalmente muito dificultosa), o que leva a que a cobrança da tarifa seja arbitrada e embutida na tarifa de água.

Restaria a hipótese de cobrança por taxa, o que faz emergir outras questões jurídicas. A posição reiterada do STF (apesar de um recente e bem fundamentado voto em sentido contrário do Ministro Gilmar Mendes) é de impossibilidade de cobrança de taxas pelos serviços indivisíveis, cujo custeio deveria correr à conta, exclusivamente, das receitas advindas de impostos. Apesar desse entendimento admitir refutações – em última instância ele nos remete à questão da distribuição dos ônus pelo custeio das atividades estatais, envolvendo critérios comutativos ou distributivos –, a impossibilidade de atribuição individual da parcela dos serviços indivisíveis interdita que estes (ou as etapas da cadeia de saneamento ambiental a eles correspondente) sejam objeto de delegação pelo regime de concessão de serviços públicos tipificado na Lei nº 8.987/95.

IV.5.3. A INDEFINIÇÃO DA TITULARIDADE DO SERVIÇO

O terceiro bloco de questões nos leva à polêmica em torno da titularidade dos serviços de saneamento ambiental entre os entes da federação.

Em relação à limpeza urbana ou ao manejo de águas pluviais não há muita controvérsia acerca das competências federativas envolvidas. Trata-se de

serviços reconhecidos tradicionalmente como locais. Em praticamente todo o país são prestados no âmbito municipal, sem prejuízo de haver já algumas iniciativas de gestão associada, mediante consórcios intermunicipais (o que não afasta a competência dos Municípios; ao contrário, reforça-a). Inobstante a questão da titularidade dos recursos hídricos, também as competências para prover e gerir a drenagem urbana não enseja muita polêmica. É praticamente consensual a aceitação da competência municipal.

O ponto controvertido está no abastecimento de água e no esgotamento sanitário. O cerne da polêmica está no tocante ao sistema de distribuição de água e coleta de esgotos sanitários, especialmente em Municípios que demandam solução integrada que engloba diversos Municípios. O que não deixa de causar-me espécie, pois seria nas etapas da cadeia que envolvem transcendência do território municipal (v.g. captação, adução de água bruta, tratamento, adução de água tratada e reservação de água) – que deveria existir maior conflito de posições. Desafortunadamente, move o debate o interesse em travar relação direta com o usuário (e, por conseguinte, arrecadar tarifas e determinar como serão prestados os serviços). Não consigo ver como o fato de os serviços demandarem soluções transmunicipais no upstream descaracterizar as etapas de distribuição de água e de coleta de esgotos como atividades intrinsecamente locais (e portanto cabentes aos Municípios)³⁶.

Postos os quadrantes da polêmica, vale enfrentá-la. Como já dito antes, a Constituição não lista o saneamento ambiental como serviço público de titularidade da União. Restaria, então, a discussão em torno da titularidade entre Estados e Municípios. Em princípio, os serviços de saneamento ambiental seriam de titularidade municipal, haja vista o seu caráter eminentemente local (artigo 30, I, da Constituição Federal), mesmo em municípios situados em regiões metropolitanas. Isso porque tenho plena convicção de que a faculdade assegurada pelo artigo 25, § 3º, da Constituição Federal, não dá aos Estados a liberdade para, manejando suas competências legislativas, avocar competências materiais sobre serviços públicos. Aceitar que a norma constitucional confere aos Estados a prerrogativa de arbitrar as competências dos Municípios situados em Regiões Metropolitanas seria desfigurar o regime federativo preconizado na Constituição de 1988.

A meu ver, a instituição de regiões metropolitanas não altera as competências municipais. Apenas cria para os Estados a obrigação de articular e corroborar para o planejamento da atuação dos municípios. Entender em sentido contrário, importaria em hierarquizar as competências federativas (os Estados teriam prerrogativa constitucional derivada para, por lei complementar, suprimir competências materiais de municípios situados em áreas conurbadas, gerando competências municipais desuniformes).

³⁶ Lembre-se – e retomarei este exemplo mais adiante – que existem serviços públicos municipais (porquanto locais) que tem no *upstream* uma cadeia de serviço público da União sem perder sua característica local. É o caso da iluminação pública, ponta posterior à cadeia de energia elétrica, encerrada no âmbito da competência material da União na distribuição deste insumo.

Tampouco a competência comum prevista no artigo 23, IX, e compartilhada indistintamente entre todos os entes federativos parece-me suficiente para predicar a titularidade de competência sobre os serviços de saneamento básico. O caráter incitativo do artigo 23, IX, não tem o condão de definir competências federativas. Ao contrário.

Ao atribuir a todos os entes o dever de zelar pela consecução dos serviços de saneamento básico (e outros que lista) quis a Constituição assegurar que toda a federação concorrerá para garantir sua continuidade, universalização, qualidade. O inciso IX do artigo 23 alude expressamente ao concurso dos três entes para promover a melhoria nas condições de saneamento básico e não para organizar e prestar estes serviços (como é a locução do artigo 30, V). Dar interpretação mais ampla ao disposto neste artigo 23 nos levaria a posições absurdas, como, por exemplo, admitir que os Municípios poderiam atuar no policiamento ostensivo apenas porque têm competência comum para “*combater os fatores de marginalização*” (inciso. X), competindo-lhes, por exemplo, coibir a cooptação de jovens pelo tráfico de entorpecentes. Ou então daria aos entes municipais, ao arripio do artigo 184 da CF, competência para promover a reforma agrária entendida como forma de “*fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar*” (inciso VIII).

Certamente não é esse o conteúdo do artigo 23. Ele não contempla atribuição de titularidade concorrente sobre as atividades necessárias para implementar as pautas constitucionais contidas nos seus artigos. O que lá vemos, isto sim, é o imperativo de atuação coordenada, de cooperação dos entes federados com vistas ao atingimento daquelas pautas. Tanto assim é que o parágrafo único do artigo 23 reforça este caráter prevendo a edição de lei complementar que discipline a cooperação predicada no dispositivo aos entes federados.

Pois bem, situados ou não em regiões metropolitanas, os municípios têm competência material sobre os serviços de interesse local. O problema é que nem todas as atividades integrantes do plexo saneamento ambiental terão caráter local (ou dito de melhor maneira, nem todas podem ser equacionadas no âmbito do território de um município).

Adoto, como critério para divisar se um serviço é ou não da competência municipal, a verificação de que aquela atividade pode ser integralmente prestada no âmbito do seu território. Novamente a comparação entre a cadeia da limpeza urbana e a do saneamento básico serve de ilustração. Em tese (e abstraindo os aspectos de viabilidade econômica), todos os serviços da cadeia de limpeza urbana – da coleta à destinação final – podem ser prestados dentro de um mesmo município, qualquer que seja ele. Pode não ser conveniente ou economicamente viável, mas na prática é possível. Daí não se discutir ser a limpeza urbana um serviço público de âmbito local e, pois, de competência municipal. Já, no saneamento básico, dada a sua dependência dos recursos hídricos, tanto a jusante, quanto a montante, há etapas da cadeia que, em alguns municípios, não terá natureza local.

Impõe-se, portanto, separar as etapas da cadeia de saneamento básico, de modo a identificar quais são invariavelmente municipais – dado seu caráter local - e quais transcendem o âmbito de atuação dos municípios. Parece-me que as etapas de distribuição de água e de coleta de esgotos são intrinsecamente locais. Em reforço a esse entendimento de que as atividades de distribuição de uma utilidade pública têm caráter local e são, em regra, de competência municipal, vem o fato de que, quando o constituinte quis atribuir a competência de distribuição local aos estados (no caso do gás canalizado), fê-lo de forma explícita (cf. artigo 25, § 2º, CF). Então, tenho que as atividades de saneamento básico que envolvem a rede capilarizada (distribuição de água tratada e coleta de esgotos) são de competência municipal. Já a captação e a adução de água dependerá das características hidrológicas (e não necessariamente metropolitana) de cada município, podendo tais serviços ter caráter local ou não. Por fim, há as etapas intermediárias da cadeia (como a coleção e distribuição no atacado e o tratamento de água bruta e de esgoto), as quais, em princípio, têm caráter local, podendo assumir características translocais em função da configuração hídrica específica.

IV.6. A DIFICULDADE DE SE ADOTAR A CONCESSÃO TÍPICA

Este quadro de competências também representa um entrave, a modelar, de concurso de iniciativa privada no saneamento ambiental pelo prisma da concessão típica. Daí também se fazem necessários novos modos de ajuste com a iniciativa privada, alternativas à delegação via concessão típica.

Por todas estas características, que dificultam a delegação da prestação dos serviços de saneamento ambiental por concessão típica, é que se coloca conveniente pensar modelos alternativos de emparceiramento com a iniciativa privada para alavancar e incrementar as iniciativas no setor.

IV.7. PANORAMA (LIGEIRO) DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM CONCESSÃO NO SETOR

É fato que as experiências de delegação dos serviços de saneamento ambiental são raras no país e nem todas exitosas. No saneamento básico, exceção feita às concessões impróprias em favor das empresas estatais estaduais, houve algumas experiências de concursos na década de 90, especialmente no interior dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Em São Paulo a maioria destas concessões encontra-se enredada em problemas de ordem financeira, ambiental e regulatória. No Rio de Janeiro, apesar dos eventos de ordem política que impactaram as concessões em alguns municípios, as experiências, já maduras, se mostram razoavelmente bem sucedidas.

No segmento de limpeza urbana, as experiências de delegação por concessão são mais recentes e escassas. Há os exemplos mais hodiernos das cidades de Foz de Iguaçu e de Fortaleza. O segundo, padecendo de problemas na sua modelagem, especialmente na forma de remuneração dos serviços. Mais

recentemente, os municípios de São Paulo e Vitória desenvolveram modelos de concessão atípicos (já numa concepção mais próxima do modelo de parcerias acima delineado), porém trata-se de exemplos muito recentes, que ainda não tiveram completada sua implantação.

O quadro, até aqui traçado, parece indicar que, no saneamento ambiental, há um fértil campo para desenvolvimento de parcerias público-privadas, de modo a permitir, de um lado, o envolvimento da iniciativa privada na implantação de políticas públicas mais efetivas no setor e, de outro, contornar as dificuldades postas à delegação pela via da tradicional concessão.

V. ALGUNS EXERCÍCIOS DE PPP'S NO SETOR DE SANEAMENTO AMBIENTAL

Desde logo, quatro alternativas de parcerias público-privadas poderiam ser cogitadas no setor de saneamento ambiental: **i)** a concessão no modelo usuário único; **ii)** a segregação das cadeias e a concessão de atividades isoladas; **iii)** o arrendamento e concessão de obra pública sem delegação dos serviços; **iv)** os modelos alternativos de delegação com a remuneração do prestador, mediante receitas não tarifárias.

Exponho, sucintamente, os contornos de cada um destes modelos que enquadro dentro do conceito de PPP que apresentei anteriormente.

IV.1. A CONCESSÃO POR USUÁRIO ÚNICO

Neste modelo, a Administração Pública figura como poder concedente e como único usuário dos serviços concedidos, aqui representando os usuários finais (municípios), beneficiários diretos ou indiretos da prestação. Esse modelo, surgido inicialmente no âmbito do projeto de lei do então deputado Emerson Kapaz, para o regime jurídico dos resíduos sólidos em âmbito nacional constitui o eixo central da solução adotada pelo Município de São Paulo para a coleta de resíduos domiciliares. Ele também está subjacente à formatação recomendada pelo Tribunal de Contas da União para viabilização das metas de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST. Nele delega-se ao particular a exploração do serviço prestado, direta ou indiretamente, aos usuários finais, mas pagos não diretamente por eles e sim pela Administração, normalmente mediante gestão de um fundo constituído por recursos específicos e vinculados à prestação dos serviços.

À luz da Lei nº 11.079/04 pode-se aplica-lo nos moldes de uma concessão administrativa em que a Administração contrata com o particular o provimento dos serviços tendo como usuário direto o administrado e como responsável pelo pagamento do particular a própria Administração ou um fundo formado por receitas vincularas (taxas por exemplo).

Há grandes vantagens neste modelo: ele permite a delegação de serviços tidos por indivisíveis; permite que haja a combinação da cobrança de taxa dos municípios e que a remuneração do concessionário se dê por tarifa (de modo que a disponibilidade seja remunerada pelo usuário final, mas não necessariamente apropriado pelo prestador-delegatário). É fato que tal modelo enseja críticas. Algumas motivadas, exclusivamente, pela aversão ao novo. Outras centradas no entendimento de que necessariamente deve, na delegação de serviços públicos, existir relação direta entre concessionária e usuário final. Esta última crítica, porém, resulta bastante enfraquecida à luz do regime estatuído na Lei nº 11.079/04.

Ademais as críticas não convencem. Pode haver relação direta entre prestador e usuário final, sem que este remunere diretamente àquele. A relação direta atine à prestação e não à remuneração. Não fosse assim e restaria interdita qualquer possibilidade do poder público promover políticas de gratuidade tarifária ou de tarifas sociais, arcando com parte ou toda a tarifa cabente aos usuários beneficiados. Imagine-se que a lei estipule o direito à gratuidade no transporte interestadual de passageiros aos maiores de uma certa idade. Certo será que os concessionários deste serviço público farão jus à compensação pela queda na sua receita tarifária (imaginando-se que tal disposição legal sobreveio à concessão). Se esta compensação se der por indenização (arcando o poder público com o custo da gratuidade) teremos exatamente o mesmo resultado: o poder concedente substituindo – como usuário pagante – o usuário final beneficiado pela gratuidade (ainda que estes mesmos beneficiários possam concorrer para o custeio deste benefício, na condição de contribuintes).

Tampouco procede a crítica relativa à impossibilidade de se ter fruição de serviço público sem pagamento de tarifa. A própria Constituição prevê um serviço público do qual todos se servem sem nada despendem: a radiodifusão. Ademais, como mostrei acima, a Constituição (artigo 175, Parágrafo Único, III) afirma que a delegação pressupõe prescrição legal que contemple “a política tarifária” e não as tarifas a serem pagas. Nada obsta que a política tarifária contemple desoneração direta, gratuidades ou a combinação de regimes de taxa e tarifa.

Há quem veja problemas neste modelo pelo fato de nele a Administração figurar como usuário de serviços públicos por ela delegados. Ora, isso nenhuma novidade ou perplexidade traz. A União é usuária – nos seus bens de uso especial – dos serviços de energia elétrica ou telecomunicações que concede aos particulares. Os municípios, por sua vez, para prestar os serviços de iluminação pública (hoje remuneráveis segregadamente por contribuição nos termos do artigo 149 A da CF) figura como usuário dos serviços de distribuição de energia elétrica (embora no momento os Municípios deixem de cumprir com sua obrigação básica de pagar a tarifa correspondente).

Há, por fim, quem veja, nestas hipóteses de PPP, inconstitucionalidade, por não assumir, o concessionário, o risco de inadimplência do usuário. Bem, a crítica me parece duplamente tresloucada. De um lado, porque desconsidera o quanto o poder público é um usuário inadimplente, o que torna o risco de inadimplemento da tarifa não só existente, como forte, também no modelo de usuário único.

Doutro lado, porque pressupõe – com base em que não se sabe – ser inerente à delegação por concessão (ou) por permissão a assunção pelo particular do tal “risco de inadimplência”. Isso incorre.

É fato que na concessão tradicional o particular assume o ônus de cobrar, o que é bastante diferente de assumir o risco do não pagamento. No regime garantístico do equilíbrio econômico e financeiro da concessão, parece-me certo que uma inadimplência relevante e contínua ensejaria um direito do concessionário a postular do concedente medidas para neutralizar o impacto desse não pagamento. É o que tem ocorrido nas discussões administrativas e judiciais com a questão das rotas de fuga que afetam as concessões de rodovias. Se é verdade ser inerente ao instituto da concessão, que o objeto concedido seja explorado por conta e risco do particular, igualmente verdadeiro não é dizer que esse risco há de envolver, inarredavelmente, a inadimplência. O modelo de usuário único, pela via da concessão administrativa ou pela concessão patrocinada na integralidade da tarifa, permite, por exemplo, que o particular assumira os riscos de variação quantitativa (a maior ou a menor) dos serviços, que corra os riscos das variações de custos operacionais ou que corra o risco do investimento. Isso são riscos inerentes à concessão e que nada têm a ver com a inadimplência.

De resto, na hipótese da concessão administrativa no modelo de usuário único em que a Administração representa o usuário no pagamento do serviço cujos custos que o remuneram são obtidos mediante o pagamento de taxa vinculada à disponibilidade do serviço, entendo não ser aplicada a regra do artigo 28 da Lei nº 11.079/04. Isso porque, malgrado os gastos com a parceria possam superar o limite fixado (de forma inconstitucional, vimos) sobre as receitas correntes líquidas, o fato de ser a arrecadação da taxa vinculada ao serviço torna incompatível a inclusão destes dispêndios no cálculo dos limites ali referidos.

A grande vantagem desse modelo aplicado no saneamento ambiental está no fato de que, nele, a Administração pode dissociar o interesse do particular do aumento na quantidade de serviços prestados. Na concessão tradicional, tanto maior será o ganho do particular quanto mais os usuários consumirem seus serviços. Em telefonia isso faz todo sentido. No campo do gás canalizado, o mesmo. Mesmo na energia, desde que planejado o crescimento da demanda, o aumento de consumo poderá ser meta alvitada.

No saneamento ambiental ocorre o inverso. O objetivo de uma política pública responsável há de ser a redução, por exemplo, do consumo de água potável (via medidas de incentivo ao uso racional ou ao reuso da água) ou a diminuição da produção de resíduos (via incentivo à reciclagem autônoma ou à educação ambiental). Em ambos os exemplos não faz sentido que o operador privado tenha seus ganhos diretamente relacionados com o aumento determinado.

Este modelo de concessão permite a dissociação (por exemplo, com estruturação de tarifas flat por margem de geração de resíduos, de modo que o ganho do particular aumente com a redução de consumo e não o contrário) entre remuneração e demanda. Permite ainda que a cobrança do usuário final –

estruturada pela cobrança de taxa pela oferta efetiva ou potencial do serviço – favoreça o esforço do usuário para consumir menos a utilidade (o que se resolve via auto-lançamento declaratório por faixas de consumo).

IV.2. A CONCESSÃO POR ATIVIDADE DESAGREGADA

Há um forte tendência em se pensar a delegação dos serviços de saneamento ambiental em bloco. Isso nem sempre é possível ou conveniente. Por exemplo, na área de saneamento básico as dificuldades em definir o ente federado titular de cada serviço torna quase impossível se pensar em delegação em bloco. Já na limpeza urbana pode ser conveniente que as etapas finais (particularmente a destinação final), sejam outorgadas em articulação de vários municípios, tornando viável economicamente a delegação.

A segregação da cadeia de serviço público para fins de delegação não é nova. No setor elétrico ela já é muito comum, haja vista as concessões separadas de geração, transmissão e distribuição. Neste modelo, a relação com o usuário final se dá apenas na distribuição. No restante da cadeia o que há é uma relação entre delegatários que se remuneram, ou mediante preços de interoperação livremente negociados (como deveria se dar no setor elétrico, com o pagamento pela compra de energia, até há bem pouco tempo), ou mediante tarifas definidas pelo poder concedente (como ocorre com a tarifa de transmissão ou as tarifas de rede no setor de telecomunicações).

Nesta modalidade de parcerias poderíamos ter a delegação, por concessão administrativa ou patrocinada, da adução e tratamento de água, com cobrança de tarifas pela água fornecida às empresas estatais incumbidas do serviço de distribuição domiciliar e abastecimento de água potável. Ou poderíamos ter a delegação da construção e operação da infra-estrutura de destinação final de resíduos (aterros sanitários, incineradores, usinas de compostagem, etc.), percebendo o particular remuneração da Administração pela prestação deste serviço público aos demais prestadores na cadeia de limpeza ou ao poder público, quando mantido responsável pelas demais atividades.

Esse tipo de parceria permitiria que a delegação se desse apenas nos segmentos em que ela for economicamente viável, que envolver pesados investimentos à conta do particular e em segmentos em que possa ser equacionada a questão da titularidade dos serviços com maior facilidade.

IV.3. O ARRENDAMENTO OU CONCESSÃO DE INFRA-ESTRUTURAS

Outra hipótese de parceria (até certo ponto assemelhada à anterior, mas sem envolver delegação de serviço público) é a contratação da implantação e operação de uma infra-estrutura a ser empregada na cadeia do saneamento ambiental. Neste caso entendo que estaremos diante de uma parceria fora das modalidades regidas pela Lei nº 11.079/04.

O traço marcante é que, neste caso, o particular entrará apenas com o bem ou equipamento, sem se incumbir da atividade como um todo. Seria, por exemplo, a hipótese de se contratar com o particular a construção de uma adutora de captação de água, arrendando-a para o sistema de abastecimento d'água por largo prazo (com ou sem incorporação à rede de abastecimento ao término desse período).

Certo é que haveria algum questionamento acerca do prazo máximo de duração previsto no artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93 (os cinco anos). Contudo, entendo ser possível afastar este limite temporal por duas ordens de raciocínio. Primeiro, porque o prazo máximo de um lustro se refere na lei a serviços de duração continuada e o arrendamento, como já decidiu a jurisprudência em matéria tributária, não é considerado serviço (logo descabendo falar em duração continuada)³⁷. De outro lado, o arrendamento é contrato típico de direito privado, assemelhado à locação. Pode-se então, sem afastar o restante do regime de direito público, sustentar com base na aplicação analógica do artigo 62, § 3º, I da Lei nº 8.666/93 (o qual afasta expressamente as regras do artigo 57 para a locação) que o seu prazo deve observar as normas do direito civil.

Outro exemplo seria a outorga de concessão de obra pública consistente numa estação de tratamento de esgotos a ser construída e operada pelo particular, recebendo dejetos originados em vários municípios que se incumbissem da coleta e transporte do esgoto e remunerassem o particular por quantidade de esgoto tratado. Para tanto devem se valer estes entes municipais da possibilidade de consorciamento prevista no artigo 241 da Constituição.

Essa alternativa de parceria tem a vantagem de abrir a possibilidade de concurso da iniciativa privada na implantação de infra-estruturas necessárias à ampliação e incremento das redes destinadas ao saneamento ambiental, sem necessitar de equacionamento do problema da titularidade destes serviços, nem o enfrentamento da questão da delegabilidade ou não destas atividades.

IV.4. OS MODELOS DE PARCERIA COM RECEITAS ANCILARES

A última das hipóteses de parcerias, que me ocorre agora cogitar, cuida de ajustes que permitem o concurso da iniciativa privada na área de saneamento ambiental, mediante a outorga do direito de exploração de receitas, não diretamente advindas da cobrança de tarifa dos usuários. Aqui mais uma vez estamos diante de parcerias que podem ser formuladas fora do regime de concessão administrativa ou patrocinada. Seria o caso, por exemplo, de investimentos em plantas de destinação final de resíduos, mediante a possibilidade de exploração de geração de energia em usinas de biomassa ou pequenas termoelétricas a gás gerado do aterramento sanitário.

³⁷ Ver a este respeito o decidido pelo STF no RE nº 116.121-3 São Paulo, Rel Min. Octavio Gallotti, DJ 25.05.2001

Outro bom exemplo destas parcerias está na coleta seletiva de resíduos remunerada pelo direito de revenda de materiais recicláveis. Este modelo admite parcerias, tanto com empreendedores industriais, como, também, com cooperativas de catadores que atuam na coleta e na separação de resíduos, tendo como contrapartida a venda do material reciclável de relativo valor.

V. CONCLUSÃO

Os exercícios feitos aqui estão longe de ser exaustivos ou completos. Não era essa a proposta deste texto. Preocupe-me mais em indicar como as PPP podem ser um bom alento para dar curso às inovações jurídicas que o setor de saneamento precisa.

O novo ciclo de concessões, que teve início na década de 90, se voltou a serviços públicos, que, mal ou bem, já tinham uma memória de concurso da iniciativa privada.

O saneamento ambiental nunca foi tratado, entre nós, com a atenção devida. É hora de o ser. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impõe que se invista e desenvolva este segmento. E isso, certamente, se fará com denodo e criatividade jurídicos. Não haveria nada mais indigno que manejar nossa inventividade e conhecimento para deixar tudo como está.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

NETO, Floriano de Azevedo Marques. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na coletânea SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2005 (pp.276-325).