



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

TEREZA CRISTINA RIBEIRO LIMA

**A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA GESTÃO DOS RESÍDUOS
SÓLIDOS URBANOS À LUZ DO PROJETO NATUREZA LIMPA**

GOIÂNIA
2011

TEREZA CRISTINA RIBEIRO LIMA

**A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA GESTÃO DOS RESÍDUOS
SÓLIDOS URBANOS À LUZ DO PROJETO NATUREZA LIMPA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC, sob orientação do Prof. Dr. Jean Marie Lambert.

Goiânia
2011

L732p Lima, Tereza Cristina Ribeiro
A parceria público-privada na gestão dos resíduos sólidos urbanos
à luz do projeto Natureza Limpa [manuscrito] / Tereza Cristina Ribeiro Lima. –
2011.

100 f. : il.

Bibliografia: f. [68]-71.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás,
Departamento de Ciências Jurídicas, Goiânia, 2011.

“Orientador: Prof. Dr. Jean Marie Lambert”.

1. Parceria público-privada. 2. Contratos administrativos. 3.
Lixo – eliminação. 4. Brasil. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de
2004. I. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Departamento de
Ciências Jurídicas. II. Lambert, Jean Marie. III. Título.

CDU: 351.712.2.028(81)(043.3)
628.474/.477

TEREZA CRISTINA RIBEIRO LIMA

**A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA GESTÃO DOS RESÍDUOS
SÓLIDOS URBANOS À LUZ DO PROJETO NATUREZA LIMPA**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do grau de Mestre. Aprovada em 15 de fevereiro de 2012, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Jean Marie Lambert
Professor Orientador e Presidente da Banca
PUC-GO

Profa. Dra. Isivone Pereira Chaves
Prof(a). Examinador(a) e Membro da Banca

Prof. Dr. Ycarim Melgaço Barbosa
Prof(a). Examinador(a) e Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por realizar esta conquista. Aos meus pais Sonia e José Eustáquio pelo incentivo e por acreditar que eu seria capaz de alcançar o caminho do conhecimento.

Ao meu esposo agradeço eternamente pela cooperação, paciência e compreensão pelos momentos em que eu estava ausente e por ser minha fonte de inspiração. A ele, o meu muito obrigado.

Aos meus filhos, Paulo Neto e Lucas, por serem a luz que ilumina e alegra os meus dias.

Ao meu orientador, professor Dr. Jean Marie Lambert, que sempre disponibilizou tempo e conhecimento para o aprimoramento deste trabalho.

Aos professores (as), direção e funcionários (as) do Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUC/GO, pelo carinho e paciência concedidos durante todo o curso. Aos colegas e amigos de turma, pela colaboração.

RESUMO

No ano de 2014, no Brasil, foi instituído com o advento da Lei 11.079/04 as Parcerias Público-Privadas, com proposta de suprir a deficiência e escassez dos recursos públicos em setores infraestruturais. Contudo, dentre as exigências para este tipo de contratação, é que o serviço público prestado pelo parceiro privado esteja em acordo com normas de preservação ambiental. Assim, o objetivo do presente trabalho é verificar a aplicabilidade das PPP's como instrumento contratual na execução do projeto de gestão do tratamento de resíduos sólidos urbanos, proposto no modelo Natureza Limpa. Para tanto, deve-se analisar dentre os aspectos gerais a Lei vigente que disciplina o assunto, posto que dentre os contratos administrativos haja a modalidade que melhor atende à natureza da prestação de serviço a ser contratada. É preciso, portanto, analisar toda a estruturação contratual, conduzindo-a a viabilidade de utilização como instrumento necessário à parceria a ser firmada. Nesta esteira de raciocínio, avalia-se a natureza sustentável do modelo de preservação proposto, bem como a compatibilidade com os contratos de Parcerias Público-Privadas.

Palavras-chave: lei 11.079/04; contrato administrativo; natureza limpa.

ABSTRACT

In the year of 2014, in Brazil, it was instituted with the advent of the Law 11.079/04 the Public-Private Partnership, with proposal to supply the deficiency and scarcity of the public resources in infrastructural sectors. However, amongst the requirements for this type of act of contract, one of them it is that the public service given by the private partner is in agreement with norms of ambient preservation. Thus, the objective of the present work is to verify the applicability of PPP' s as contractual instrument in the execution of the project of management of the treatment of solid residues, considered in the model Clean Nature. For in such a way, the effective Law must be analyzed amongst the general aspects that disciplines the subject, rank that, amongst administrative contracts has the modality that better it takes care of the nature of the rendering of services to be contracted. She is necessary, therefore, to analyze all the contractual structure, leading it to the use viability as instrument necessary to be firmed partnership. In this mat of reasoning, it is evaluated sustainable nature of the considered model of preservation, as well as the compatibility with contracts of Public-Private Partnerships.

Word-key: law 11.079/04; administrative contract; clean nature.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABRELPE	- Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais
CC	- Código Civil
CDR	- Combustível Derivado de Resíduos
CF	- Constituição Federal
CGP	- Comitê Gestor de Parceria Público-Privada
COPAM	- Conselho Estadual de Política Ambiental
ECO 92	- Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
ENGEMA	- Encontro Nacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente
EPA	- Environment Protection Agency
FGP	- Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
FOBI	- Formulário de Orientação Básica Integrado
PFI	- Private Finance Initiative
PLP	- Plano de Parceria Público-Privada
PNRS	- Política Nacional de Resíduos Sólidos
PNUD	- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPP	- Parceria Público-Privada
RSU	- Resíduos Sólidos Urbanos
SANTEC	- Centro de Gerenciamento de Resíduos
SISNAMA	- Sistema Nacional do Meio Ambiente
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
UNCHE	- United Nations Conference on the Human Environment

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Geração de RSU	50
Figura 02: Destinação Final dos RSUs Coletados (Brasil)	51

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
LISTA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS FACE À LEI 11.079/04	14
1.1 Uma nova concepção das relações jurídicas	14
1.2 Processo histórico	15
1.3 Conceito de Parcerias Público-Privadas.....	17
1.4 Fundamentos legais - Art. 175 da Constituição Federal; Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público Privadas no Brasil)	19
1.4.1 As Parcerias Público-Privadas no Brasil: Lei 11.079/2004.....	20
1.5 Modalidades de Concessão: Patrocinada e Administrativa	22
1.6 Restrições à Parceria Público-Privada	22
1.7 Diretrizes de funcionamento das PPP's no Brasil.....	23
1.8 Licitação.....	25
1.8.1 Licitação nas PPP's.....	26
1.8.2 Edital	28
1.8.3 Julgamento, adjudicação e homologação	29
CAPÍTULO 2 - ESTRUTURAÇÃO CONTRATUAL	30
2.1 A evolução do Direito dos Contratos	30
2.1.1 O Contrato Administrativo	31
2.2 Contraprestação da Administração Pública	34
2.3 A gestão de risco em uma PPP – Garantia de responsabilidade	35
2.3.1 Parceiro privado	36
2.3.2 Parceiro público.....	37
2.4 Comitê Gestor de Parceria Público-Privada	39
2.5 Fundo Garantidor	40
2.6 Extinção da Parceria Público Privada	42

2.7 Arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas	44
CAPÍTULO 3 - ESTUDO DE CASO: PROJETO NATUREZA LIMPA.....	48
3.1 Objeto	48
3.2 Processo de Produção.....	52
3.3 Tipologia de Resíduos Tratados (por origem)	53
3.4 Aspectos Ambientais e Climatológicos	53
3.5 Aspectos Legais do Projeto “Natureza Limpa” – Lei 12.305/2010	55
3.6 A Sustentabilidade no Modelo Natureza Limpa.....	58
3.7 Vantagens Comparativas.....	60
3.8 Viabilidade de utilização das PPP’s como instrumento de execução do projeto “Natureza Limpa”	62
3.8.1 – Fundamentos legais do Projeto.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
ANEXO	71

INTRODUÇÃO

O processo evolutivo mundial requer adequação a novos parâmetros de desenvolvimento e investimentos que buscam atender valores até pouco tempo desmerecidos pela sociedade.

O contexto atual visa não só a evolução industrial, a busca desenfreada por uma posição de destaque no mercado, mais também um ajustamento a conceitos relacionados ao crescimento econômico e infraestrutural.

Estamos diante de uma globalização de mercado não só no contexto econômico, cultural e político, mas em outros aspectos relevantes como a conscientização de que a responsabilidade de alguns afeta a todos, em uma abrangência até pouco desconhecida.

O conceito de novas modalidades de investimento, ou mesmo novos critérios de desenvolvimento, surge a partir de análises que comprovam a necessidade de um crescimento econômico, industrial e social responsável, adotando medidas voltadas à preservação ambiental.

Diante do cenário mundial, o Brasil tem adotado diretrizes quanto ao conceito de desenvolvimento sustentável. O modelo Natureza Limpa desenvolvido em uma usina modular em Unaí, consiste em um projeto de fonte energética retirada de resíduos sólidos, com sistema operacional eficiente a nível socioambiental.

Todavia o caminho a percorrer do início do processo de recolhimento do lixo até a execução do serviço proposto a nível de gestão pública, requer análise prévia da viabilidade do projeto segundo questões ecológicas, econômicas e legais.

Em virtude do mencionado acima, surgem as seguintes dúvidas a serem solucionadas no decorrer da pesquisa: a) o processo utilizado pelo modelo Natureza Limpa segue os critérios de sustentabilidade? b) é viável a aplicação do projeto nos municípios brasileiros? c) há interesse do poder público no modelo proposto, uma vez que já existem outras formas de tratamento do lixo? d) existe instrumento contratual que legitime a forma de concessão de serviço público proposto?

Utilizando o tipo dedutivo-bibliográfico de pesquisa com base em documentos nacionais e internacionais, com relevância os dados extraídos de pesquisas bibliográficas a respeito do assunto, bem como artigos científicos, notícias e compilações, tem-se por objetivo principal buscar a compatibilidade das Parcerias

Público-Privadas como instrumento contratual na execução de projeto de tratamento de resíduos sólidos denominado Natureza Limpa.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de primeiramente, abordar os aspectos gerais das Parcerias Público- Privadas destacando sua fundamentação legal bem como o processo que antecede à etapa contratual; posteriormente analisar a estruturação contratual avaliando a gestão de risco das garantias ofertadas bem como o uso da arbitragem na resolução de conflitos; para enfim, verificar a compatibilidade do instrumento contratual das PPP's com o modelo de gestão sustentável Natureza Limpa, visando garantir um meio ambiente equilibrado e sadio bem como contribuir com o desenvolvimento econômico do Brasil através do estudo do tema proposto.

CAPÍTULO 1

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS FACE À LEI 11.079/04

1.1 Uma nova concepção das relações jurídicas

A Parceria Público-Privada traz uma nova visão das relações jurídicas quanto à dicotomia tradicional do direito público e privado, oferecendo uma visão contemporânea dessas relações de forma interdisciplinar, promovendo uma evolução da cultura jurídica nos campos econômico–social e cultural.

A posição ocupada por este ramo das ciências jurídicas, evidencia a necessidade de unir em um mesmo contexto as funções do setor público e a contribuição dos agentes privados no panorama atual da globalização de mercado, reafirmando a capacidade do ordenamento jurídico de se inventar.

As PPP's surgem da necessidade de unir o setor público e a iniciativa privada, ação que viabiliza investimentos nos setores de infraestrutura e serviços públicos, motivando a participação do parceiro privado e valorizando os pontos positivos dos dois agentes. Essa união resulta em uma fórmula substancial de desenvolvimento, conforme afirma a autora Azevedo (2009, p.19) sobre o tema em análise:

As PPP's propõem-se combinar os pontos fortes dos setores público e privado, partilhando riscos em resposta às falhas de mercado, mas minimizando as falhas de Estado, assumindo-se como uma terceira via que pretende superar a dupla lógica de predomínio do mercado versus intervenção pública e de substituição pendular de umas imperfeições por outra.

Um dos grandes limitadores do desenvolvimento infraestrutural de um país são as condições de restrições orçamentárias que impedem o seu crescimento. É essa a essência das PPP's, unir forças dos dois setores possibilitando investimentos e ao mesmo tempo partilhando riscos.

Ao firmar as parcerias, a partir da sua constituição contratual ao setor privado, torna-se possível financiar, construir e explorar as tendências infraestruturais ou mesmo investir no serviço público. A contratação firmada entre os parceiros público e privado, baseia-se em técnicas concessionárias que possibilita ao ente privado uma parceria a longo prazo, contemplando um período suficiente para retorno do investimento realizado.

Um dos aspectos relevantes, dentre outros das PPP's, é a inovação quanto aos riscos de investimentos. Anterior a essa nova concepção de parceria, o investidor privado arcava com todo o ônus do investimento, premissa básica para a concessão de serviços no setor público. Diante dessa nova perspectiva, os riscos são partilhados entre os operadores públicos e privados, uma vez que há interesse mútuo, principalmente do setor público, que apresenta um declínio em decorrência de anos de subinvestimentos nas infraestruturas econômicas e sociais.

Um novo cenário visa acrescer a capacidade do setor público em termos de realização de projetos, possibilitando o crescimento estrutural do Estado além de gerar ganhos consideráveis a ambos.

1.2 Processo histórico

O instrumento de parceria firmada entre os entes públicos e privado surge a partir de um contexto atual buscando assegurar os partícipes do projeto diante de circunstâncias até então asseguradas somente pelo universo público.

Apesar da utilização das Parcerias Público-Privadas em uma nova demanda de investimentos, tendo como parceiros países em desenvolvimento, a associação existente entre a esfera pública e privada já era utilizada por países em todos os continentes, o que demonstra a capacidade das PPP's de adequação as realidades político-econômico, social e legal tão distintas.

Sobre o assunto em apreço, Azevedo (2009, p.135) leciona:

Em grau variado, mas de forma crescente e continuada, este esquema é utilizado independente do regime político e nível de desenvolvimento tendo contribuído significativamente para enriquecer o leque de modelos de concretização e as práticas desenvolvidas.

O Reino Unido é um exemplo da condição citada acima, pois foi um dos primeiros países a adotar essa experiência, seguido posteriormente pela França e pela Itália. A política das PFI/PPP's foi adotada no início dos anos noventa desenvolvendo projetos a partir de então, com base em capitais privados, mobilizando o financiamento dos projetos de investimentos e estratégia política dos governos.

Segundo Smith (*apud* AZEVEDO 2009, p. 222) cita em sua obra “Privatized Infrastructure – The Roll of Government”:

A PFI britânica, que não constitui um tipo de prática absolutamente original, visto ações de contornos semelhantes terem sido já ensaiadas, em particular, nos EUA, Austrália e Nova Zelândia, introduziu uma inovação a todos os títulos revolucionários quando, pela primeira vez na história moderna, o setor privado passou a contratar, gerir e financiar projetos-chave colocados no coração da filosofia política do investimento público e da estratégia política dos governos.

O então programa proposto pelo Governo aliou os universos público e privado com um triplo objetivo: aumentar a capacidade de financiamento do setor público através de pagamentos plurianuais, segundo vigência dos contratos. Ainda, melhorar a qualidade dos serviços públicos através de programas de qualidade de impostos ao ente privado e diminuir as despesas, utilizando a otimização do serviço privado, possibilitando economizar ao adquirir infraestrutura de suporte à prestação de serviço público contratado.

Após algumas experiências fracassadas e a adoção de estratégias sem resultados favoráveis, a PFI (Private Finance Initiative) prevalece como instrumento administrativo. Ela atua como uma forma de contratante público aliando fatores como: financiamento predominante do setor privado, maiores benefícios do dinheiro público e uma melhor gestão dos riscos associados¹.

Após sucessivas adequações governamentais, o poder público através das “joint-venture”, determinou o grau de responsabilidade entre os parceiros instituindo a regra de que as despesas de capital e exploração seriam recuperadas durante vigência do contrato com subsídios públicos e tarifas, criando também programas de divulgação, promoção e monitorização junto à Administração pública e o setor privado.

Em 2000, a “Public Private Partnership” foi oficialmente reconhecida como instrumento de criação de novas oportunidades pelo Reino Unido e posteriormente pela França.

¹ Tratou-se de um tipo de esquema que segundo A. Mody, A Infrastructure delivery: New Ideas, big gains, no panaceas, in: Infrastructure delivery, private initiative and public goods, The World Bank, Washington DC, 1996, visou a promoção de uma mudança substancial na forma de o setor público satisfazer as necessidades básicas mediante o recurso à parcerias contratuais com o setor privado em que ambas pretendiam maximizar as possibilidades de sucesso dos projectos “win-win”. (AZEVEDO, 2009.p.139-140).

No Brasil, as PPP's foram instituídas com o advento da Lei 11.079/04 a título nacional, com propostas de suprir a deficiência e escassez de recursos para investimentos em setores infraestruturais de maior carência, considerados entrave ao desenvolvimento do país (FORTINI, 2009, p.127-128).

Na verdade, anterior às PPP's, o país já havia iniciado um processo em 1980 estendendo-se até a década de 1990 com a criação do Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/90). Algumas privatizações tiveram início sob a alegação de que o Estado deveria se concentrar em atividades típicas ao processo de gestor público, delegando ao particular parte desta atuação².

Negócios entre o Poder Público e a iniciativa privada já eram autorizados pela legislação brasileira, considerando os contratos de concessão de serviço público da Lei 8.987/95, os contratos de gestão de organizações sociais (Lei 9.637/98), os de concessão de uso de bem público, prestações de serviço e fornecimento de produtos e construção de infra-estrutura por particulares (Lei 8.666/93).

Todavia, o diferencial baseia-se na terminologia PPP's, definindo lei específica, modelos de concessão de serviços no Brasil além da concessão já existente. (MONTEIRO *apud* SOUZA, 2008, p.226-227).

Muitos países adotaram parcerias com entes privados vivenciando bons resultados. No entanto, as observações pertinentes a esta dissertação estarão circunscritas na Lei Federal brasileira n. 11.079/04, podendo em um ou outro caso fazer menção às leis estaduais quando necessárias.³

1.3 Conceito de Parcerias Público-Privadas

Sob a ótica do ordenamento jurídico, podemos conceituar as PPP's como “um contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por

² Art. 173 Constituição Federal:§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

³ Algumas leis estaduais foram mencionadas no livro Direito Administrativo, Diógenes Gasparini (São Paulo:Saraiva. 2006: pág. 406).

parceiros privados, se obrigam de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado” (Art. 2º C.F.)⁴.

A denominação atribuída às Parcerias Público-Privadas surge a partir das limitações da atividade do poder público que resultou em uma crise estatal, diante de um contexto onde o parceiro privado se configura um grande colaborador aos interesses do Estado.

No mesmo sentido, Justen Filho (*apud* BLANCHET, 2005, p.21) afirma:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

Os contratos firmados via parceria público-privada, independente de quem o conceitue, baseia-se na tríade de sua concepção: longo prazo de duração, participação do ente privado e amortização do investimento realizado.

Em uma análise sobre o tema feita por Costa e Silva (*apud* SOUZA, 2008, p.182) ele afirma que:

A PPP é uma forma de delegação de uma entidade pública a uma entidade privada, em que esta se responsabilizará pelo financiamento, execução e manutenção de uma obra pública ou serviço público por um período suficientemente longo para amortizar os investimentos.

Segundo conceitua a própria Lei das PPP's em seu artigo 2º, *parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Em razão do longo período de vigência, no mínimo cinco anos e no máximo 30 anos, os contratos celebrados entre os parceiros merecem um acompanhamento, se possível de controle externo, devido ao prazo de duração do mesmo.*

⁴ Cf., Artigo 2º, n.º1 do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril *apud* AZEVEDO, Maria Eduarda. As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma nova governança pública. Ed. Almedina; 2009 p.302.

1.4 Fundamentos legais - Art. 175 da Constituição Federal; Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público Privadas no Brasil).

À Carta Magna de 1988, compete legislar sobre normas gerais de contratação e licitação segundo o disposto no inciso XXVII do art. 22 da referida lei, sob as modalidades para a administração pública direta, autarquias, segundo o disposto no art. 37, XXI da C.F.⁵.

Dessa forma, cabe às leis nº 8.987/95 e 11.079/04 editar normas gerais com vistas a cumprir o art. 22 inciso XXVII da Constituição Federal. No entanto, é fundamental no presente estudo a interpretação do art. 175 da C.F. face à contratação de Parcerias Público-Privadas.

Segundo Justen Filho (2008, p. 14-15) “seria necessária a edição de leis por cada ente federado autorizando hipóteses concretas de concessão e/ou permissão de serviços públicos”.

Ao defender esta posição, o autor alega a dificuldade de se padronizar pontos que devem ser tratados de forma distinta pelo art. 175 da C.F., uma vez que o país é composto por uma vasta gama de entes federados considerando os Estados, Municípios e Distrito Federal, cada qual com realidades específicas, tal como a política tarifária, exigindo um tratamento diferenciado para cada um.

Outro questionamento pertinente à aplicação do art. 175 C.F. ao instituto das PPP's, é o fato deste dispositivo constitucional referir-se em seu texto aos termos “permissão” e “concessão”, considerando a hipótese de não aplicação às Parcerias Público-Privadas (JUSTEN FILHO *apud* SOUZA, 2008, p. 160).

Nota-se que o art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/95, conceitua concessão de serviço público como a “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresa que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

⁵ Segundo o referido inciso: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Ocorre que a definição apresentada pelo art. 175 da Carta Magna atribui um conceito genérico ao termo “concessão”, podendo ser este um instrumento de delegação dos serviços públicos pelo ente federado ao ente privado.

Partindo desse conceito genérico, não se pode afirmar que o conceito de concessão disposto no art. 175 C.F. não se enquadra no entendimento acerca das Parcerias público-privadas, pois esta envolve apoio financeiro por parte do Estado na contratação das parcerias.

Neste sentido, Aragão (*apud* SOUZA, 2008, p.16) elucida que:

Não há um conceito universal de concessão de serviço público pelo qual o Constituinte teria vinculado o Legislador, razão pela qual afigura-se plenamente constitucional, face ao art. 175 da C.F./88, a previsão legal de concessões financeiramente apoiadas pelo Estado, seja pelo pagamento direto de uma quantia a ser determinada, seja pela garantia de receita mínima ou de uma dada quantidade de usuários.

Tal como mencionado acima, admite-se o entendimento de que parcerias público-privadas na modalidade de concessão patrocinada abrange o requisito da “concessão” como instrumento de delegação de serviços públicos como mencionado no art. 175 C.F.. O mesmo não se pode afirmar quanto à concessão administrativa, pois não tem o mesmo objeto da concessão patrocinada. Destarte, estando esta modalidade sujeita às prestações de serviço público, com sua delegação à iniciativa privada, sujeitando-se ao art. 175 C.F. (SOUZA, 2008, p.163).

Uma vez analisada a interpretação do artigo acima mencionado, pode-se entender que em caso de concessão patrocinada, é imprescindível a adoção de lei específica para PPP's em cada ente federativo, devendo tal lei conter os elementos do § único do art. 175 da C.F. (SOUZA, 2008, p.163-164).

Em caso de inexistência de lei específica ao ente federativo, a celebração não é proibida, adotando neste caso a Lei Federal das PPP's como acontece com a licitação. (GASPARINI, 2006, p.407-408).

1.4.1 As Parcerias Público-Privadas no Brasil: Lei 11.079/2004

O instituto das PPP's no Brasil regulado pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios.” (art. 1º).⁶ Este instituto, criou uma nova forma de contratação pública interessante aos olhos tanto da Administração pública quanto da iniciativa privada, pois veio como um instrumento para harmonizar os interesses de ambos os lados suprindo lacunas existentes quanto aos dois parceiros, principalmente em setores como saúde, segurança pública, transporte, educação, saneamento básico, dentre outros.

Por parte da administração pública, existe o papel do gestor e administrador que embora exista a necessidade de desenvolver projetos estruturais, há a falta de recursos financeiros para tal. Já a iniciativa privada busca a lucratividade, mas analisa as possibilidades, riscos e garantias de retorno quanto aos investimentos, tendo então na Parceria Público-Privada uma forma de se garantir contra a inadimplência do parceiro público, prevendo a criação do “[...] Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP. Tal Fundo terá por finalidade prestar garantia de pagamento de prestações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta lei.” (art. 16 da Lei 11.079/ 2004).

A Lei em questão é um instrumento que possibilita o convívio entre os interesses público e privado, viabilizando e aprimorando a qualidade da prestação de serviço público em parceria com a legislação já existente: Lei 8.666/93 (Lei das Licitações e Contratos administrativos) e a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviço Público).

Sob a luz da nova lei das PPP’, os contratos de concessão celebrados entre os parceiros públicos e privados são precedidos de um processo licitatório segundo disposição legal anteriormente mencionada, tendo a concorrência como modalidade de licitação adotada, permitindo em casos de especificidade do serviço prestado a dispensa do processo licitatório. O capítulo V da lei federal 11.079/2004 destina-se a estabelecer regras sobre o processo licitatório que deve preceder qualquer contratação de parceria público-privada⁷.

⁶ Publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004.

⁷ Lei federal n.11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm com. Acesso em 18 ago.2011.

1.5 Modalidades de Concessão: Patrocinada e Administrativa

O instrumento de parceria em análise viabiliza duas modalidades de concessão pública, a patrocinada e a administrativa, estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º, artigo 2º da referida lei das PPP's, conceituando-as⁸:

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

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

De acordo com a legislação brasileira acerca das modalidades de concessão, a Patrocinada não é uma inovação do processo, pois já existia na Lei de Concessões e Permissões de serviço público, com um diferencial quanto à cobrança de tarifas dos usuários dos serviços, garantindo uma contraprestação por parte do parceiro público a título de incentivo ao parceiro privado por investimentos não muito atraentes.

A modalidade de concessão Administrativa engloba os contratos de prestação de serviço, tendo como ofertante o parceiro privado e como consumidor deste serviço a Administração pública, seja de forma direta ou indireta. Não há novidades nesta modalidade de concessão segundo as PPP's.

O art. 2º da Lei 8.987/95 afirma sobre a impossibilidade de um modelo de concessão já existente ser incorporado a um novo instrumento de parceria, como se novidade fosse.

Segundo a referida lei, não há um usuário particular direto do serviço público, pois quem fará uso, será a própria administração.

1.6 Restrições à Parceria Público-Privada

Segundo a Lei 11.079/04, existem algumas hipóteses que restringe a celebração de contratos de Parceria Público-Privadas, vedações estas dispostas no art. 2º, § 4º, da referida lei, definindo de forma específica as condições para aplicação da mesma:

⁸ Publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004 *apud* FRANÇA, 2008. P.328-329.

a) o valor do contrato deve, obrigatoriamente, ser superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

b) o prazo de vigência dos contratos não poderá ser inferior a 5 (cinco) anos (inciso II), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, conforme prescreve o art. 5º, inc. I;

c) há vedação para contratos cujo objeto da negociação seja apenas o de fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A lei ressalta as distinções existentes entre as concessões instituídas e introduzidas por esta lei diante das formas de contratação já existentes através da Lei de licitação (Lei 8.666/93), quanto ao fornecimento de mão-de-obra, instalação de equipamentos ou execução de obra pública, observando que as concessões patrocinadas regem-se pela referida lei e subsidiariamente pela Lei 8.987/95 e que esta norteia os princípios das concessões comuns em conjunto com as leis correlatas.

Como afirma Justen Filho (2010, p.788), “essas regras destinam-se a impedir a banalização das PPP’s ou a utilização do regime jurídico para contratos destinados a submeterem-se à Lei n. 8.666/93.”

Não obstante, Sundfeld (*apud* FORTINI, 2009, p.125) elucida quanto à questão do prazo de duração dos contratos que “trata-se de um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura.”

E ainda, “como a remuneração será paga pelas obras ou fornecimentos, a exigência de que estes durem ao menos cinco anos, dá à administração esse prazo mínimo para a amortização dos investimentos” (SUNFELD *apud* FORTINI, 2009, p.125).

1.7 Diretrizes de funcionamento das PPP’s no Brasil

Num sentido amplo, a Lei Federal das PPP’s traça diretrizes de funcionamento visando as preocupações e interesses nacionais conforme prescreve no art. 4º da referida Lei:

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

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Apesar do *caput* do artigo acima indicá-lo como única diretriz, não podemos desconsiderar a abrangência de alguns princípios normativos quando se trata de contratos de Parcerias Público-Privada e tão só de atos administrativos, que visam a eficiência, transparência e respeito a interesses e direitos.

Dentre os princípios citados acima, podemos destacar o Princípio da Legalidade que abrange não só as atividades da Administração Pública, mas também sobre as demais ações do Estado.

Segundo Gasparini (2006, p.7), este princípio “significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”.

Ainda o mesmo autor, sobre o Princípio da Impessoalidade afirma que: “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administradores, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza”. (GASPARINI, 2006, p.9). A diretriz acima se refere ao princípio Constitucional da igualdade ou isonomia.

Gasparini (2006) procura reforçar a importância dos princípios citados como atributo às diretrizes das PPP's, dentre eles o da moralidade, que veda à Administração Pública comportamentos contrários aos princípios da lealdade e boa-fé e com um aspecto particular, o da probidade administrativa sob pena de suspensão dos direitos políticos.

Não obstante, um dos princípios base dos Atos administrativos é o da publicidade, que torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos (GASPARINI, 2006, p.11). A transparência dos atos da Administração Pública é o principal objetivo, embora fiquem resguardados os atos relacionados a certas investigações, devendo ser mantidos em sigilo em caso de questões de segurança nacional.

O princípio acima mencionado tem sua aplicabilidade quando o processo licitatório, de acordo com o art. 10º, inciso VI da Lei 11.079, submete à consulta pública a minuta do edital e do contrato, através do qual serão informadas as razões para contratação, objeto, prazos e o valor estimado, conforme assevera Fortini (2009, p.157).

1.8 Licitação

O art. 37, XXI da Constituição Federal determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação (ressalvadas as exceções previstas em lei) como trata Justen Filho (2010, p.425), exigência também mencionada no art. 175 da Constituição Federal quanto às outorgas de concessões e permissões.

Conceitua-se licitação, segundo assevera o mesmo autor, como sendo:

Um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2010, p.427)

Mello (2010, p. 528) afirma ser:

Um certame que entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

O processo licitatório que antecede a celebração de contratos públicos, ao contrário dos privados amparados pelo princípio da autonomia da vontade, utiliza um procedimento rigoroso e até mesmo competitivo que antecede a fase contratual, onde seleciona-se de forma satisfatória a proposta mais vantajosa segundo os critérios adotados pela administração.

As regras básicas quanto à licitação encontram-se disciplinadas pela Lei 8.666/93 bem como às Leis 8.987/95 que regulamenta as licitações para concessões e permissões de serviço público e a Lei 11.079 que dita diretrizes às Parcerias Público-Privadas que se configura como objeto de estudo.

1.8.1 Licitação nas PPP's

A modalidade licitatória quanto à Lei das Parcerias Público-Privadas, seguiu determinação do art. 10 da referida Lei, mantendo-se a mesma modalidade da Lei das Concessões Comuns – Lei 8.666/93 e 8.987/95 segundo determinação da Constituição Federal:

Art. 2º, inciso II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

A exigência do uso da modalidade concorrência pauta-se no Princípio da Publicidade e da ampla participação, pois garante que as propostas sejam variadas, aumentando as chances para o Estado quanto à elegibilidade da oferta mais vantajosa.

Para tanto, é necessário que na fase inicial da concorrência, chamada habilitação, os interessados inscrevam-se comprovando atender aos requisitos mínimos exigidos no edital para que possam se qualificar.

Segundo determinação expressa do art. 10 da Lei federal das PPP's, nenhuma outra modalidade de licitação poderá ser adotada para a escolha do parceiro particular, que não a Concorrência.

Ainda nos termos deste dispositivo, é necessária a autorização da autoridade competente, de forma fundamentada que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesas; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do at. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei complementar nº101/2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

Ressaltamos a relevância da fase interna das PPP's, uma vez que ela identifica a espécie do contrato a ser celebrado entre os parceiros.

Assim, a fase do edital e do contrato submetidos à consulta pública, vem reforçar o princípio da publicidade, pois permite a todos os interessados conhecer a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato (de acordo com os limites já expostos de 5 a 35 anos) e seu valor estimado (FORTINI, 2009, p.144).

Fortini (2009, p.149) ainda reforça a aplicação dos princípios da transparência e da participação popular ao afirmar que:

Haverá, ainda, a possibilidade de recebimento de sugestões, com relação a esse mesmo contrato, possibilitando maior e mais efetivo controle por parte do cidadão, que poderá impugná-lo, seja por meio de sugestões, seja por outros instrumentos jurídicos, como ação popular, caso haja vislumbrada a possibilidade de ato ilegal e lesivo ao patrimônio público ou a outros bens tutelados pela Lei nº 4.717/65.

Quanto ao valor estimado, faz-se uma análise prévia anterior ao processo licitatório quanto ao impacto orçamentário-financeiro dos contratos das PPP's. O estudo cria mecanismos de controle de gastos de acordo com diretrizes da responsabilidade fiscal segundo o art. 4º, inciso IV, que se preocupa com o não comprometimento das metas fiscais estabelecidas pelas diretrizes orçamentárias.

No que concerne ao procedimento licitatório, o mesmo seguirá o rito segundo a legislação sobre licitações e contratos administrativos de acordo com disposição do art. 12 da Lei Federal das PPP's, incisos I, II, III e IV a seguir:

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

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

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se: a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Vale ressaltar que em matéria de licitação, a referida Lei pode ser um avanço ao interesse público, uma vez que trata em seu inciso IV da possibilidade de sanear falhas, corrigir informações na fase do edital, é que dentro das formalidades exigidas, segundo Fortini (2009, p.148) possibilita “positivar o princípio do formalismo temperado ou do informalismo, antes reverenciado na Lei nº 9.784/99” (art. 2º, § único, incisos VII e IX).

1.8.2 Edital

A Lei federal das PPP's em seus artigos 11, 12 e 13, regula as normas do edital de concorrência, reiterando as mesmas normas aplicadas segundo a Lei 8.666/93, nos artigos 18,19 e 21 prevendo: I- a exigência de garantia da proposta do licitante limitada a 1% do valor do contrato; II- o emprego de mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem, decorrentes ou relacionadas com o contrato de parceria público-privada, acerca dos ditames que disciplinarão as licitações. (BLANCHET, 2010, p.75)

Segundo Gasparini (2006, p.419), importa avaliar sobre a necessidade de “especificar as garantias da contraprestação do parceiro público que deverão ser concedidas ao parceiro privado, além de outras prescrições particulares a cada parceria desejada pela Administração Pública.”

Cabe a este instrumento convocatório, regular e avaliar de forma precisa as propostas apresentadas, julgando-as segundo critérios que indiquem um resultado para o objeto proposto, qualificando-as ou não.

Haverá ainda no edital, uma determinação quanto à forma de apresentação das propostas, admitindo-se segundo o art. 15 inciso III (Lei das PPP's), propostas escritas em envelopes lacrados ou seguidas de lances em viva voz. Nesse caso, conforme assevera Gasparini (2006), “há de se adotar o seguinte procedimento, conforme determinado pelo § 1º do art. 12 da Lei federal das PPP's, ou seja, os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas”. Sendo assim, não há limite para a quantidade de lances levando-se em consideração o interesse dos participantes para dar continuidade às propostas.

Por fim, no mesmo instrumento, haverá uma previsão de mecanismo de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem, em caso de conflitos quanto às questões contratuais (art. 11, inciso III – Lei 8.987/95).

1.8.3 Julgamento, adjudicação e homologação

O objetivo da fase do julgamento, imprescindível ao processo licitatório, é avaliar a melhor proposta técnica que de acordo com o art. 15, incisos I e V da Lei federal das Concessões e Permissões, considera o menor valor da contraprestação a ser pago pela Administração Pública e o menor preço combinado com a melhor técnica. Havendo avaliação técnica, adotam-se os critérios estabelecidos no edital acerca dos indicadores de resultado quanto ao objeto da concessão, definidos previamente de forma clara e objetiva.

A despeito da fase licitatória em questão, vale ressaltar o entendimento de Fortini (2010) acerca da Lei das PPP's como elogiável, uma vez que possibilita a inversão das fases da habilitação e julgamento, proporcionando melhor dinamização ao processo licitatório (art. 13), reforçando o princípio da eficiência.

Defende ainda, ser “esse derradeiro sistema claramente mais adequado aos mais eficientes modelos de gestão e ao interesse público, naturalmente restará como única opção.”

Embora Carvalho Filho (*apud* FORTINI, 2010, p.147) critique a lei ao dizer que “a lei não deveria ter previsto a faculdade, mas sim a obrigatoriedade da inversão”, a autora da citação em questão visa demonstrar eloquência quanto ao princípio da razoabilidade, uma vez que faculta a opção da inversão e não a sua obrigatoriedade.

É mister saber que não restam dúvidas quanto ao ganho de tempo e de trabalho uma vez que selecionado o candidato melhor classificado e estando ele tecnicamente regular, dispensa-se a análise técnica dos demais concorrentes.

Logo, se verificadas as condições exigidas para a habilitação, ao vencedor da concorrência será adjudicado o objeto da licitação depois de homologado por parte da autoridade superior competente, de acordo com as condições ofertadas e que devem ser mantidas até fim do contrato.

CAPÍTULO 2

ESTRUTURAÇÃO CONTRATUAL

2.1 A evolução do Direito dos Contratos

O significado da palavra contrato tem sua origem no Direito Romano, na altura em que eram utilizadas palavras sinônimas como convenção e pacto. No entanto, para que este instrumento possuísse tutela jurídica foi necessária a adoção de certas formalidades para constituí-lo como contrato e não como uma simples convenção ou um pacto.

Os contratos, bem como os atos jurídicos, já possuíam, desde a época Romana, um caráter de obrigatoriedade, uma vez que materializava-se através dele, a vontade das partes acerca de um objeto determinado.

Ressalta-se como um dos princípios fundamentais já adotados naquela época, o da autonomia da vontade, onde as partes discutem em igualdade de condições, tendo como base os conceitos traçados nos Códigos francês e alemão.

Entretanto, os instrumentos atuais não coadunam com essa espécie de contrato personalíssimo que consiste em uma parcela mínima dos negócios. Já os impessoais, chamados vulgarmente por contratos de massa, atendem o princípio da supremacia da ordem pública e segundo Gonçalves (2011, p. 23-24) “relegando o individualismo a um plano secundário”.

Embora utilizado no âmbito civil, no direito das obrigações, não se atém somente a ele mas também ao direito de empresa, ao direito das coisas (transcrição, servidão, hipoteca, etc.), ao direito de família (casamento) e ao direito das sucessões (partilha em vida). (GONÇALVES, 2011, p. 23-24)

É possível afirmar que apesar de estar embasado em princípios como os citados acima ou mesmo fundamentados na força obrigatória que impõe o cumprimento da palavra empenhada ou da realização do bem comum, estão em consonância com o art. 421 do Código Civil, sendo na atualidade, um dos pilares da tutela contratual compatível com a socialização do direito contemporâneo.

Dispõe com efeito o art. 421 do C.C.: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Segundo Beviláqua (*apud* GONÇALVES, 2011, p.24), a função social dos contratos é de extrema relevância uma vez que contradiz princípios base do ordenamento jurídico, subordinando a liberdade contratual.

Nessa consonância, dispõe o art. 5º inciso XXIII da Constituição Federal, que o princípio da “função social da propriedade visa promover a justiça aplainando as desigualdades entre os contratantes promovendo o equilíbrio contratual.”

Para isso foram editadas leis especiais com vistas a garantir a supremacia da ordem pública, da moral e bons costumes. A Lei do Inquilinato, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras, são exemplos, pois intensificam a participação do Estado promovendo um verdadeiro dirigismo contratual.

Destarte, salienta Assis (*apud* GONÇALVES, 2007, p.29) que “toda vez que o contrato inibe o movimento natural do comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra sua função social”.

Em razão dessa evolução dos dogmas contratuais, podemos dizer que “o contrato torna-se hoje, portanto, um mecanismo funcional e instrumental da sociedade em geral e da empresa” (VENOSA, 2011, p.378).

Ainda o mesmo autor, “ao contrário do que inicialmente possa parecer, o contrato, e não mais a propriedade, passa a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia”.

2.1.1 O Contrato Administrativo

As relações jurídicas oriundas da Administração pública são disciplinadas pelo Direito Administrativo, pela lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Este tipo de ajuste contratual respeita algumas exigências segundo lei específica, que o legitimam e o legalizam, como a análise da licitação, dos registros internos e da publicação, segundo art. 17, I da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Atribui-se a este tipo de contrato um caráter distintivo dos privados, uma vez que em decorrência de cláusula exorbitante presente no contrato Administrativo, é possível modificar o ajuste celebrado. As alterações correspondem à execução do

contratado, rescisão de ajuste antes do prazo fixado, aplicação das sanções e intervenção na forma provisória da execução do ajuste, cujo objeto é a prestação de serviços essenciais (art. 58 da Lei 8.666/93).

Apesar do poder de instabilizar, direito garantido à Administração Pública, não pode esta alterar propostas essenciais quanto ao objeto do contrato. Caso isso ocorra, a penalidade consiste na rescisão do mesmo por parte do contratado declarado pelo poder judiciário. No entanto, como o Estatuto Federal Licitatório indica este privilégio em seus incisos I e II do art. 58, deve este ser privilegiado em detrimento do contratante particular.

No que concerne aos direitos patrimoniais do contratado, observa-se a equivalência de valores quanto ao que foi investido e a receita obtida, denominada equação econômica- financeira. Este ajuste é feito no aceite da proposta por parte da Administração Pública com o seu parceiro, devendo permanecer até vigência do contrato, segundo obriga o art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, assegurando um direito do contratado.

Ademais, Gasparini (2006, p. 637) conceitua contrato administrativo como:

O ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução à cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular.

Podemos citar como exemplo dessas relações contratuais, a concessão de serviço público, a concessão de uso de bem público e de fornecimento de bens tendo como partícipes a Administração Pública e o particular (pessoa física ou jurídica), segundo estabelecido na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Quanto aos instrumentos celebrados nas parcerias público-privadas, é mister anexá-lo ao instrumento convocatório em conjunto com o edital. Apesar da eficácia deste instrumento durante a vigência da execução do contrato e de não estar previsto como requisito essencial no art. 11 da Lei das PPP's, a Lei geral das licitações já se faz presente neste sentido estabelecendo tal exigência (Art. 11, Lei 8.666/93).

Neste contexto, devemos analisar o instituto contratual utilizado pelas Parcerias anteriormente mencionadas, que mais se ajuste juridicamente às características desse novo processo de investimento.

Primeiramente, se faz necessário entender que alguns fatores contribuíram para o não surgimento de um ordenamento novo e específico voltado às PPP's. Percebe-se o não interesse por criar uma nova figura do direito dos contratos motivado por aspectos como a redução de custos e de tempo ao utilizar um modelo contratual já consolidado, oferecendo a PPP um programa de modernização estrutural como única novidade.

Assim, o entendimento adotado por Azevedo é que

Os Executivos, movidos pela vontade de realizarem projetos de investimentos infraestruturais aproveitando as vantagens proporcionadas pelo envolvimento do sector privado e, ao mesmo tempo, animados por um idêntico sentido pragmático, não se ativeram à criação de um esquema contratual específico para acolher os projetos PPP.

Todavia, embora tenha sido dada a opção pela escolha de forma independente do tipo contratual mais apropriado em função do objeto de cada projeto, nenhum tipo novo de contrato foi criado pelos países. Sendo assim, os Governos buscaram dentre o ordenamento jurídico já existente, o modelo que mais se ajustava às características do seu projeto de investimento.

Outro aspecto relevante é o de que um tipo específico de contrato e com abrangência global implicava sempre uma ação de harmonização legislativa. Isso significava morosidade no processo, além de resultados imprevisíveis que segundo Azevedo era suscetível de reduzir o entusiasmo e suscitar até alguma retração sobre a abordagem PPP, podendo inclusive vir a construir um argumento de restrição e até mesmo a falta de interesse de parcerias entre o universo público e o privado.

Neste contexto, as parcerias contratuais firmadas a partir da abordagem PPP's, constituem-se através da concessão patrocinada ou administrativa, já citada no capítulo anterior, devido à ausência de um instituto jurídico específico e também, por ser a mais adequada à execução de tarefas públicas na vertente de obras ou de serviços.

No novo cenário, o setor privado passou a realizar os seus investimentos por conta e risco próprios sem qualquer contribuição do ente público. Aquele deveria se

responsabilizar único e exclusivamente pela exploração do serviço ou obra concedida, recebendo dos usuários as taxas e tarifas como remuneração como parte da receita da exploração.

Como concorda Azevedo (2009, p.449):

Conceder obras e serviços públicos correspondem o meio do sector público promover a respectiva provisão sem custos para o erário público e assegurar o controle sobre certas atividades econômicas, não incorrendo em quaisquer responsabilidades quer de gestão, quer de exercício.

Assinala ainda Blondeau (*apud* AZEVEDO, 2009, p.449), “foi graças ao instituto da concessão que se realizavam as obras públicas mais importantes do século XIX e organizaram certos serviços econômicos fundamentais”.

2.2 Contraprestação da Administração Pública

O art. 6º da Lei federal das PPP's revela traço essencial da relação entre os parceiros público e privado no que concerne ao cumprimento das obrigações por parte da Administração Pública, denominada contraprestação:

I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

Para tanto, se faz necessário mencionar no edital quais as possíveis formas serão utilizadas como meio de pagamento, ou mesmo estabelecer que seja efetuado, segundo o artigo acima citado.

Por isso, Gasparini entende que para que a contraprestação seja legítima, deve anteceder à disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, diz o art. 7º da Lei federal das PPP's.

Para Carvalho Filho (*apud* FORTINI, 2009, p.139), “a forma normal de contraprestação pecuniária a ser efetuada pelo parceiro público é a ordem bancária”. O valor devido ao concessionário estará disponível no estabelecimento bancário.

No entanto, as demais modalidades de contraprestação mencionadas no art. 6º são aplicadas conforme uma sistemática proporcional ao desempenho do serviço prestado.

A despeito da contraprestação do parceiro público, vale destacar as questões fiscais, por haver através deste tipo de contratação um comprometimento por longo período de tempo da receita orçamentária do Estado.

Por isso, Monteiro (*apud* FORTINI, 2009, p.137) ressalta a importância da Lei mineira ao impor a apresentação de estudo de impacto financeiro. Leva-se em conta a execução integral do contrato e a contemplação deste na Lei do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado ou do Plano Plurianual de Ação Governamental (art. 12, IV e § 1º - Lei de Responsabilidade Fiscal), que muito contribuiu com a lei federal.

Outro aspecto é a questão fiscal, que por determinação da Lei federal deve-se elaborar estimativa de impacto orçamentário- financeiro, declarando despesas e adequação de gastos conforme Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária.

Neste sentido, Motta (*apud* FORTINI, 2009, p.140) leciona:

Sobre o parágrafo único do art. 6º, há que comentar o seguinte: o conceito de remuneração variável do parceiro privado, vinculada a desempenho, obriga a cautelas otimizadas previamente estabelecidas na fase interna. As tais “metas e padrões de qualidade e disponibilidade” devem obedecer realmente a estudos e projeções fidedignas, dada a longa duração do contrato.

É mister alertar que caso haja necessidade de alterar o meio de contraprestação previsto no edital, mesmo em fase de execução do contrato, que esta se faça de forma fundamentada a legitimar tal mutação.

2.3 A gestão de risco em uma PPP – Garantia de responsabilidade

Um dos aspectos mais relevantes quanto à Lei das parcerias público-privadas, é a forma como a gestão de risco foi atribuída aos parceiros contratantes. Considera-se um diferencial em comparação com a gestão dos demais contratos de concessão, onde o concessionário assume por conta própria os riscos e perigos sem repartição de riscos (álea ordinária).

A Lei 11.079/04 em seu artigo 5º inciso III determina “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

No que concerne a essa forma de repartição, a lei não é clara quanto à acepção exata do termo repartição, se a divisão seria ao meio entre os dois parceiros ou “proporcional à previsibilidade do fator que represente o risco ou a evitabilidade do próprio fator ou de seus efeitos” (BLANCHET, 2010, p.32).

Ainda, quanto à repartição dos riscos, considera-se como juridicamente cabível, a divisão de forma igualitária entre ambos os parceiros, se o prejuízo obtido originou-se de caso fortuito ou força maior. Aplica-se também a possibilidade de fatores imprevisíveis que oneraram o custo do contrato, de forma inevitável, ainda que não estivesse expresso neste.

Em relação aos encargos onerados ao parceiro privado, oriundas do fato do príncipe, segue a previsão legal segundo princípio constitucional da responsabilidade do Estado, conforme comento da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Sobre o assunto em questão, Mello (2010, p.790) defende que não se permite tal atribuição de responsabilidade, especialmente se o parceiro privado atuou em conformidade com informações técnicas oferecidas e afiançadas pelo Poder público. Tal responsabilidade deve ser atribuída a quem as ofereceu.

Para Freitas (*apud* FORTINI, 2009, p.140) tais garantias denomina-se “blindagem”, uma vez que:

As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de PPP, consoante dispõe o art. 8º, poderão ser asseguradas mediante vinculação de receitas (exceto se tratar de impostos e nas demais hipóteses previstas no art. 167, IV da C.F. com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003) [...].

No que tange às garantias ofertadas entre os parceiros, se faz necessário analisá-las no item a seguir.

2.3.1 Parceiro privado

As garantias exigidas do parceiro privado são compatíveis ao ônus e riscos envolvidos conforme disposição legal (Art. 5º, inciso VIII da Lei das PPP's).

Segundo afirma Mello (2010, p.790)

No caso de parcerias administrativas, não ultrapassarão o limite de 10% do valor do contrato, acrescido quando for o caso, do valor dos bens a que a

Administração lhe haja entregado e dos quais será depositada §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/93).

Quanto à modalidade de parceria patrocinada, o valor de garantia fica vinculado ao custo da obra não ultrapassando o valor desta. (Art. 18, inciso XV da Lei 8.987/95).

Vale ainda ressaltar, uma peculiaridade das PPP's, no que concerne à gestão de risco de qualidade, esta distinta do risco de utilização que foi tratado anteriormente neste capítulo.

De acordo com doutrina estrangeira, é mister ressaltar a diferença entre risco de utilização e risco de qualidade. Conforme ensina Cossalter (*apud* JUSTEN FILHO, 2010, p.789) nos contratos com risco de qualidade.

Os resultados de exploração não são ligados à utilização da infraestrutura ou à percepção do serviço... os pagamentos não serão à utilização real do serviço, mas à sua utilização potencial. Mas, em um plano puramente contábil, o resultado do explorador é subordinado a variações que dependem diretamente da qualidade do serviço prestador.

A despeito do assunto acima, onde se observa a incidência em contratos de concessão administrativa, o fato de atribuir ao particular o risco de qualidade e a elevação da mesma, assegura ao concessionário administrativo resultados econômicos mais favoráveis. Considera-se a responsabilidade do particular pelos riscos futuros, minimizando possíveis custos de manutenção, acarretando ao fim do contrato uma lucratividade mais elevada.

2.3.2 Parceiro público

O art. 8º da Lei 11.079/04 dispõe sobre as garantias ofertadas pelo parceiro público:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Primeiramente, observa-se o caráter facultativo atribuído ao texto acima, vinculando a obrigatoriedade da prestação de garantia por parte do parceiro público somente em casos expressos em contrato, que atribuam um caráter de obrigação pecuniária. Em caso de inadimplemento por parte do Poder Público, poderia o instrumento contratual ser executado, evitando inclusão de sobrepreço por parte do parceiro privado e mesmo prováveis perdas futuras.

As garantias ofertadas por parte do parceiro público ao parceiro privado são essenciais para que este tenha interesse em celebrar os contratos de concessão. Portanto, se fez necessário estabelecer as obrigações pecuniárias, contratualmente.

Discute-se quanto à aplicabilidade e constitucionalidade do art. 8º, incisos I e II da referida Lei, no que concerne à vinculação de receitas decorrentes de impostos, a título de garantia contratual. Neste sentido, afirma Gasparini (2010, p. 423) que “a favor do parceiro privado não pode ser vinculada qualquer receita decorrente de impostos e, se eventualmente isso for permitido por lei, esta indubitavelmente, será inconstitucional”.

Ainda sobre o assunto acima, assevera Mello, que “receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade”.

O art. 167, IV da Constituição Federal, proíbe a vinculação de receitas públicas de forma a garantir o parceiro privado, com exceção dos casos em que as garantias estivessem relacionadas às operações de crédito por antecipação de receita ou pagamentos de crédito da União (§ 4º do art. 167). Em um sentido distinto do proposto anteriormente, este dispositivo legal visa “preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada “no intuito de prevenir o desequilíbrio orçamentário”. (MELLO, 2010, p.793).

Trata-se então, de forma incontestável o caráter inconstitucional do referido inciso I, art. 8º da Lei das PPP's, por ser a receita pública inegociável não podendo ser objeto de garantia contratual.

Neste sentido, Ferreira (*apud* FORTINI, 2009, p.142) entende que este dispositivo legal “viola e não regulamenta a norma do art. 40 da Lei Complementar

nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal)”, estabelecendo garantias sem previsão legal.

Por fim, entende-se conflituosa a relação existente entre a lei 11.079/04 e o princípio da Responsabilidade Fiscal da Lei Complementar n.º 101/00 e da Lei 11.079/04 com a Lei 4.320/64 (de natureza complementar), todas da União.

2.4 Comitê Gestor de Parceria Público-Privada

O Comitê Gestor de Parceria Público Privada – CGP foi criado pelo art. 14 da Lei das PPP's, através do Decreto Federal n.º 5.385/2005 e posteriormente alterado pelo decreto n.º 6.037/07. É integrado por um representante, titular e suplente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República.

As funções atribuídas ao Ministro de Estado e Planejamento concentra-se em designar os membros do CGP, coordenar o Comitê, convocando e presidindo as reuniões, além de coordenar e executar o Plano de Parceria Público-Privada – PLP. Esse Comitê Gestor conta com apoio técnico de uma Comissão Técnica e apoio administrativo de uma Secretaria Executiva.

O art. 3º do referido decreto federal 5.385/05 alterado pelo decreto 6.037/07, dispõe sobre a competência do CGP para:

- I - definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada e os critérios para subsidiar a análise sobre a conveniência e oportunidade de contratação sob esse regime;
- II - disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de parceria público-privada e aprovar suas alterações;
- III - autorizar a abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações;
- IV - apreciar e aprovar os relatórios semestrais de execução de contratos de parceria público-privada, enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, em suas áreas de competência;
- V - elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho de contratos de parceria público-privada e disponibilizar, por meio de sítio na rede mundial de computadores (Internet), as informações nele constantes, ressalvadas aquelas classificadas como sigilosas;
- VI - aprovar o Plano de Parcerias Público-Privada - PLP, acompanhar e avaliar a sua execução;

São normas aplicáveis apenas à União. Estas “são as normas relativas ao controle, estabelecidos mais para definir competências do que alterar as formas de

controle já previstas”, segundo afirma Di Pietro (2010, p.329) quanto ao papel das agências reguladoras.

2.5 Fundo Garantidor

O Fundo Garantidor, como o próprio nome diz, foi criado pela lei federal das PPP's. Teve como objetivo resguardar o parceiro privado de possível inadimplemento das obrigações assumidas pelo parceiro público federal, como forma de garantir o seu cumprimento nos termos contratados.

Com relação ao objetivo do Fundo Garantidor de Parceria Público Privada (FGP), como é denominado, o art. 16 da referida lei admite “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos Parceiros Públicos Federais em virtude das parcerias de que trata esta lei”.

O art. 18, §1 da lei n.º 11.079, por sua vez, indica as formas de garantias que podem ser prestadas pelo FGP com:

Art. 18. O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo. (Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011)

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP

No que concerne ao art. 18, inciso IV, segundo o entendimento de Di Pietro (2010), há a possibilidade que o próprio fundo garantidor das parcerias constitua um fundo específico. Tal fundo visa garantir um tipo de contrato, não podendo ter sua finalidade desviada para outra obrigação assumida pelo FGP, destinando, segundo o art. 21 da lei, bens ao patrimônio de afetação. Estes são impenhoráveis, não

podendo, portanto, ser objeto de arresto, sequestro, busca e apreensão, dentre outros atos de constrição, consequências de obrigação do FGP.

No entanto, a mesma autora questiona a constitucionalidade desta forma de garantia. Tal indagação, justifica-se uma vez que fere o princípio da isonomia e da impessoalidade, por privilegiar determinado credor contrariando as regras que norteiam a destinação dos recursos orçamentários.

O FGP é considerado pessoa jurídica de Direito Privado, possuindo patrimônio próprio distinto do patrimônio de seus cotistas, conforme regulamento da lei federal das PPP's (art. 16 ao 20). É considerada empresa pública, pois seus recursos são de origem pública. No entanto, conforme assevera Gasparini (2006, p. 427), "como pessoa jurídica, é sujeito de direito e obrigações", respondendo com seu patrimônio pelas obrigações assumidas para garantir seus débitos.)

Assim, pontua Di Pietro (2010, p.329) que "cada entidade tendo personalidade jurídica própria, tomará as próprias decisões quanto às parcerias, pela aplicação do princípio segundo o qual não existe tutela sem lei que a preveja".

Ainda à cerca do FGP, o texto legal prevê a participação da União, autarquias e fundações públicas, até o limite global de 6 bilhões de reais. Tal restrição tem como finalidade garantir a contraprestação devida pelo Poder Público Federal ao parceiro privado, em decorrência das obrigações contraídas contratualmente.

Blanchet (2005, p.93) leciona sobre o FGP duas grandes utilidades:

Torna menos imprevisível e mais controlável a oneração dos recursos públicos nos empreendimentos pertinentes a parcerias que venham a ser contratadas; além disso, ao dar maior segurança aos parceiros privados, enseja condições para que estes cotem valores menores em suas propostas, pois não precisaram embutir o sobrevalor derivado de riscos de inadimplemento.

O mesmo autor comenta sobre a instituição financeira competente para administrar, gerir e representar o FGP em atos judiciais e extrajudiciais, devendo esta submeter-se ao controle da União (BLANCHET, 2005, p. 95).

Nos termos do art. 4 da lei 4.595/64, o Conselho Monetário Nacional foi criado para dispor sobre a política e instituições monetárias, bancárias e creditícias, estabelecendo normas para disciplinar as operações financeiras publicas, prescrevendo-a e adequando-a aos objetivos da referida lei, sendo de responsabilidade do Presidente da República estabelecer diretrizes para criar estas normas.

Cabe ainda às normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, manter a rentabilidade e liquidez já existente além de buscar melhores oportunidades.

O art. 18 (*caput*) dispõe sobre os limites de garantia prestados para garantir o adimplemento da obrigação contraída pela forma vinculante dos contratos.

O valor das garantias prestadas deve observar a proporcionalidade de cada um no patrimônio do FGP, sendo o ativo total o limite a ser respeitado pelo próprio fundo, não podendo exceder à “somatória das garantias prestadas e das obrigações de outras naturezas”, conforme leciona Blanchet (2010, p.98).

Quanto às modalidades de garantias ofertadas, estas devem ser consideradas e deliberadas pela assembleia de cotistas em cada caso. Pode ser a fiança, penhor, alienação fiduciária, hipoteca, dentre outras formas de garantia real ou pessoal (art. 18 §1).

Em caso de garantia por companhia seguradora, instituição financeira ou organismo internacional, exemplos de “outros contratos que produzam efeitos de garantia” (art. 18, V), o FGP poderá prestar contra-garantias quanto ao cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas (art. 18, §2º).

Por fim, estabelece o art. 20 quanto à dissolução do FGP, competência esta dos cotistas, embora sua criação seja mérito da instituição financeira, sendo aquela possível quitando-se a totalidade dos débitos garantidos ou liberados pelos credores. À altura da dissolução, o patrimônio é dividido entre os cotistas considerando-se a situação à data da dissolução.

2.6 Extinção da Parceria Público Privada

Não há disposição legal quanto à extinção do contrato de parceria público-privada na lei federal 11.079, muito menos da necessidade de forma expressa de cláusula contratual que estabeleça condições para seu desfazimento.

No entanto, de forma implícita, a Lei Federal das Concessões e Permissões dispõe em seu art. 23 sobre regras gerais em relação à extinção dos contratos de concessão. Não obstante, estes devem estabelecer prováveis situações de extinção do mesmo, estas dispostas de acordo com o art. 35 da lei federal n.º 8.987/95 mencionadas a seguir:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

É mister alertar que em caso de modalidade administrativa adota-se o disposto no art. 3º da Lei Federal das PPP's, aplicando-se à modalidade patrocinada o mesmo art. 3º em seu § 1º, aplicando-se subsidiariamente a Lei Federal das Concessões e Permissões, conforme sustenta Gasparini (2006, p.428).

Em análise ao art. 35 da lei 8.987/95 comenta-se o inciso I, que tem como regra aplicável a todo contrato, motivada a extinção pelo fim do prazo fixado para sua vigência. Conforme leciona Mello (2010, p.634), "o contrato tanto pode se extinguir pela conclusão de seu objeto quanto pela conclusão do prazo previsto para sua duração".

Permite-se ainda, segundo o inciso II, a extinção antecipada em caso de interesse público mediante autorização legal e compensação indenizatória, procedimento este denominado encampação.

A caducidade está prevista no inciso III do mesmo artigo, sendo motivada por inadimplemento contratual por parte do parceiro privado, através de ato administrativo ou judicial.

Quanto à extinção via rescisão, prevista no inciso IV, é causada por interesse das partes de forma consensual.

Em caso de ilegalidade no procedimento licitatório ou na celebração do instrumento contratual, permite-se a anulação desfazendo-se o contrato por ato judicial ou administrativo (art. 35, inciso V).

Enfim, extingue-se a PPP em decorrência de processo falimentar o que põe termo à pessoa jurídica e à parceria firmada.

Ainda, em caso de extinção antecipada do contrato, pode o art. 5º § 2, inciso III da lei das PPP's prever:

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Neste contexto, defende Regules (*apud* SOUZA, 2008, p.105): “aludido dispositivo visa proteger o particular que investiu (imobilizou) recursos em empreendimento de interesse público, garantindo-lhe, assim, a compatível indenização pela extinção antecipada do contrato”.

Concluindo, com a extinção da parceria público-privada, casos em que se aplica o art. 35 da Lei Federal das Concessões e Permissões, os bens pertencentes à administração pública e transferidos ao parceiro privado serão devolvidos aquele. Ademais, retornará ao parceiro público a gestão dos serviços, das instalações e de todos os bens reversíveis, não desconsiderando a possibilidade de sanção.

2.7 Arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas

A arbitragem é uma técnica de solução de controvérsias, instituto jurídico utilizado em julgamentos e solução de litígios entre particulares desde a Antiguidade.

Atualmente, a Lei de Arbitragem no Brasil é disciplinada pela Lei Federal n.º 9.307/96, que utiliza mecanismos privados de resolução de disputas, conforme assevera o art. 11, inciso III da lei das PPP's.

Garcez (*apud* BRANDT, 2008, p.33) conceitua a arbitragem como:

Uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros – os quais tem poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar invertidos destas funções pelo Estado.

Vale ressaltar que este meio alternativo para solução de conflitos, submetendo as partes ao juízo arbitral ao contrário de encaminhá-lo ao judiciário, tornou o processo mais célere e mais eficaz.

Neste sentido, é importante mencionar o caráter evolutivo quanto à solução de disputas considerando a possibilidade de aplicá-los às parcerias público-privadas. Isso equilibraria a relação negocial, uma vez que o consenso impera nas decisões disciplinadas pela Lei da Arbitragem, permitindo maior participação do administrado nas decisões administrativas.

Deste modo, expõe Estoninho (*apud* BRANDT, 2008, p.34-35):

Torna-se mais fácil administrar com a adesão do administrado, do que contra sua vontade. A Administração aprendeu que é preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como mero destinatário ou subordinado.

Neste passo, é importante ressaltar a contribuição dada pelo consensualismo e participação quanto às decisões democráticas, reforçando princípios essenciais a qualquer política administrativa, como o da eficiência, o da legalidade, da justiça, legitimidade, civismo e ordem.

Prezando o interesse de acordos fundamentados no consenso entre as partes, o contrato tem sido o instrumento mais utilizado pela administração pública na gestão da parceria entre os entes públicos e privados, criando um novo paradigma ao valorizar os princípios jurídicos contratuais.

Contudo, avalia-se outro ponto em relação à aplicabilidade da arbitragem em questões jurídicas, em que um dos participantes seja a Administração Pública.

Argumenta-se quanto à inconstitucionalidade da lei aduzindo três princípios: o da legalidade administrativa, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Dentre estes princípios vale a pena ressaltar que a Lei da Arbitragem em seu art. 1º, preceitua que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ao ponto que o art. 25 da lei em epígrafe, suspende o procedimento arbitral em caso de controvérsias pertinentes à direitos indisponíveis (que são irrenunciáveis e não podem se objeto de transação) enquanto não houver decisão do poder judiciário.

Barroso (*apud* BRANDT, 2008) entende que o interesse público está presente em todo negócio jurídico firmado por qualquer ente da administração pública. Entretanto, não podendo a análise de conflitos decorrentes de contratos administrativos ser realizado por juízo arbitral, pois este não tem competência para apreciar questões relativas à direitos indisponíveis sem lei expressa que o autorize.

Mello (2010, p.796) é severo quanto ao assunto, pregando não ser aceitável perante a Constituição que particulares árbitros como suposto no art. 11, III, possa resolver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “*extra commercium*”.

Em sumo, grande parte de doutrinadores entende que, interesses pertinentes à sociedade, sendo estes relevantes e que resultem em um quadro conflitivo entre as partes, deve ser resolvido pelo poder judiciário e não pelo juízo arbitral.

No entanto, de acordo com decisão defendida pelo Ministro Grau (*apud* BRANDT, 2008, p.57),

Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade no interesse público. Dispor de direitos patrimoniais e transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que, com isso, esteja a dispor do interesse público, por que a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

No contexto dos contratos de parcerias público-privadas, aplica-se arbitragem em questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das obrigações ou mesmo questões patrimoniais em caso de extinção ou término antecipado do contrato administrativo.

Em entendimento do Supremo Tribunal Federal, “à União é permitido firmar cláusula compromissória reconhecendo a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou até mesmo nas causas contra a fazenda”.

No mesmo sentido, o STJ reconhece a aplicabilidade do juízo arbitral, caso exista cláusula compromissória em contrato administrativo.

Recentemente, os Ministros da segunda turma do STJ, consideraram válida a cláusula compromissória presente em contratos de natureza econômica, conforme disposto a seguir:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou

comercialização de bens ou de prestação de serviços (CE, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido. (STJ – RECURSO ESPECIAL N.606.345)

É unânime a posição jurisprudencial e doutrinaria quanto à admissão de cláusula compromissória em contratos de PPP's, salvo direito indisponível.

Por fim, apesar da convenção da arbitragem ter aceitação satisfatória, casos conflituosos ou mesmo irregulares no percurso do juízo arbitral, permitem que a tutela jurisdicional seja invocada, com base na lei n.º 9.307/1996.

CAPÍTULO 3

ESTUDO DE CASO: PROJETO NATUREZA LIMPA

3.1 Objeto

Há uma grande relação entre os problemas ecológicos e a quantidade de resíduos sólidos despejados diariamente no meio ambiente. Parte dos resíduos são oriundos de residências ou indústrias em centros urbanos, que contribuem com parcela significativa do volume total de dejetos.

A atenção destinada aos resíduos sólidos urbanos deve-se, primeiramente, à preocupação quanto ao grau de dispersão do mesmo, que é bem menor que os resíduos líquidos e gasosos. Em sequência, a posição da própria população na condição de produtora desses resíduos, mas que ao mesmo tempo, se vêem em posição de minimizar os seus efeitos, auxiliando o processo de separação de lixo através da coleta seletiva para que possam ser recuperados e reciclados.

Em uma época em que é evidente o crescimento da consciência ecológica e da importância da mesma, é notável o surgimento de diversos projetos que visam minimizar os efeitos do RSU sobre o meio ambiente, com base em diretrizes da Lei 12.305 de 02/08/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A referida Lei dita diretrizes para o tratamento sustentável dos resíduos sólidos e cria um contexto inédito, onde uma gestão equilibrada em benefício da natureza, economicamente viável e socialmente correta do lixo urbano, requer responsabilidade compartilhada. É neste contexto que a Parceria Público-Privada atende ao projeto Natureza Limpa.

Foram feitos estudos comparativos que deixaram evidente a inoperância financeira das soluções até então implementadas no plano internacional. Muitos projetos considerados atraentes e com efeitos positivos para a natureza, como as fórmulas de gaseificação e incineração promovidas em mercados do Primeiro Mundo, se deparam com a necessidade de investimento de capital para suprir as despesas operacionais e custos de dependência, que o contexto brasileiro não comporta.

Resultados iguais senão superiores em nível sócio-ambiental, sem contar o caráter 100% nacional da iniciativa, inclinam naturalmente a mente a embasar o

juízo de oportunidade em critérios econômicos e elegem sem apelo o modelo Natureza Limpa ora desenvolvido pela TJMC Empreendimentos⁹.

A usina modular da TJMC tira fonte energética do resíduo sólido com correlata eliminação de aterro e que com uma simplicidade técnica contribui para a eficiência funcional do sistema operacional e com a contenção de gastos no processo.

Sistematizando o processo, podemos dizer que a rota Natureza Limpa carboniza matéria orgânica por pirólise, com subsequente produção de combustível briquetado de alto teor calorífico.

Não há incineração de RSU, mas antes decomposição em ambiente sem oxigênio levado a temperaturas de carbonização. Um detalhe de peso que somado à purificação das emanações gasosas por destilação e filtragem de última geração, resulta em níveis praticamente indetectáveis de poluição atmosférica.

A solução proposta pelo projeto consiste genericamente no conceito de tratamento térmico com recuperação energética por produção de Combustível Derivado de Resíduos.

Fatores diversos auguram futuro mercadológico excepcional para o modelo Natureza Limpa, porque não há projeto mais sintonizado com a noção de Desenvolvimento Sustentável a embasar o ambientalismo moderno. Portanto, salvar o Planeta ganhando dinheiro é opção desde já em aberto no Brasil e no mundo. A tecnologia singela, com efeito, atende por igual clientela simples ou sofisticada e acha aplicação nos mais desprovidos contextos humanos quanto no exigente Primeiro Mundo.

A usina da TJMC Empreendimentos é, pois, produto de exportação com futuro garantido em qualquer país e em todo continente, mas a perspectiva de demanda nacional por si só faz dela um colosso econômico. Uma olhada atenta às estatísticas não deixa dúvida: a pressão sobre as prefeituras é imensa, mas solução ecologicamente, socialmente e financeiramente viável inexiste fora da proposta em pauta.

⁹ TJMC Empreendimentos Ltda. e Núcleo Técnico-Ambiental Railton Faz desenvolveram O Projeto Natureza Limpa, que é a primeira usina brasileira de carbonização de resíduos sólidos para a produção de carvão.

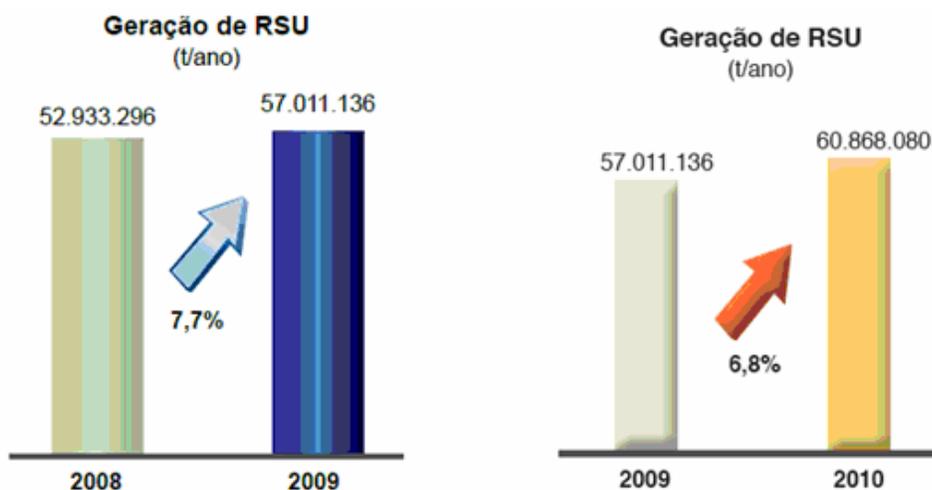
A Lei 12.305 instaurou a Política Nacional dos Resíduos Sólidos e criou uma obrigação inadiável de gestão adequada, engendrando procura forçada sem resposta à altura do lado da oferta.

A assimetria entre exigência legal e capacidade industrial deixa assim vislumbrar uma congestão de pedidos num horizonte de décadas. Sem contar que a carência hodierna tende a se agravar com o tempo por aumento natural na produção de RSU.

Números apresentados em diversos estudos da Associação Brasileira de Engenharia Ambiental e Sanitária indicam a média de 0,74 kg de resíduos *per capita*, mas revelam, ao mesmo tempo, um desequilíbrio sensível entre cidade e campo. Assim, a relação de 0,46 kg por habitante a caracterizar a população rural tipicamente explode para 1,16 kg nas metrópoles ¹⁰.

A urbanização crescente projeta, pois, um cenário de aumento geométrico a atropelar as taxas de expansão demográfica, como claramente ressaltam os quadros abaixo:

Figura 01: Geração de RSU



Fonte: Panorama 2010, ABRELPE ¹¹.

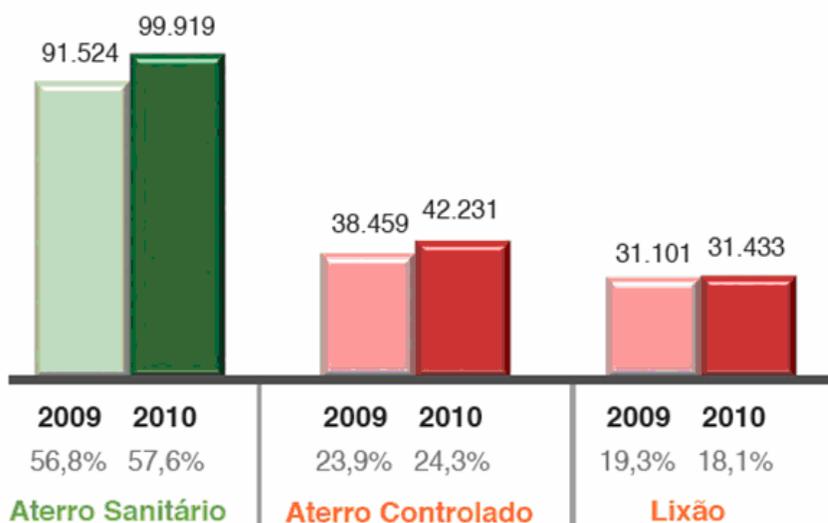
¹⁰ BARNECH CAMPANI, Darcy, Tecnologias de Aproveitamento de Carbono no Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos. Disponível em: http://homologa.ambiente.sp.gov.br/biogas/cursos_seminarios/seminario_world_bank/palestras/tecnologias_de_aproveitamento_de_carbono_no_tratamento_de_re.pdf.

¹¹ http://www.abrelpe.org.br/arquivos/forum_residuos/Panorama2010.pdf.

O dinamismo do fenômeno surpreende, mas a imagem estática assusta mais ainda.

Com 170 milhões de habitantes, o Brasil produz diariamente 125,3 mil toneladas de lixo domiciliar e 36, 5 de resíduos públicos ¹². A metade vai para o lixão. O restante, para o aterro ¹³. Nada tem tratamento adequado. É recuperação energética zero, reciclagem mínima, desperdício total, poluição freática máxima, impacto climatológico extremo e risco epidemiológico maiúsculo. É lixo a céu aberto, em resumo. Feio, mal cheiroso e altamente perigoso...

Figura 02: Destinação Final dos RSUs Coletados (Brasil)



Fonte: Panorama 2010, ABRELPE ¹⁴

O desafio contempla, portanto, volumes da ordem de 160.000 t/dia e implica a instalação de uma capacidade de tratamento igual a 1.500 reatores pirolíticos do modelo padrão Natureza Limpa de 120 t/dia.

A cifra vertiginosa de R\$ 15.000.000.000,00 originada da multiplicação simples pelo valor de R\$ 10.000.000,00 da unidade ora apresentada não

¹² Plano Nacional de Saneamento Básico, IBGE, 2008, <http://www.abm.org.br/PLANSAB.pdf>.

¹³ Sobe 6,8% Produção de Lixo no País, mas só 57% tem Destino Adequado. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/sobe-68-producao-de-lixo-no-pais-mas-so-57-tem-destino-adequado.html>.

¹⁴ http://www.abrelpe.org.br/arquivos/forum_residuos/Panorama2010.pdf.

corresponde à realidade, porque municipalidades maiores acomodam seqüências de fornos em complexos de usinagem que geram economias de escala. Não existe, por outro lado, ferramenta matemática de cálculo seguro. Mas não há dúvida que há centenas de usinas para instalar, mesmo considerando uma fração apenas do mercado.

Em síntese, Natureza Limpa representa projeto de longo fôlego com perspectiva de expansão inesgotável em prática.

3.2 Processo de Produção

O processo de produção “Natureza Limpa”, ao contrário de muitos outros métodos dotados de complexidade, apostou na simplicidade, dispensando por opção todo complicador do processo criando uma cadeia singela.

Inicialmente, o caminhão que transporta os resíduos são pesados, identificados e sua carga inspecionada ainda na recepção da indústria. Posteriormente os resíduos são encaminhados para um setor de triagem manual.

Os veículos de transporte após descarregar o “lixo” é direcionado à balança para uma nova pesagem antes de retornar à coleta.

O processo de triagem manual feito primeiramente com o material recebido, remove o material inorgânico que será encaminhado novamente à cadeia produtiva para ser reciclado. Eles são lançados em containers específicos para vidros e metais.

Os resíduos sólidos urbanos orgânicos seguem para um triturador, onde posteriormente será transportado por fuso transportador até o reator pirolítico para ser carbonizado.

Quanto aos efluentes líquidos percolados no manejo da descarga, são recolhidos em tanque impermeável para posterior purificação e devolução à natureza ou para comercialização.

O tanque do reator é mantido a 400° de temperatura por aquecimento da parte inferior da carcaça metálica. Essa operação de aquecimento do tanque equivale a 30% do carvão gerado no processo de pirólise. Esse tanque do reator constitui ambiente de oxigênio rarefeito.

Os efluentes gasosos oriundos desse processo, são canalizados via condutos de exaustão até um condensador para transformação em H₂O e produtos graxos. A

água é purificada e devolvida à natureza e os materiais graxos são vendidos no mercado.

O carvão que resulta da pirólise é retirado do tanque e transportado via condutores blindados para homogeneização e adição de aglutinantes de homogeneizador.

Esse material resultante da homogeneização é transportado por fuso transportador via condutos blindados até a briquetedeira para extrusão.

O combustível derivado de resíduos resultante da briquetagem passa por um período de resfriamento concluindo assim o processo.

3.3 Tipologia de Resíduos Tratados (por origem)

Dentre os RSU (Resíduos Sólidos Urbanos) a serem tratados nesse processo, podemos destacar os seguintes:

- RSU de origem domiciliar, que consiste nos provenientes de atividades desenvolvidas em imóveis residenciais de consumo comum que não oferece riscos à saúde e ao Meio Ambiente;
- RSU de origem comercial são os provenientes de atividades realizadas em estabelecimentos comerciais, escritórios, prestadores de serviços e outros de natureza similar que não ofereçam risco a saúde e ao Meio Ambiente;
- RSU de praças e logradouros públicos, compostos por papéis, vidros e latas, resultado da coleta de varrição municipal e limpeza de logradouros públicos;
- RSU de feiras livres e mercado popular, que produzem restos de produtos vegetais coletados pelas equipes de limpeza;
- RSU de poda de árvore e jardinagem, provenientes das equipes de conservação de áreas municipais.

Além dos mencionados na classificação acima, plásticos, borrachas, animais mortos de pequeno porte, óleos comestíveis e lubrificantes, também podem, tecnicamente, fazer parte da massa pirolisada.

3.4 Aspectos Ambientais e Climatológicos

O modelo Natureza Limpa foi considerado ecologicamente correto pelas autoridades de Minas Gerais (processo COPAM n.º 04780/2009 e FOBI n.º

530925/2009), estando a cidade de Unaí – MG licenciada para instalação da usina, podendo pelo seu caráter ambiental se instalar em outra cidade ou mesmo em outro Estado.

A tecnologia aplicada foi desenvolvida pela TJMC Empreendimentos, com o objetivo de minimizar os efeitos poluentes em cada fase do processo, produzindo um balanço positivo que pode ser mostrado e comprovado em um Relatório de Controle Ambiental já aprovado pelas autoridades mineiras competentes.

Durante o processo há uma preocupação com a redução da poluição sonora e com efluentes atmosféricos ou líquidos que se materializa no desenvolvimento do desenho industrial e *layout* em cada elo da cadeia de produção. O controle de ruídos conta com regulação constante de equipamentos adequados, bem como monitoramento do tempo de exposição.

Paralelamente, a reciclagem é tratada como princípio absoluto no tratamento de cinzas, óleos, materiais de origem mineral, vidro e sucata metálica.

Quanto ao destino dado aos gases resultantes da combustão do carvão (vapor seco) ou da carbonização de resíduos sólidos (vapor úmido), eles serão encaminhados a um tratamento em destilador instalado na saída do forno, com vistas à segregação por aglomeração e coleta de óleo, lignina, alcatrão e água ácida reduzindo os efluentes atmosféricos a mero vapor d'água.

A usina conta com um sofisticado sistema de purificação de ar, que elimina por completo os odores gerados pela decomposição natural dos resíduos orgânicos, bem como uma caixa de retenção impermeabilizada que recebe os efluentes líquidos para posteriormente encaminhá-lo a um bombeamento até uma serpentina na fornalha. Os efluentes serão evaporados, condensados, coletados e respectivamente tratados para que sejam devolvidos à natureza em forma de H₂O e escoados no mercado.

Como se pode observar quanto ao processo, não há contato de chorume com o solo, mau cheiro na vizinhança ou mesmo na própria indústria. Não sobram rejeitos, pois alcatrão, vidro, ferro, cinza, lignina ou água ácida acham destinação comercial no ramo da construção civil ou mesmo no comércio em geral.

É notável também a inexistência de rejeitos, pois as cinzas são utilizadas na fabricação de agregados de cimento.

Além do mencionado anteriormente, podemos citar a título de complemento das medidas mitigadoras dos efeitos ao meio ambiente, a plantação de uma cortina

arbórea, impermeabilização da área de trabalho e construção de canaleta para drenagem de águas pluviais.

Não obstante os quesitos positivos citados anteriormente, vale mencionar fato importante como a geração de fonte energética limpa, que por si só justifica a relevância do projeto.

Ainda, vale a contribuição do modelo natureza limpa no que concerne aos aspectos climatológicos.

Contribui consideravelmente para redução dos Gases de Efeito Estufa, além de se qualificar para obtenção de créditos de carbono junto às instâncias de Kyoto.

Ademais, aborta as emissões de metano associadas à decomposição de matéria orgânica, uma vez que elimina o lixão e o aterro sanitário, o que consiste em uma das maiores causas de aumento da temperatura atmosférica. Além disso, é produtor de combustível limpo cujo uso nada acrescenta ao balanço de dióxido de carbono, pois o volume liberado na queima é previamente removido por fotossíntese na formação da massa orgânica ora carbonizada.

Como resultado final, diminui nitidamente o CH₄ e ainda reduz a conta de CO₂ no fim do processo ao substituir gás ou petróleo por fonte térmica climatologicamente neutra.

3.5 Aspectos Legais do Projeto “Natureza Limpa” – Lei 12.305/2010

O Projeto Natureza Limpa tornou-se conhecido Nacional e Internacionalmente ao aplicar o disposto na Lei 12.305/2010 que impõe o tratamento sustentável de resíduos sólidos.

Após tramitação no Congresso Nacional por um longo período, a Lei 12.305/2010 que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos foi promulgada, contemplando os anseios da sociedade quanto a preservação do Meio Ambiente em prol das gerações presentes e futuras (art. 225 da CF):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material

genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Estão sujeitos à Lei em questão, conforme dispõe seu artigo 1º, parágrafo 1º, as pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, responsáveis direta ou indiretamente pela geração de resíduos sólidos e aquelas que desenvolvem ações relacionadas à gestão dos mesmos.

O artigo 3º, inc. XVI conceitua resíduo sólido como:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Os resíduos sólidos receberam tratamento específico conforme o rito mencionado no item anterior do projeto Natureza Limpa.

Um aspecto relevante da política de resíduos sólidos no Brasil é a possibilidade de ações em conjunto do Governo Federal com os Estados, Distrito Federal, Municípios ou mesmo particulares.

A possibilidade de gestão integrada propicia um gerenciamento ambiental adequado dos resíduos sólidos e ao mesmo tempo, no que concerne a possibilidade de cooperação com os particulares, a adoção de parcerias público-privadas, foco da pesquisa em questão, como instrumento de coesão entre as partes interessadas (art. 4º Lei 12.305/2010).

Os princípios da Lei em estudo estão dispostos em seu art. 6º como o da prevenção e a precaução; o da visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; o desenvolvimento sustentável; a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade, bem como o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania.

Os princípios citados acima englobam não só questões quanto à Política Nacional de Resíduos Sólidos, mas todo contexto de preservação e preocupação com a natureza tutelados pelo Direito do Meio Ambiente.

No mesmo sentido, seguem os objetivos da presente Lei em seu artigo 7º que consistem na proteção à saúde e qualidade ambiental, não geração de rejeitos, bem como dispor dos mesmos de forma ambientalmente adequada, promover uma gestão integrada dos RSU, dentre outros que estimulam o desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental voltados à recuperação de resíduos e aproveitamento energético.

Para efetividade dos objetivos citados, destacamos a importância dos instrumentos utilizados, que vão desde os planos de resíduos sólidos, passando pelo processo de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, monitoramento e fiscalização ambiental, até as pesquisas científicas e tecnológicas que possibilitam melhores resultados.

Observa-se também os incentivos, o sistema ambiental e os seus gestores, o estudo do impacto ambiental, os termos de compromisso e ajustamento de conduta, bem como a cooperação dos setores público e privado para o desenvolvimento de novos métodos e processos, que possibilitem uma disposição final adequada de resíduos (art. 8º Lei 12.305/2010).

O Projeto Natureza Limpa ampara-se também no art. 9º da referida Lei, precisamente no parágrafo 1º da mesma dispendo que:

Poderão ser utilizadas tecnologias visando a recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada a sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental (Lei 12.305/2010).

Conforme mencionado anteriormente no modelo Natureza Limpa, o processo desenvolvido resulta em clara diminuição geral de CH₄ e ao fim do processo com redução de CO₂ pela substituição de gás ou petróleo por fonte térmica neutra.

Se comparado ao artigo citado acima, torna-se evidente a compatibilidade entre o resultado do projeto e a diretriz aplicável aos resíduos sólidos disposta em seu parágrafo 1º.

Outro aspecto relevante da Lei é a vigência do prazo do Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Foi estabelecida uma vigência relativa de 20 anos para o mesmo, podendo ser atualizada a cada 4 anos conforme necessidade apresentada a partir de diagnósticos da situação atual, metas, programas e novas diretrizes.

Para a atividade proposta pelo modelo de preservação ambiental e fonte energética em estudo, é necessária uma licença ambiental do empreendimento pelo órgão competente do SISNAMA, ou a aprovação do plano de gerenciamento de resíduos sólidos pela autoridade municipal (art. 24 Lei 12.305/2010).

Em caso de resíduos perigosos, a autorização ou licença só é fornecida se o responsável comprovar no mínimo capacidade técnica e econômica e sua competência de gerenciamento desses resíduos.

Quanto à responsabilidade, em caso de danos causados independente da existência de culpa, conforme previsto nessa Lei, os infratores estão sujeitos às sanções, em especial as fixadas na Lei 9.605/1997, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente, e dá outras providências.” (art. 51 Lei 12.305/10).

3.6 A Sustentabilidade no Modelo Natureza Limpa

O termo sustentabilidade é proveniente da palavra sustentável que significa: sustentar, apoiar, conservar, cuidar.

Em 1987 foi emitido o Relatório de Brundtland que foi intitulado como “Nosso Futuro Comum” (Our Common Future), que conceituou o termo desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem

comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. (WIKIPEDIA, 2011)

O documento foi um resultado de discussões sobre questões ecológicas pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Após críticas aos modelos de desenvolvimento adotados pelos países industrializados e reproduzidos pelos países em desenvolvimento, ficou evidente a incompatibilidade entre o uso excessivo dos recursos naturais e a sua incapacidade de regeneração, não suportada pelo ecossistema.

Embora o termo desenvolvimento sustentável não fosse usado à altura da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (United Nations Conference on the Human Environment – UNCHE) em Estocolmo (1972), esta lançou bases às primeiras ações ambientais a nível internacional.

As nações começaram a conscientizar-se que a degradação ambiental e a poluição não se limitavam às fronteiras políticas, mas que sua extensão alcançava outros países, outras nações.

Em 1992, a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Rio de Janeiro, Brasil, consolidou o termo “desenvolvimento sustentável”.

Em 2002, a “Cúpula da Terra” sobre o Desenvolvimento Sustentável em Johannesburgo, reafirmou os compromissos firmados pela “Agenda 21”, plano de ação resultado da ECO-92, que visava a sustentabilidade global no século XXI. Além de reforçar o já firmado pela Agenda 21, propôs uma maior integração entre as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, social e ambiental através de programas específicos. (WIKIPEDIA, 2011)

A proposta do modelo Natureza Limpa atende aos quesitos de sustentabilidade uma vez que o seu consumo de água é mínimo, o que reduz o seu impacto hídrico no meio ambiente.

Ainda em relação aos impactos do seu processo produtivo, com relação às cinzas, volume de aproximadamente 3% da matéria prima inicial, esta é aproveitada na produção de agregados de cimento.

Já os efluentes líquidos são recuperados em tanques impermeáveis, na base da moega de recepção para ser purificado, devolvido à natureza e mesmo comercializado.

Como se pode observar, os métodos utilizados nesse projeto são ecologicamente equilibrados, atendendo a um dos fundamentos da defesa do Meio Ambiente que requer a compatibilidade entre estes e o desenvolvimento econômico.

É possível garantir a sustentabilidade ambiental se considerarmos o envolvimento nas políticas e programas nacionais no sentido de amenizar a perda de recursos naturais. Para isso, se faz necessário investir em políticas que envolvam a comunidade local, políticas setoriais envolvidas na gestão ecológica, investindo em ciência e tecnologia a fim de conservar o ecossistema (PNUD *apud* ENGEMA, 2003).

3.7 Vantagens Comparativas

É importante mencionar as diversas rotas utilizadas na recuperação energética de resíduos sólidos. Um dos pontos de destaque é a extração de metano por malha de tubulações e subsequente queima para gerar energia. Esse método é considerado climatologicamente positivo, pois não causa impacto nocivo ao meio ambiente, por reduzir o gás de efeito estufa na fonte.

Importa, no entanto, não perder de vista que, por mais sofisticados, os sistemas de coleta vazam. Assim autores autorizados estimam a recuperação média efetiva entre 15% e 40% contra perdas de 85% a 60% que integram inevitavelmente a composição atmosférica¹⁵. A Environment Protection Agency (EPA) dos Estados Unidos, na mesma linha de raciocínio associa 25% do gás metano de origem antrópica a esse modelo¹⁶. Sem contar com a contaminação do solo por infiltração de efluentes líquidos.

No entanto, percebe-se que o aterro continua intacto, persistindo quanto a ele todos os riscos à saúde pública e com potencial de contaminação freática.

Avalia-se diante do contexto apresentado uma provável solução para o problema: a destruição do lixo ou como o modelo já mencionado anteriormente oferece, a sua transformação em fonte de energia.

¹⁵ MEISEN, Peter; PHIPPS-MORGAN, Ilona. Global Energy Network Institute, Waste to Energy Plants, *apud* KAPLAN, P. Ozge; DECAROLIS, Joseph; THORNELOE, Susan "Is It Better To Burn or Bury Waste for Clean Electricity Generation?" *Environmental Science & Technology* 43.6 (2009): 1711-1717.

¹⁶ *Ibidem*, *apud* RATHER, John, Tapping Power from Trash, New York Times, 13 Set. 2008.

É importante ressaltar a relevância do processo proposto no projeto Natureza Limpa considerando a importância de métodos de transformação imediata dos resíduos, aniquilando os riscos de saúde dos dejetos.

Como exemplo, podemos considerar as rotas de conversão biológica como o biodiesel ou o etanol. Tais processos possuem um quadro incontestável de sustentabilidade ecológica e econômica devido ao valor atribuído a eles no mercado. No entanto, devemos lembrar que a técnica de fermentação utilizada produz efluentes líquidos de difícil manejo ambiental.

Estamos diante de um grande paradoxo de proteção ambiental. Grande parte do inimigo ambiental é a própria geração que desperta agora para uma consciência ecológica. Movidos pelo consumismo desenfreado e a ganância, são grandes produtores de lixo.

A solução não cabe somente ao Estado e nem deve ser resolvido somente com o dinheiro público. Vale atrair a racionalidade empresarial, embora não haja participação do ente privado sem perspectiva de ganho financeiro. Essa é uma das fragilidades do aterro sanitário: “despesa sem rendimento não tem um motor próprio”.

Consideramos a recuperação energética, a partir da análise do contexto acima, a mais viável sob a perspectiva do interesse da iniciativa privada no projeto. O remédio é o lucro, mola propulsora de qualquer jornada, mesmo cuja rota seja ambiental ou social, pois nada se sustenta sem viabilidade mercadológica.

Destacam-se entre as opções de modos operacionais as que comportam destruição instantânea de resíduos, reduzindo os riscos e evitando longos períodos de transformação química.

Diante do estudo desenvolvido, avalia-se positivamente o tratamento térmico que se subdivide em “incineração” e “pirólise”, pois o mesmo atende aos quesitos que melhor qualifica o tratamento de resíduos sólidos.

A incineração implica combustão de fornalhas para aquecimento de caldeira e operação de turbina a vapor. Esse método possui duas vertentes, a que se fundamenta na queima a granel sem preparo prévio e a que produz Combustível Derivado de Resíduos (CDR), por trituração, homogeneização, secagem e eventual produção de pellets ou briquetes para potencializar o valor calorífico.

Tanto uma via quanto a outra consiste em separação de materiais inorgânicos não inflamáveis (ferro, vidro) para reciclagem. Também produzem agentes

poluidores da atmosfera (toxinas e furanos), mas que são controláveis com investimentos em técnicas de filtragem.

Mais uma vez, consideramos a viabilidade econômica quanto à utilização de técnicas avançadas. Gerar energia a custos superiores ao preço de mercado se torna inviável. Esse é um dilema que cerca os modelos baseados na incineração, inviabilizando a aplicação em contexto brasileiro.

Consequentemente, os fatos mencionados acima nos guiam rumo a pirólise (decomposição da matéria por aumento de calor em ambiente de ar rarefeito) sem que haja queima.

A pirólise evita boa parte da poluição atmosférica correlata por descarte. Seu princípio reside, a priori, no aumento da temperatura interna de uma câmara metálica por aquecimento das paredes externas. Os resíduos não tem contato direto com a chama. São submetidos a uma condição física que ao final da transformação química resultam em um produto gasoso ou sólido.

Enquanto gasoso, é considerado ambientalmente válido por seu alto poder calorífico, embora seu custo seja elevado também a países do primeiro mundo, que os tem utilizado a título de experimento.

Na conversão em produto sólido, a rota se resume a carbonização que reproduz o processo usado em fornos de barro, típicos do interior brasileiro. Embora pré-histórica, a técnica atende aos critérios brasileiros de sustentabilidade além de se apresentar como alternativa para problemas modernos.

Em resultado ao balanço, consideram-se positivas todas as tecnologias de tratamento pirolítico. No entanto, o custo operacional é um fator a ser considerado, pois evidencia a inoperância financeira das soluções até hoje apresentadas. Neste sentido anseia-se pela proposta da Natureza Limpa pelo incontestável valor ambiental além das probabilidades da realização econômica.

3.8 Viabilidade de utilização das PPP's como instrumento de execução do projeto "Natureza Limpa"

Segundo Lei Federal n. 12.305 de dezembro de 2010, que instituiu uma nova política nacional de resíduos sólidos, fica proibido o uso de lixões, a partir do ano de 2014. Quanto ao que foi determinado pela lei, só poderão ser encaminhados para os aterros sanitários legalizados, o que não puder ser reutilizado ou reciclado.

O contexto implica em investimentos nos sistemas de tratamento do lixo que estejam dentro de um conceito de sustentabilidade e preservação ambiental, atendendo aos regulamentos da Lei 12.305/10, anteriormente citada no projeto Natureza Limpa.

A busca por um novo sistema de tratamento de resíduos sólidos é uma necessidade imediata, obrigando as prefeituras a investir em novas modalidades de manejo do lixo urbano, aumentando as práticas de reciclagem.

Um estudo apresentado pela ABRELPE (Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais) aponta para a necessidade de investimentos econômicos, tecnológicos em decorrência da insuficiência de recursos da maior parte dos municípios brasileiros, bem como a incapacidade técnica no quesito tratamento dos Resíduos Sólidos Urbanos.

A pesquisa indica a Parceria Público-Privada como instrumento necessário a atender as deficiências dos serviços de limpeza pública: “A PPP é o melhor e talvez único arranjo institucional para fazer frente às novas demandas regulatórias da política nacional”.¹⁷

Atualmente, grande parte dos contratos de limpeza urbana são terceirizados com base na Lei 8.666/93 que trata das concessões e permissões de serviço público. As limitações existentes na Lei das Licitações compromete a operacionalização de um tratamento mais moderno, pois o prazo máximo de vigência de um contrato de concessão, segundo a referida lei, é de 60 meses, além de ter como investidor somente o poder público.

Apesar da existência de recursos destinados pelo setor público a investimentos em serviços de limpeza pública ou mesmo ao tratamento de resíduos sólidos, o volume é insuficiente diante da demanda necessária.

É necessária a utilização de um novo ordenamento jurídico, aplainando as fragilidades e restrições da lei já existente, possibilitando a expansão de novos sistemas de tratamento de lixo, trazendo benefícios à saúde, segurança, economia e gestão ambiental.

As PPP's apresentam os elementos essenciais típicos à viabilização de projetos ambientais como os já mencionados.

¹⁷ Em pesquisa elaborada pela empresa SANTEC sobre tratamento de resíduos, a PPP foi considerada mecanismo viável às novas demandas de tratamento de resíduos sólidos. Citado por Luciano Máximo; Disponível em: <http://www.santecresiduos.com.br/noticia/2011/03/28/ppps-surgem-como-saida-para-manejo-do-lixo-urbano-> acesso em 23/11/2011

O prazo fixado por lei de no mínimo 5 anos e no máximo 35 anos, contribui com o investidor privado, garantindo um tempo suficiente para exploração e retorno do investimento, reforçando o interesse neste tipo de parceria como instrumento contratual para desenvolver projetos em prol do meio ambiente. Dentre as espécies contratuais, a mais indicada é a modalidade de concessão administrativa que consiste em prestação de serviço tendo a Administração Pública como usuária direta e indireta, incluindo a realização de investimentos pelo concessionário, para a criação, ampliação ou recuperação da infraestrutura (Art. 2º, § 2º, Lei n. 11.079/04).

Além do estímulo ecológico, avalia-se a possibilidade de ganho, permitindo à iniciativa privada investimentos com retornos vultuosos. As garantias ofertadas por ambos os parceiros coadunam como um atrativo uma vez definidas na própria Lei das PPP's.

Foram feitas estimativas de economia de valores representativos com o uso das Parcerias Público-Privadas em projetos como o "Natureza Limpa". A redução com gastos de transporte do lixo poderia ser direcionada à construção de usinas como a de Unai em outros municípios, evitando o transporte do lixo por longas distâncias, diminuindo os custos e riscos à natureza.

3.8.1 Fundamentos legais do Projeto

O Projeto em estudo conta com amparo da Lei 8.666/93 disciplinando o processo Licitatório que antecede a fase contratual das Parcerias, desde a etapa do Edital até a fase de homologação.

No mesmo sentido, a Lei 12.305/10, art. 2º, determina padrões conceituais em questões relevantes a todo o processo de gestão dos resíduos sólidos, cabendo destacar entre eles o inciso XIII, definindo os padrões sustentáveis de produção e consumo em prol das gerações presentes e futuras, comprometendo-se com a qualidade ambiental, um dos objetivos do modelo Natureza Limpa.

Não menos importante, destacamos o inciso XVII do mesmo artigo 2º, quanto à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, por todos aqueles envolvidos de alguma forma no processo de gerenciamento desde a coleta, reciclagem, até o resultado final obtido. Complementamos com o art. 7º, II, ao mencionar um dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos que colaboram com o artigo anterior até a destinação final ambientalmente correta dos rejeitos.

No contexto ecológico, os valores mencionados são compatíveis com a natureza do projeto desenvolvido na Usina de Unaí – MG, refletindo criteriosamente etapas do processo de carbonização por pirólise proposto no projeto. Atendem aos mesmos critérios ambientais, desenvolvem o trajeto desde a coleta de lixo até a sua destinação final, propósitos mencionados tanto na descrição do projeto no segundo capítulo, como na Lei 12.305/10.

Continuamente, a PNRS cria como instrumentos de viabilidade desta política a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado, desenvolvendo pesquisas, métodos, tecnologias de gestão, tratamento e destinação final de rejeitos, adequadas a critérios ambientalmente sustentáveis (art. 8º, VI Lei 12.305/10).

No mesmo sentido, o art. 23 da Lei 11.079/04 dispõe através da Lei 10.735 de 11/09/03, sobre o incentivo do governo em programas que atendam projetos de interesse social, firmando a participação dos setores público e privado como objetiva as PPP's:

Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, voltado à implementação de projetos estruturados na área de desenvolvimento urbano em infraestrutura, nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, telecomunicações, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral, habitação, comércio e serviços, por meio de Fundos de Investimento Imobiliário - FII, e de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios - FIDC, lastreados em recebíveis originados de contratos de compromisso de compra, de venda, de aluguéis e de taxas de serviços, provenientes de financiamento de projetos sociais, com participação dos setores público e privado.

Por fim, vale ressaltar diante dos aspectos anteriormente mencionados, o ganho ambiental possibilitado pelo modelo de tratamento de resíduos sólidos desenvolvido pelo projeto "Natureza Lima". Não obstante, é mister reconhecer a importância da parceria firmada entre o setor público e a iniciativa privada como mecanismo de execução e até mesmo de expansão do projeto a outros municípios brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto apresentado no estudo sobre o Projeto Natureza Limpa, é possível evidenciar o surgimento de uma consciência ecológica por parte da sociedade, que busca medidas de preservação dos recursos naturais existentes, bem como a prevenção quanto aos meios de utilização desses recursos de forma a garantir uma condição ambiental digna para as gerações futuras.

Comprovou-se através de análises, o conceito de sustentabilidade implícito no objetivo de produção do método proposto, destacando os benefícios gerados ao meio ambiente desde a etapa inicial à etapa final do processo.

Como já mencionado, todo investimento do setor público ou da iniciativa privada tem como fator relevante a possibilidade de ganhos e o viabilidade financeira, possibilitando a implantação do modelo de gestão do RSU apresentado. As condições apresentadas pelas diretrizes das Parcerias Público-Privada contribuem na execução do projeto com garantias possíveis de retorno do investimento.

Para o setor público, o tratamento de resíduos sólidos é uma responsabilidade do processo de gestão. É um dever público manter a limpeza das ruas bem como dar um destino adequado ao lixo em prol da saúde e segurança do cidadão e do meio ambiente, o que consiste em utilizar métodos seguros quanto à destinação do material coletado.

No entanto, o poder público depara-se com o entrave da falta de recursos financeiros ou mesmo tecnológicos, na execução de sua função governamental quanto à gestão dos resíduos sólidos. A deficiência apresentada pode ser sanada com a participação do setor privado, complementando a necessidade de investimentos em métodos como o proposto pelo projeto na usina da cidade de Unaí-MG.

A parceria firmada através das PPP's possibilita ao parceiro público e ao privado a execução dos objetivos propostos por ambos. Certo é, que tanto a deficiência do setor público, que consiste em falta de capital de investimento e insuficiência de recursos tecnológicos, quanto a do setor privado, referente às incertezas de cumprimento do contrato ou mesmo quanto ao tempo de exploração do serviço público concedido, são tutelados por lei, o que atribui a ela credibilidade.

O instrumento mencionado anteriormente com base na Lei n.º 11.079/2004, cria diretrizes para aplicabilidade da mesma segundo critérios legais, determinando o tempo de vigência contratual, os valores a serem contratados, a compatibilidade entre a receita e os gastos do Estado e as garantias ofertadas por ambos, assegurando o cumprimento do que foi convencionado.

Outro aspecto que vale salientar é a aplicação da Lei n.º 8.666 regulando as etapas anteriores aos contratos de Parceria Público-Privadas, adequando-a conforme a necessidade do processo, além de ter o atributo de modificá-lo no decurso do prazo licitatório.

A lei das PPP's revela-se adequada à tipologia contratual a ser utilizada como contrato administrativo, preenchendo as lacunas legais existentes.

Sendo assim, foi considerada pelos doutrinadores citados, como sendo o remédio legal à insuficiência do Estado na gestão sustentável dos resíduos sólidos.

No mesmo sentido, a aplicabilidade de tal instrumento contratual ao projeto Natureza Limpa, colaborando com a sua execução é tema que também encontra respaldo em estudos feitos por associações como a ABRELPE, interessados na proteção ambiental.

A propósito, o Brasil tem utilizado as Parcerias Público-Privadas como instrumento contratual em negociações com outras nações. Ainda no âmbito internacional, o projeto descrito no presente trabalho tem despertado o interesse de outros países conscientes da responsabilidade ecológica e voltados para a necessidade de produção de novas fontes de energia.

Conclui-se a partir do estudo desenvolvido, que há a possibilidade de aplicação das PPP's como instrumento contratual necessário à gestão sustentável do resíduo sólido urbano, segundo critérios legais que coadunam com os objetivos propostos pelo Projeto Natureza Limpa e com os princípios desta modalidade contratual. Estabelece-se portanto, um cooperativismo tanto do parceiro público em observância aos valores da vida, saúde e meio ambiente, quanto do parceiro privado em colaboração com o crescimento infraestrutural do país, seguindo critérios de desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Coord. De Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público - Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública*. Coimbra. Ed. Almedina, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. São Paulo: 1950. Vol. IV e V.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas*. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Parcerias Público-Privadas*. Comentários à Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá; 2005.

BLONDEAU, A. *La Concession de service public*. Paris: Dalloz, 1993.

BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. *Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990*, que cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 13 abr. 1990.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 14 fev. 1995.

_____. *Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995*, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 08 jul. 1995.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial, Brasília, 31 dez. 2004.

_____. *Lei nº 12.305, de 02/08/2010*, que institui a política nacional de resíduos sólidos; altera a Lei 9.605/98; e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 03 ago. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed., São Paulo, 2005, p.171.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas. *A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, p.156.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.II.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera. *PPP*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

_____. Três anos da Lei de Parceria Público-Privada, in SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Parceria Público-Privada, Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Concessões, permissões e parcerias*. Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009. v.II.

REIMER, Ivoni Ritcher. *Como fazer trabalhos acadêmicos*. 2.ed. Goiânia: UCG; 2008.

SOUZA, Mariana Campos de. *Parceria Público Privada*. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Ed. Quartier Latin; 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OUTRAS FONTES:

SANTEC – Citado por Luciano Máximo em: <http://www.santecresiduos.com.br/noticia/2011/03/28/ppps-surgem-como-saida-para-manejo-do-lixo-urbano-> acesso em 23/11/2011.

ENGEMA - <http://engema.up.edu.br/arquivos/engema/pdf/PAP0088.pdf> - acesso em 19/11/2011.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17845/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj> - acesso em 31/10/2011.

LEI FEDERAL n.11.079, de 30 de dezembro de 2004 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm, com acesso em 18/08/2011.

http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1257766509.pdf

<http://www.mirinet.com/opip/>

<http://www.dams.org/docs/kbase/submissions/ins109.pdf>

<http://www.ohada.com/>

http://www.tsb-global.com/conteudo/c_credito.html,

<http://www.aon.com/default.jsp>,

<http://www.robertwraypllc.com/documents/robertwraypllc-Newsletter-Volume1Issue2.pdf>,

<http://licitacoes.dgmarket.com/tenders/adminShowBuyer.do~buyerId=1027915>,

<http://www.naturezalimpa.com/tecnologia.asp/> acesso em 12/11/2011.

<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/6619.htm>

http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1257766509.pdf

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm acesso em 17/11/2011.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sustentabilidade> acesso em 15/11/2011.

http://homologa.ambiente.sp.gov.br/biogas/cursos_seminarios/seminario_world_bank/palestras/tecnologias_de_aproveitamento_de_carbono_no_tratamento_de_re.pdf
http://www.abrelpe.org.br/arquivos/forum_residuos/Panorama2010.pdf

ANEXO