CAMILA ROCHA CUNHA VIANA

Administração Pública Contratual:
O contrato como instrumento de efetivação de políticas públicas de infraestrutura

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2017

CAMILA ROCHA CUNHA VIANA

Administração Pública Contratual:
O contrato como instrumento de efetivação de políticas públicas de infraestrutura

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2017

Viana, Camila Rocha Cunha

Administração Pública Contratual: O contrato como instrumento de efetivação de políticas públicas de infraestrutura / Camila Rocha Cunha Viana: orientador Vitor Rhein Schirato -- São Paulo, 2017.

148 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Contrato administrativo 2. Políticas públicas 3. Arranjos institucionais 4. Contratos de concessão. 5 Infraestrutura. I. Schirato, Vitor Rhein, orientador. II. Título.

"A experiência mostrará que as grandes diferenças na área de políticas públicas não são sobre os objetivos gerais a serem alcançados, e sim sobre as formas mais eficazes de fazê-los."

Pedro S. Malan

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Vitor Rhein Schirato, pelo voto de confiança e pela generosidade com a qual me acolheu no seu primeiro grupo de orientandos. O meu sincero muito obrigada pelo convívio divertido, leve e enriquecedor ao longo desses três anos!

Aos professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Diogo Rosenthal Coutinho, pelos valiosos comentários na banca de qualificação, bem como pelas indispensáveis aulas ministradas na pós que tanto contribuíram para a elaboração dessa dissertação.

Ao professor Floriano de Azevedo Marques Neto, pela oportunidade de participar do Grupo de Pesquisa sobre Controle da Administração Pública – GPCAP e pela marcante disciplina sobre Serviços Públicos.

À professora Patrícia Ferreira Baptista, pelo exemplo de seriedade e dedicação ao magistério.

A meus amigos de São Paulo (paulistas ou não!), oriundos da Procuradoria Geral do Estado, do Largo de São Francisco e da vida paulistana, por me provarem, diariamente, que "existe amor em SP".

A meus amigos da UERJ, pelas agonias e alegrias dos tempos de faculdade até os dias de hoje.

A meus amigos inacianos, por uma vida inteira de amizade.

Ao Carlos, pelo carinho, pelos deliciosos (e intermináveis!) debates e pela revisão atenta e cuidadosa de cada palavra deste trabalho.

A meus pais, Monique e Fernando, a quem devo tudo e mais um pouco, por me darem asas e raízes.

RESUMO

VIANA, Camila Rocha Cunha. *Administração Pública Contratual: O contrato como instrumento de efetivação de políticas públicas de infraestrutura*. 2017. 148 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O objetivo deste trabalho é analisar o contrato como um instrumento de efetivação de políticas públicas em setores de infraestrutura. Sustenta-se que as contratações públicas contemporâneas assumiram a feição de instrumentos de governo, materializando diversas políticas públicas de relevo para a coletividade. Nesse contexto, a abordagem proposta busca enfatizar os elementos que tornam o contrato de concessão uma ferramenta útil para a implementação de diretrizes governamentais em setores de infraestrutura. No Capítulo 1, são apresentados os pressupostos teóricos do movimento de contratualização administrativa, com ênfase na transição do modelo autoritário de exercício da função pública para o método consensual de atuação da Administração Pública. O Capítulo 1 também se dedica a uma releitura da teoria do contrato administrativo, de modo a compatibilizá-la com a complexidade das novas contratações públicas de longo prazo. O Capítulo 2 aborda as premissas e as condições para que o contrato preencha a função de catalisador de políticas públicas. Por um lado, essa compreensão é corroborada pelos seguintes vetores interpretativos: (i) a política pública é (também) um fenômeno jurídico; (ii) o contrato administrativo é fonte de normatividade; (iii) o contrato administrativo é um contrato relacional; e, (iv) o contrato administrativo é um instrumento de governo. Por outro lado, para que o contrato assuma esse papel, são imprescindíveis as seguintes condições: (i) instituições; (ii) processo administrativo; e, como consequências inexoráveis, (iii) interação público-privado e (iv) controle social. O Capítulo 3 trata das escolhas de políticas públicas realizadas na fase de modelagem de projetos, tais como o financiamento do empreendimento, o modelo contratual a ser utilizado e a distribuição dos ônus pela sua execução. Além disso, são elencados mecanismos que conferem aos contratos de longo prazo a flexibilidade necessária para que permaneçam aderentes às diretrizes setoriais, bem como superem intercorrências no curso da execução contratual. Finalmente, o Capítulo 4 se dedica à análise do contrato como um catalisador de políticas públicas por meio do estudo empírico do contrato de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário celebrado entre o Estado de São Paulo, o Município de São Paulo e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). O ajuste selecionado evidencia como a contratualização desses serviços na Capital paulista conferiu segurança jurídica à realização de investimentos no setor, bem como estabeleceu um planejamento de longo prazo para o alcance de metas de universalização dos serviços.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Políticas públicas. Arranjos institucionais. Contratos de concessão. Infraestrutura.

ABSTRACT

VIANA, Camila Rocha Cunha. *Contractual Public Administration: Contract as an instrument for the implementation of public policies in infrastructure sectors.* 2017. 148 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This essay discusses contract as an instrument for the implementation of public policies in infrastructure sectors. It is argued that public contracts took the form of government instruments, materializing relevant public policies to the community. In this context, the proposed approach emphasizes concession contracts as useful tools for the implementation of governmental guidelines in infrastructure sectors. Chapter 1 presents the theoretical basis of the administrative contractual movement, especially the transition from the authoritarian model of exercise of public functions to a consensual administrative action. Chapter 1 is also devoted to a re-reading of administrative contract theory, in order to reconcile it with the complexity of new long-term public contracts. Chapter 2 identifies the premises and conditions for the contract to fulfill its role of public policy catalyst. On the one hand, this understanding is corroborated by the following interpretive vectors: (i) public policy is (also) a legal phenomenon; (ii) the administrative contract is a source of normativity; (iii) the administrative contract is a relational contract; and, (iv) the administrative contract is an instrument of government. On the other hand, in order for the contract fulfill this role, the following conditions are essential: (i) institutions; (ii) administrative proceedings; and, as inevitable consequences, (iii) public-private interaction and (iv) social control. Chapter 3 addresses public policy choices made during the project modeling phase, such as the financing of the project, the contractual model to be used and who is responsible for its execution. In addition, this chapter also presents mechanisms that provide long-term contracts with the necessary flexibility to remain adherent to sectoral guidelines, as well as to overcome intercurrences during contractual execution. Finally, Chapter 4 demonstrates the essay's central argument through an empirical study of the contract for the provision of public water supply and sewage services celebrated between the State of São Paulo, the Municipality of São Paulo and Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). The selected adjustment shows how this contract provided a secure legal environment that enabled investments in the basic sanitation sector, as well as established a long-term planning for the achievement of universalization goals.

Keywords: Government contracts. Public policies. Institutional arrangements. Concession agreements. Infrastructure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1 – BASES DA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA 19

1.1 O Estado pós-moderno 19

1.1.1 Processualidade 20

1.1.2 Consensualidade 23

1.2 Do ato ao contrato 24

1.2.1 A perda de centralidade do ato administrativo 24

1.2.2 Reformulação da teoria do contrato administrativo: seria possível unificar a teoria dos contratos? 29

1.3 Conclusão parcial 40

CAPÍTULO 2 - ARRANJOS CONTRATUAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS 43

2.1 Vetores de compreensão do contrato como um arranjo institucional de políticas públicas 43

2.1.1 A política pública como fenômeno jurídico 44

2.1.2 O contrato administrativo é fonte de normatividade 45

2.1.3 O contrato administrativo é um contrato relacional 50

2.1.4 O contrato administrativo é um instrumento de governo 51

2.2 Condições para que o contrato preencha a sua função de catalisador de políticas públicas 53

2.2.1 Instituições 53

2.2.2 Processo administrativo 56

2.2.3 Interação público-privado 58

2.2.4 Controle social 62

2.3 O contrato de concessão e suas funcionalidades 66

2.4 Conclusão parcial 70

CAPÍTULO 3 – REPENSANDO OS LIMITES DO CONTRATO: COMO TRANSFORMAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CLÁUSULAS CONTRATUAIS?72
3.1 Como refletir políticas públicas em contratos?..... 72
3.1.1 Definição do objeto do contrato e do seu plano de investimentos de longo prazo..... 72
3.1.2 Financiamento do empreendimento..... 73
3.2 Como evitar que o contrato se descole da política pública que inspirou a sua celebração?..... 76
3.2.1 Planos de investimentos..... 77
3.2.2 Remuneração atrelada ao desempenho do concessionário 78
3.2.3 Rol evolutivo de direitos e obrigações..... 82
3.2.4 Mecanismos de ajuste e aperfeiçoamento do contrato..... 83
3.2.4.1 Matriz de riscos e equilíbrio econômico-financeiro 83
3.2.4.2 Revisões periódicas..... 86
3.2.5 Meios alternativos de divergência de litígios contratuais..... 87
3.2.6 Reversão de bens e direito à indenização 90
3.3 Conclusão parcial..... 95

CAPÍTULO 4 – ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP..... 97
4.1 Antecedentes: os elementos jurídicos e fáticos envolvendo as negociações contratuais97
4.1.1 A (eterna) questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico..... 98
4.1.2 A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP)..... 104
4.1.3 O novo marco regulatório do setor 105
4.2 Objeto do contrato 106
4.2.1 Escopo dos serviços contratados e área atendível 106
4.2.2 Os desafios da “cidade informal” 110
4.3 Remuneração dos serviços..... 113
4.3.1 Tarifas e outras receitas 113
4.3.2 Desafios da regulação tarifária no Estado de São Paulo..... 115
4.4 Dinâmica contratual de longo prazo e seus mecanismos de ajuste..... 117
4.4.1 Planos de Investimentos (Anexo II)..... 117

4.4.1.1 A interdependência entre o Plano de Metas de Atendimento e Qualidade dos Serviços (Anexo I) e a Estratégia de Compatibilização dos Investimentos (Anexo VII).. 118
4.4.1.2 Custeio dos investimentos 120
4.4.2 *Stakeholders* e arranjos institucionais: a criação do "Comitê Gestor" 121
4.4.3 Revisão quadrienal..... 123
4.4.4 Indicadores de Desempenho (Anexo IX)..... 125
4.5 Desafios do primeiro ciclo de vida do contrato 125
4.5.1 Crise hídrica..... 125
4.5.2 Advento do novo Plano Diretor Estratégico – PDE da Cidade de São Paulo 128
4.5.3 Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara Municipal de São Paulo 128
4.6 Conclusão parcial..... 129

CONCLUSÃO: ONDE ESTAMOS E AONDE QUEREMOS CHEGAR? 133

REFERÊNCIAS..... 140

INTRODUÇÃO

Objeto da pesquisa

O tema a ser desenvolvido consiste na utilização do contrato como um instrumento de formulação e efetivação de políticas públicas de infraestrutura. O projeto tem, como premissas, a contratualização da ação administrativa e a releitura da noção tradicional de contrato administrativo.

Essa proposta se insere na concepção do direito administrativo como um campo do direito fundamentalmente instrumental para a consecução das pautas que a sociedade define na Constituição. Aliada e tributária dessa perspectiva, entroniza-se no setor público a ideia de que a realização do interesse público pode ser viabilizada por meio de parcerias com a iniciativa privada.[1]

À luz dessas considerações, o substrato teórico que servirá de alicerce às ideias a serem desenvolvidas é o novo Estado pluriclasse, fruto da pós-modernidade, que se traduz na existência de diversos interesses conflitantes na sociedade. Essa constatação traz reflexos para o modo de tomada de decisão do Estado, que passa a ter o dever de sopesar todos os direitos e interesses envolvidos e tomar uma decisão proporcional aos fins que melhor se coadunam com o interesse público.

Ademais, inúmeras formulações inerentes à teoria tradicional do contrato administrativo merecerão uma releitura à luz da utilização desse instrumento para a implementação de políticas públicas. Essa constatação traz a lume o anacronismo das categorias do direito administrativo, as quais podem ser "descritas (e criticadas) como limitadas tanto em termos de capacidade explicativa teórica quanto em termos operacionais, isto é, como ferramenta para a resolução de problemas concretos."[2]

Por outro lado, a partir dos anos 2000, houve um paulatino realinhamento conceitual sobre o papel do Estado brasileiro no desenvolvimento econômico, o qual se fez sentir, especialmente, no campo da infraestrutura. Esse novo perfil estatal tem maior convergência de propósitos com o arranjo desenvolvimentista, mas dele difere na forma de

[1] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.
[2] COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 187.

intervenção. O novo ativismo estatal é menos diretivo e mais seletivo, combinando diversas ferramentas e formas de relacionamento com o mercado. Este novo ativismo, além de se desenvolver em um ambiente democrático, envolve procedimentos decisórios negociados, reposicionando o Estado como agente estratégico e coordenador do planejamento público-privado.[3]

É nesse duplo contexto – novo *modus operandi* da Administração Pública e novo ativismo estatal – que se insere a análise do contrato como um instrumento de efetivação de políticas públicas de infraestrutura.

A partir desse panorama, a dissertação se dedicará ao estudo do contrato como um arranjo de formulação e efetivação de políticas públicas. Nessas contratações, o particular contratado é um efetivo colaborador na implementação da política pública, a qual é desenvolvida por meio da cooperação e de normas contratuais que regem a relação entre as partes no longo prazo.

Nesse aspecto, o foco do trabalho serão ações governamentais no campo da infraestrutura. Na era da Administração Pública contratual, o contrato passa a ser um *instrumento de governo*,[4] cujo objeto é a implementação de uma política pública por meio da cooperação e colaboração no longo prazo entre diversos atores.

Apesar da sua relevância e uso cada vez mais frequente, o estudo do instrumento contratual como arranjo e substrato para o desenvolvimento de políticas públicas mereceu pouca atenção da doutrina. Tal omissão é injustificável, notadamente em razão do relevante papel que as contratações públicas vêm desempenhando na implementação de políticas públicas fundamentais para a sociedade.

A abordagem proposta integra a agenda de pesquisa de Direito e políticas públicas. Destaca-se, nesse âmbito, "a importância de enxergar o direito, entre tantas outras formas possíveis, como uma tecnologia de construção e operação de políticas

[3] COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario. Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). **Direito:** Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18 *et seq*, v. 1. Sobre o Novo Ativismo Estatal, ver COUTINHO, Diogo R.; TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a New Law and Development – new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **The World Bank Legal Review. Legal Innovation and Empowerment for Development**, 4: 281-314, 2013.

[4] MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Contratação Pública – IV.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 5-18.

públicas."[5] De fato, o direito administrativo fornece uma caixa de ferramentas repleta de instrumentos hábeis à formulação e execução de políticas públicas, dentre os quais será destacado, neste trabalho, o contrato administrativo. [6–7]

Esse ângulo de observação ainda foi pouco explorado pela doutrina pátria, que concentrou seus esforços no estudo da contratualização das funções administrativas (poder de polícia, regulação, oferta de serviços públicos) e suas implicações na teoria tradicional do contrato administrativo. A dissertação se concentrará na contratualização da função administrativa prestacional, de oferta de utilidades públicas à sociedade, por meio da elaboração e execução de políticas públicas de infraestrutura.

Dessa forma, esse instrumental teórico pode fornecer elementos importantes de releitura da teoria tradicional do contrato administrativo, desconstruindo verdades absolutas e enfrentando as novas fronteiras do instrumento contratual. Revisitar o instituto do contrato administrativo a partir da perspectiva das políticas públicas enseja novas abordagens de análise e possíveis reformas administrativas.[8]

Abandona-se, assim, a ideia de que a contratação de parceiros em projetos de infraestrutura deve obedecer a um cânone ou diretriz únicos. A ordem de análise se inverte: ao invés de partirmos de um exame minucioso – e, de certa maneira, ineficiente para os fins propostos – de um suposto "regime jurídico dos contratos administrativos", abstrato e genérico, procuraremos analisar como as decisões governamentais tomadas previamente são transformadas em cláusulas contratuais específicas, levando a modelagens particulares para cada empreendimento. Não há, portanto, uma intangibilidade da noção de contrato administrativo ou de um suposto regime jurídico-administrativo único aplicável a todos esses enlaces.

---

[5] COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 193.

[6] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e políticas públicas – O debate atual. In: ALMEIDA, Fernando M.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Direito Público em evolução** – Estudos em homenagem a Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 179.

[7] COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 196.

[8] Válido transcrever, a esse respeito, as considerações de Juliana Bonacorsi de Palma: "Para o futuro, é necessário aperfeiçoar os instrumentos de direito administrativo para promover maior efetividade da satisfação das finalidades públicas. Isso já se conhece. Porém, as políticas públicas ensejam uma ordem de estudo capaz de suscitar debates mais próximos à realidade e que se desenvolvam em torno de problemas, o que é fundamental para o desenvolvimento de reformas administrativas. **Para o Direito Administrativo, o papel das políticas públicas é crescente e necessário: de modo empírico e dinâmico, auxilia na sua atualização teórica e na maior promoção da efetividade de seus institutos**." (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit., p. 201 grifo nosso).

A leitura de uma política pública por meio de cláusulas contratuais lança luzes sobre as discussões público-privado envolvendo a modelagem de determinados projetos, bem como evidencia as potencialidades do instrumento contratual para transformar prioridades definidas pelo gestor público em políticas públicas eficazes. Trata-se, portanto, de olhar a atividade contratual da Administração Pública em setores de infraestrutura como verdadeiras políticas públicas.

Verifica-se, assim, a relevância do estudo do novo perfil dos arranjos entre setor público e privado. A nova onda de contratações públicas reflete as inovações observadas na última década no âmbito dos contratos administrativos. No entanto, as modelagens contratuais apresentam desafios que os institutos tradicionais de direito administrativo ainda não assimilaram, como a atenuação da prerrogativa de alteração unilateral do ajuste, novas formas de alocação de riscos e releitura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por todo o exposto, podemos afirmar, do ponto de vista do direito administrativo, que a perspectiva das políticas públicas pode auxiliar na superação do anacronismo da categoria jurídica do contrato administrativo em face dos desafios da ação governamental contemporânea. Por outro lado, o estudo das políticas públicas carece de um interesse maior por parte dos juristas e pode se beneficiar, em muito, do aperfeiçoamento dos arranjos e ferramentas jurídicas empregados em sua concepção e implantação, particularmente, no estudo ora proposto, do contrato administrativo.[9]

Trata-se, portanto, de tema que merece espaço na agenda de pesquisa acadêmica.

Delimitação do conceito de políticas públicas de infraestrutura

[9] Para ilustrar o ponto, transcrevemos passagem elucidativa de Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho sobre a aproximação entre Direito e políticas públicas: "A nosso ver, a ideia de política pública não deve se sobrepor às noções tradicionais do Direito. Ela vem para somar, não para substituir ou subtrair. Ela nos permite uma nova perspectiva, uma maneira diversa de enxergar e compreender o fenômeno jurídico. Por esta visão de mundo, as normas – a grande matéria-prima do jurista – e todos os debates que elas trazem consigo – métodos de interpretação, sanções, competências, vigência, validade, etc. – podem ser observados num contexto mais amplo: o da ação estatal – ou governamental. Sob a ótica da ideia de políticas públicas, a tônica pode se deslocar de uma análise mais isolada da norma para outra na qual sejam levados em conta os grandes objetivos perseguidos pelo Estado e a relação entre meios e fins. Haveria, neste sentido, uma ampliação dos horizontes do conhecimento jurídico. Mas não é só o campo do Direito que tem a ganhar com a noção de políticas públicas. O inverso também pode ser verdadeiro. Este artigo tem como pressuposto a ideia de que o Direito – ou, mais amplamente, o ingrediente jurídico – é fundamental para que se possa adequadamente conceber políticas públicas. Ignorá-lo pode ser fatal. O sucesso da ação governamental – talvez outro nome para política pública –, tanto no plano normativo como no fático, depende, intrinsecamente, do Direito e de variáveis a ele ligadas." (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas.** São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46-47).

Para fins do estudo ora proposto, toma-se como conceito de políticas públicas a definição segundo a qual estas consistem em programas de ação governamental oriundos de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, resultando em uma ação governamental processualmente estruturada.[10]

A investigação se deterá sobre o desenvolvimento de políticas públicas na área de infraestrutura.[11] A escolha pelos setores de infraestrutura se justifica pelo seu impacto no crescimento econômico e na redução da pobreza[12], sendo certo que políticas públicas nessas áreas demandam desembolsos significativos por parte do Estado, com espeque em planejamentos de longo prazo que superam ciclos eleitorais.

A infraestrutura pode ser analisada sob os vieses econômico e social.

No primeiro, ela se revela como um conjunto de atividades econômicas necessárias ao exercício de outras atividades econômicas e, como consequência, à realização de direitos com um viés econômico. É o caso, por exemplo, do setor de telecomunicações. Sob o aspecto social, a infraestrutura engloba as atividades de caráter social que são pressupostos para o desenvolvimento do ser humano enquanto membro de uma sociedade, como é o caso de saúde e educação.[13]

A dissertação partirá de um conceito amplo de infraestrutura, abarcando também as utilidades de natureza social, como escolas e hospitais. Adotaremos, portanto, um conceito alargado de serviço público, que não se restringe aos serviços públicos econômicos.[14]

---

[10] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

[11] Em sua obra sobre investimento privado em infraestrutura, Jeffrey Delmon elenca os setores de energia, transportes, petróleo e gás, telecomunicações e água e esgoto. Ver a obra DELMON, Jeffrey. **Private Sector Investment in Infrastructure – Project Finance, PPP projects and Risk.** Netherlands: Kluwer Law International, 2009. Já Vitor Rhein Schirato, invocando o conceito de Arne Glockner, considera infraestrutura todas as utilidades de natureza industrial (gás, energia, transporte, água e esgoto etc.) e social (educacional, esportiva, de recreação, etc.). (SCHIRATO, Vitor R. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 90).

[12] "**Importância da Infraestrutura para o Crescimento Econômico** (…) Políticas Públicas em infraestrutura de serviços reverberam por toda a economia – e serviços precários em geral limitam a competitividade em outros mercados." (GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions** – doing it right. Washington: WBI Development Studies, 2004).

[13] Esses dois ângulos de análise irão se imbricar em diversos momentos, como, por exemplo, no caso do setor de saneamento básico.

[14] "Sendo assim, o que é elemento marcante dos serviços públicos e, portanto, deve fazer parte do núcleo de sua definição, é o conjunto formado pelo caráter obrigacional da atividade (que impõe ao Estado o dever de prestação da atividade ou garantia dela), sua vinculação aos direitos fundamentais (que, de novo, pautam as relações ente cidadãos e Estado) e sua consubstanciação na exploração de uma atividade econômica material (não normativa, nem diretiva, portanto) pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, subsistindo seu dever de garantidor." (SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.

Para demonstrar como o contrato pode ser uma ferramenta útil na efetivação de políticas públicas de infraestrutura, optou-se pela realização de um estudo de caso a partir de um contrato já em fase de execução. A escolha recaiu sobre o contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital, celebrado entre o Estado de São Paulo, o Município e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

O ajuste em referência se apresentou como um modelo apto a evidenciar o argumento ora defendido pelas seguintes razões:

(i) a contratualização dos serviços na Capital conferiu segurança jurídica aos investimentos realizados pela SABESP, tendo em vista a controvérsia envolvendo a titularidade dos serviços de saneamento básico;
(ii) o contrato viabilizou a fixação de metas de longo prazo para a regularização e expansão dos serviços;
(iii) o contrato compatibilizou a prestação dos serviços no Município de São Paulo com os demais municípios integrantes da Região Metropolitana de São Paulo;
(iv) o ajuste permitiu a compatibilização de diversas políticas públicas conduzidas por entes distintos, costurando objetivos traçados pelo Município nos setores de habitação e mobilidade urbana com o planejamento metropolitano conduzido pelo Estado e a universalização dos serviços pela SABESP;
(v) o setor de saneamento básico passou por marcos regulatórios distintos ao longo dos anos, desde o PLANASA até o advento da Lei federal n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007 (Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico), que fixou as diretrizes nacionais para o setor, mas sofre até o momento com a falta de planejamento e investimentos de longo prazo para a universalização dos serviços.

Particularmente em relação à situação do saneamento básico no Brasil, válido tecer algumas considerações adicionais.

---

138). Ver também SCHIRATO, Vitor R. A Noção de Serviço Público nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 20, p. 219, 2007, em que o autor analisa o alargamento da noção de serviço público nas concessões administrativas, apresentando as seguintes conclusões: "Vê-se, portanto, que nas concessões administrativas há um *considerável alargamento da concepção de serviço público*, uma vez que tal espécie de concessão poderá abarcar não somente serviços públicos econômicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, tanto quanto as concessões comuns e patrocinadas, *como também* outras atividades não incluídas no rol dos serviços públicos econômicos, tais como serviços públicos de caráter social e utilidades relativas aos serviços públicos como função pública (neste último caso, respeitados os limites impostos pelo inciso III do artigo 4º da Lei nº 11.079/2005)."

O baixo nível de investimentos realizados no setor nas últimas décadas, aliado a problemas de gestão dos ativos existentes, resultou em elevadas perdas de água e índices pouco significativos de esgotamento sanitário.[15] Segundo a Associação Brasileira das Concessionárias de Serviços de Água e Esgoto (ABCON), os maiores desembolsos no setor foram efetuados por empresas estaduais, responsáveis pelo serviços em 70,8% dos municípios. Informa, ainda, que as empresas privadas atuam em 5,3% dos municípios e atendem "13,5% da população, de acordo com 128 contratos de concessão plena, 22 concessões parciais, 66 PPPs, três locações de ativos, e 78 outras formas contratuais, em sua maioria de prestação de serviço de gestão ou assistência técnica."[16]

De acordo com o Instituto Trata Brasil, apenas 48,6% da população têm acesso à coleta de esgoto e apenas 40% dos esgotos do país são tratados. Em relação ao abastecimento de água, 82,5% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água, o que significa que mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso a este serviço básico.[17]

Nesse panorama, a meta de universalização dos serviços de água e esgoto no país, fixada para 2033 pelo Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), torna-se cada vez mais distante.[18] De acordo com o plano, são necessários R$ 304 bilhões em investimento para o atingimento dessa meta, o que demanda o envolvimento não apenas do Governo Federal, por meio de recursos do PAC, mas também dos demais entes públicos e da iniciativa privada.

O desenvolvimento do setor de saneamento básico exige o planejamento de longo prazo, não se revelando viável a fixação de planos restritos aos ciclos eleitorais. O impacto social das políticas públicas de saneamento básico não se restringe ao abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgotos, mas se multiplica nas áreas da saúde, educação, habitação, dentre outras, sendo certo que não é possível realizar a almejada justiça social se o País não resolver as suas deficiências no setor.[19]

---

[15] BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **O investimento em infraestrutura no Brasil** – Parcerias Público-Privadas e Operações Urbanas Consorciadas. Série: Ciclo de Debates – Alianças Público-Privadas para o Desenvolvimento. Brasília: BID, 2015, p. 23.

[16] Idem, p. 25.

[17] INSTITUTO TRATA BRASIL. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil> . Acesso em 18.12.2016.

[18] METAS do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB. Disponível em <https://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/plansab/89-secretaria-nacional-de-saneamento/3297-6-metas-de-curto-medio-e-longo-prazos> . Acesso em 18.12.2016.

[19] ESTADO DE SÃO PAULO. Opinião. "A urgência do saneamento". 15 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-urgencia-do-saneamento,10000016305> . Acesso em 18.12.2016.

Estrutura do trabalho

A dissertação se pautará pelos seguintes marcos temporais: concepção da política pública, formulação da política pública e implementação da política pública. A análise empreendida terá por foco as duas últimas fases de efetivação de uma política pública, relacionadas à modelagem do instrumento contratual e à sua execução no longo prazo.

O capítulo 1 introduz a noção do contrato como um novo *modus operandi* da Administração Pública na consecução de suas finalidades. Para isso, foram apresentadas as premissas teóricas que deram ensejo à contratualização das funções públicas na atualidade, bem como os vetores de reformulação da teoria tradicional do contrato administrativo.

O capítulo 2 apresenta o contrato como um arranjo institucional de políticas públicas, partindo das seguintes premissas: (i) a política pública é (também) um fenômeno jurídico; (ii) o contrato administrativo é fonte de normatividade; (iii) o contrato administrativo é um instrumento de governo; e, (iv) o contrato administrativo é um contrato relacional. Introduzidas tais premissas, serão elencadas quatro condições sem as quais o contrato não se sustenta como um instrumento eficaz de efetivação de políticas públicas: (i) instituições; (ii) processo administrativo; e, como consequências inexoráveis, (iii) legitimação da interação público-privado e (iv) controle social.

O capítulo 3 é dedicado à fase de execução contratual, na qual a política pública será efetivamente implementada. Dessa forma, para esse propósito, foi segmentado em duas partes: na primeira, serão analisadas as decisões governamentais de políticas públicas relacionadas à modelagem contratual; e, na segunda, a execução contratual propriamente dita e como ela se relaciona com a efetivação da política pública idealizada, enfatizando as ideias de flexibilidade e renegociabilidade do contrato.

O Capítulo 4 traz o estudo de caso, consistente na análise do contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital. A proposta é evidenciar como a contratualização dos serviços conferiu segurança jurídica aos diversos atores envolvidos no processo, bem como permitiu a fixação de estratégias e metas de longo prazo para a expansão dos serviços no Município.

A conclusão sistematiza reflexões sobre o estado da arte das contratações de longo prazo destinadas a efetivar políticas públicas de infraestrutura e sugestões para o seu aprimoramento.

CAPÍTULO 1 – BASES DA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1.1. O Estado pós-moderno

O substrato teórico deste capítulo reside no estudo do novo Estado pluriclasse,[20] fruto da pós-modernidade, que se revela na existência de diversos interesses conflitantes na sociedade. Essa constatação traz reflexos para a forma de tomada de decisão do Estado, que passa a ter o dever de sopesar todos os direitos e interesses envolvidos e tomar uma decisão proporcional aos fins que melhor se coadunam com o interesse público.

No Estado pós-moderno, o paradigma bipolar Estado-cidadão cede lugar ao paradigma multipolar, com a presença de múltiplos agentes e interessados na discussão de assuntos na *arena pública*, espaço em que se desenvolvem a atividade pública e o intercâmbio entre Estado e sociedade.[21]

Em tempos de fragmentação do interesse público, o Estado passa a atuar como árbitro dos interesses em jogo. A Administração Pública assume, assim, um duplo papel na arena do consenso: parte e juiz. Por um lado, garante a paridade de armas, o equilíbrio de forças e o exercício do contraditório por todos os interessados no resultado da sua atuação e, por outro, detém a prerrogativa de prolatar a decisão final para a situação de conflito.

No direito pátrio, a ascensão dos direitos fundamentais com a Constituição de 1988, aliada à aceitação da existência de um Estado pluriclasse e pós-moderno, catalisaram o movimento de concertação no âmbito da Administração Pública. Com efeito, a afirmação de um rol extenso de direitos fundamentais levou ao reposicionamento da atuação estatal, com o fortalecimento do seu caráter prestacional, e à desverticalização das relações entre indivíduo e Estado.

A Carta de 1988 atuou, assim, como catalisadora da processualidade e da consensualidade no agir administrativo. Isso porque a função administrativa de dar cabo dos comandos constitucionais é realizada a partir de uma atuação processualizada. O interesse público deixou de ser uma revelação unívoca e subliminar pelo administrador

[20] GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 20 e *seq*.
[21] CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 83-146.

público, não sendo mais possível afirmar a prevalência apriorística de um interesse sobre o outro.[22] Deixa, portanto, de ser um dado e passa a ser uma construção.

1.1.1. Processualidade

Processo[23] é uma sucessão encadeada e necessária de atos coordenados para atingir uma finalidade, um resultado unitário, o ato final. O ato é, portanto, o resultado da cadeia processual, estático e imobilizado, ao passo que o processo é dinâmico, revelando-se como uma "concatenação juridicamente preestabelecida dos atos, que se coordenam à vista de um fim."[24]

Antes adstrita à função jurisdicional, a processualidade se torna a *disciplina do exercício do poder estatal*. Segundo Odete Medauar, pioneira no tratamento do tema do processo administrativo na doutrina pátria, a partir do final dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação da processualidade ligada ao exercício dos três principais poderes estatais (processos administrativo, legislativo e judicial). [25] Nesse sentido, a noção de processo transcende o direito processual, assumindo a feição de instrumento para o legítimo exercício do poder, presente, portanto, em todas as atividades estatais.[26]

Conforme lição clássica de Feliciano Benvenuti, a processualidade se vincula ao exercício da função estatal. Dessa forma, se há processualidade em todo exercício de uma

---

[22] Ver, por todos, SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. Sobre a desconstrução do "princípio da supremacia do interesse público", ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 83-130.

[23] Com efeito, distinção relevante consiste na apartação entre procedimento e processo. O procedimento se refere à sucessão necessária de atos encadeados, ao passo que processo corresponde ao procedimento com a participação dos interessados em contraditório. (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 29 e *seq*).

[24] Ibidem, p. 25-26. Na descrição de Odete Medauar: "A correlação com o ato sobressai clara ao se considerar que a sucessão de atos, encadeada e juridicamente necessária, direciona-se a um resultado unitário, o ato final de decisão. O fio referencial da sucessão situa-se justamente na formação desse ato final. O esquema processual abrange, na sua série, todos os atos que, de modo mediato ou imediato, são teleologicamente vinculados à elaboração do ato final. Portanto, todo ato do procedimento mantém vínculo teleológico com a decisão, para a qual se direciona." (p. 26-27)

[25] Ibidem, p. 14-15.

[26] "Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um *procedimento*, caracterizando-se este como *processo* desde que seja feito em *contraditório*." (grifos no original). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 150).

função, logo a processualidade administrativa diz respeito ao exercício da função administrativa.[27] O processo transforma o poder em ato, ou seja, a competência abstratamente prevista na norma em um ato concreto. Trata-se, portanto, de instrumento de exercício da função estatal.

Reconhecendo, de forma semelhante, a unicidade da teoria processual para todas as manifestações do poder extroverso estatal, Floriano de Azevedo Marques Neto invoca, a propósito, um "dever processual da atuação estatal". Nesse sentido, aduz que o poder estatal não é uma faculdade, mas, sim, um dever a ser exercido no cumprimento de uma finalidade. Esse exercício do poder, ou seja, a sua manifestação em concreto, deve cumprir uma série de ritos, princípios e condições, na medida em que o cidadão sempre será por ele afetado.[28]

Nessa acepção, o processo se torna o "meio reservado pelo direito para legitimar a ação estatal"[29], ou seja, "o meio que o Estado Democrático de Direito impõe para o exercício do poder estatal em qualquer de suas formas de manifestação."[30]

A atuação processualizada da Administração Pública oportuniza aos cidadãos maior envolvimento no funcionamento da coisa pública. Trata-se de uma das formas de materialização da noção de democracia participativa, em que o indivíduo efetivamente participa e se envolve na decisão pública.[31] O processo administrativo está, assim, umbilicalmente ligado aos anseios de uma *democracia administrativa*.[32]

---

[27] No trabalho "Funzione amministrativa, procedimento, processo", Feliciano Benvenuti associa, de forma pioneira, a processualidade ao exercício de uma função estatal, o que foi transplantado para o exercício da função administrativa. (BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Riv. Trim. Dir. Pubbl.,** vol. 118, 1952). Invocando as lições do publicista italiano, ver CHITI, Edoardo. **La dimensione funzionale del procedimento**. Disponível em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/procedimento-Chiti.pdf> . Acesso em 27.06.2016 e MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 20-23.

[28] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício do poder estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodium, 2008, p. 266.

[29] Ibidem, p. 267.

[30] Ibidem, p. 268.

[31] Para uma compreensão das potencialidades do processo administrativo no Estado Democrático de Direito, v. SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[32] Interessante notar, a esse respeito, que o Novo Código de Processo Civil (Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015) consagrou o conceito de *contraditório participativo*, que gera dever de diálogo entre o juiz e as partes. Vale citar, nesse sentido, o disposto no artigo 10 do NCPC, com a seguinte dicção: *"*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*"* Nesse particular, no âmbito do processo administrativo, válido citar, uma vez mais, a lição de Odete Medauar: "A combinação dos incs. LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, **a possibilidade de influir na formação do ato final**. O devido processo legal desdobra-se,

O processo administrativo permite identificar os interesses envolvidos, bem como, a partir do diálogo com os diferentes grupos de pressão, determinar qual será o interesse a prevalecer no caso concreto. O conteúdo do ato é, assim, feito de forma dialogada. Trata-se da processualização do agir administrativo, o que se coaduna com o novo perfil do processo administrativo, antes somente ligado à dimensão do ato administrativo para chegar à legitimação do poder.[33–34] Dessa forma, o processo permite aferir se a decisão administrativa adotada no caso concreto é aceitável e razoável.[35]

Gustavo Justino de Oliveira faz referência à noção contemporânea de Administração mediadora, cuja principal tarefa passa a ser a de compor conflitos entre interesses estatais e privados, incluindo os cidadãos no procedimento de determinação e densificação do interesse público, desconstruindo o monopólio estatal na matéria e afastando a exclusividade das autoridades públicas.[36]

Dessa forma, o direito se torna um direito negociado, oriundo da deliberação coletiva, e a legitimidade intrínseca das normas jurídicas, fruto da ideia do direito como encarnação da razão, é substituída por uma legitimidade procedimental.[37–38] Nessa linha, assevera Vitor Rhein Schirato que as decisões da Administração que afetem direitos ou interesses dos indivíduos não podem ser tomadas "entre quatro paredes", mas, sim, "com base em um curso processual que conte com a plena participação dos interessados, sendo o resultado desse curso".[39]

O processo administrativo torna-se, assim, um meio apto a legitimar a atuação da Administração Pública, seja pela abertura que ele propicia à participação, seja porque viabiliza a racionalização da atividade administrativa ou, finalmente, seja pela sua função

---

sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo." (grifo nosso) (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 83).

[33] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 174. V., ainda, o clássico da autora **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[34] "Assim se aceita que o fundamento atual da justiça administrativa não é a função de revisão do ato administrativo; que a tutela judicial alcança qualquer tipo de comportamento ou omissão administrativa; que o fundamental é a pretensão processual, e não o ato impugnado." (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 3 – El acto administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2-3).

[35] MEDAUAR, Odete. Op. cit, p. 65.

[36] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 213.

[37] CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-Moderne**. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 141.

[38] SCHIRATO, Vitor R. A participação de particulares na fase interna dos processos licitatórios**. Boletim de Licitações e Contratos,** p. 222-223, março.2014.

[39] Idem.

garantística na tutela de direitos fundamentais.[40] Nessa perspectiva, ele se revela como premissa e condição *sine qua non* para a consensualidade.

1.1.2. Consensualidade

A consensualidade representa a proliferação de mecanismos de diálogo, composição e engajamento do cidadão na consecução de finalidades públicas (ou interesses públicos). A ideia de consensualidade foi incorporada à Administração Pública como uma alternativa à imperatividade e à unilateralidade.[41] O fenômeno consensual é, assim, reflexo direto da redução da verticalidade entre Estado e cidadão, evidenciando a superação progressiva da ideia de contraposição absoluta entre o interesse público e o privado.

A consensualidade na Administração Pública se manifesta por meio dos fenômenos da *concertação* administrativa e da *contratualização* administrativa. A concertação traduz um método flexível de governar, por meio da interação entre representantes do governo e de outros atores sociais em busca do consenso. Já a contratualização administrativa "retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca."[42]

Na sistematização de Patrícia Ferreira Baptista, consensualidade e contratualidade não devem ser tidas como sinônimos, considerando que "entre as formas de consenso e os contratos existem algumas diferenças sensíveis, que justificam o desenvolvimento de uma categoria específica para as primeiras"[43] . Segundo a autora, seria possível cogitar de uma categoria mais ampla de contrato, em que este seria qualificado não apenas como uma conjugação de interesses antagônicos, mas como meio de expressão de relações de cooperação. No entanto, conclui que "as tentativas de aproximação dos acordos

[40] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243 e *seq*.
[41] Ibidem, p. 265.
[42] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.
[43] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Op. cit., p. 274.

administrativos aos contratos, todavia, parecem decorrer muito mais da ausência de uma sistematização adequada dos primeiros do que de sua efetiva proximidade."[44]

Em diversos campos da atuação administrativa, técnicas consensuais vêm sendo empregadas como soluções preferenciais à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil.[45]

Na França, inclusive, constata-se um movimento crescente de utilização do contrato para a condução da ação pública em áreas como urbanismo, educação, cultura, saúde, dentre outras.[46] A ênfase na lógica contratual traduz o movimento de contratualização da ação pública.

Uma das consequências desse movimento é a maior eficácia da ação pública, uma vez que a busca do consenso tende a garantir a cooperação dos grupos sociais e a coordenação das iniciativas oriundas de atores com papeis diversos.[47] Outro não é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem:

> As relações fundadas apenas ou predominantemente na coerção não serão tão duradouras quanto as que se fundem no consenso, situando-se entre ambas as relações híbridas, que, embora suportadas pela coerção, contam com um mínimo de aceitação do grupo – o que as aproximam das características consensuais institucionais espontâneas.[48]

Conclui-se que a ação pública passa a ser resultado das interações entre atores múltiplos, públicos e privados, conciliando estratégias e harmonizando interesses. O contrato é, nesse contexto, um dos meios jurídicos disponíveis para instrumentalizar essa cooperação.[49] Assim, constata Vitor Schirato que "o contrato passa a ser não apenas um

---

[44] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 276. Como expressões jurídicas da consensualidade, a autora menciona a decisão consensual (ou acordo *administrativo consensual*, como forma de encerramento do processo administrativo decisório) e o consenso na gestão (ou co-gestão administrativa) (p.279 e *seq*.)

[45] Segundo Gustavo Justino, em "âmbitos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade". (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 218).

[46] CONSEIL D'ÉTAT. **Rapport public 2008 – Le contrat, mode d'action publique et de production de normes**. Paris: La documentation française, 2008.

[47] Para Patrícia Ferreira Baptista, a consensualidade, "na medida em que permite a superação dos conflitos, assegura uma maior estabilidade nas relações administrativas, aumentando o grau de segurança jurídica das partes envolvidas." (BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Op. cit., p. 267).

[48] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36.

[49] CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-Moderne**. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 140. Nesse sentido, assevera Vitor Schirato que "o contrato passa a ser não apenas um meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação do interesse pela via consensual." (SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos

meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação do interesse pela via consensual".[50]

1.2. Do ato ao contrato

Um dos reflexos do movimento de contratualização administrativa é a perda de centralidade do ato administrativo e a valorização do contrato como novo *modus operandi* do Poder Público para a consecução de suas finalidades.

Esse movimento representa uma inovação em termos de governança pública, imprimindo dinamismo à atuação estatal, a qual passa a utilizar o contrato como um instrumento de realização do interesse público.

A Administração Pública passa a contar não apenas com o tradicional ato administrativo, mas também com ajustes embebidos no direito privado para alcançar as finalidades definidas pela sociedade na Constituição. O gestor público, além de eleger prioridades e implementar as pautas democraticamente definidas pela comunidade, deve realizar cálculos de custo-benefício do instrumento que melhor alcançará determinados resultados.

No entanto, a realização do interesse público pela via contratual passa, necessariamente, pela reformulação da teoria do contrato administrativo. O abandono das bases autoritárias, da desconfiança recíproca e do oportunismo que por vezes permeiam as negociações contratuais conduzidas entre Estado e setor privado constitui iniciativa fundamental para que se possa avançar na ideia do contrato como um *instrumento de governo*.

1.2.1. A perda de centralidade do ato administrativo

A categoria do ato administrativo é tradicionalmente descrita como o eixo central sobre o qual se erige o direito administrativo. Entretanto, diversos fenômenos provocaram

---

administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, 138, ano 12, 2013, Belo Horizonte, p. 51).

[50] Idem.

a perda de centralidade do ato administrativo na atuação estatal,[51] o qual vem sendo substituído pela noção de relação jurídica.[52]

Agustín Gordillo, em crítica ao modelo autoritário do ato administrativo, aponta algumas transformações pelas quais passa o direito administrativo globalizado:

> Já não basta nem satisfaz a decisão 'unilateral executória' da administração, semelhante à relação hierárquica castrense: agora se tende a uma liderança fundada no consenso dos liderados, na qual a execução das decisões exige cada vez mais a adesão daquele que será objeto de sua aplicação, assim como a do funcionário que será o órgão executor.[53]

Segundo Jacques Chevallier, observa-se a passagem de um direito autoritário para um direito baseado no acordo de vontades, de onde surge uma "cultura de negociação" que privilegia o instrumento contratual. Os instrumentos convencionais substituem progressivamente as técnicas unilaterais clássicas, evidenciando um novo perfil de relacionamento da Administração com a sociedade, fundado no diálogo e na busca do consenso, em lugar do manejo de instrumentos de autoridade.[54]

Esse movimento é reflexo da superação da visão autoritária oitocentista, que preconizava a existência de um interesse público unívoco, superior e autônomo em relação ao interesse particular, afastando a composição e a ponderação entre tais interesses. Lapidar, a esse respeito, a observação de Patrícia Ferreira Baptista:

> Tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados. A construção dessa disciplina jurídica operou-se impregnada pela crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade, naturalmente subordinados. Não raro, por isso, eram tais interesses

[51] O fenômeno da perda de centralidade do ato administrativo foi captado por Floriano de Azevedo Marques Neto no artigo *O ato administrativo autista*, em que critica a edição de atos administrativos desconectados do seu entorno, sem qualquer diálogo prévio com os cidadãos que serão por ele afetados. Ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: SCHIRATO, Vitor R.; MEDAUAR, Odete. (coord.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

[52] Tal perspectiva vem sendo defendida pela doutrina contemporânea, da qual vale a menção, em especial a de BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158, e SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. Capítulo 2.

[53] "Já não basta nem satisfaz a decisão 'unilateral executória' da administração, semelhante à relação hierárquica castrense: a tendência atual é uma liderança fundada no consenso dos liderados, na qual a execução das decisões exige cada vez mais a adesão daqueles que serão objeto de sua aplicação, bem como do funcionário que será o seu órgão executor." (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – Parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 14-15, vol. II, t. I).

[54] CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-Moderne**. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 138.

> qualificados indiscriminadamente, de forma pejorativa, como interesses corporativos ou categorizados.[55]

De acordo com a visão tradicional, a flexibilização das formas de atingimento do interesse público representaria uma relativização da própria supremacia desse interesse. Somente com o declínio do Estado-providência veio a constatação de que o Estado, sozinho, não era capaz de dar conta das tarefas até então absorvidas e de que a atuação fundada no ato administrativo não comportava a integralidade do fenômeno administrativo. Esse movimento permitiu a retomada da ideia de colaboração com os particulares e da consensualidade como forma de realização do interesse público.[56]

Dessa forma, a imperatividade e a unilateralidade do ato administrativo cedem espaço à multilateralidade do processo administrativo e à persecução do consenso.

Conforme visto no item 1.1.2, uma marca do Estado Pós-Moderno é a contratualização da atuação administrativa. [57] Fala-se, assim, em Administração contratual[58] ou Administração contratante[59], em que os contratos vêm sendo utilizados para concretizar as atividades-fim da Administração Pública. [60] Esse movimento alcança inúmeras funções administrativas, nas quais o Poder Público passa a se valer, progressivamente, de módulos consensuais para o exercício de seus misteres.[61]

Ao tratar dos novos papeis do contrato administrativo no direito francês, Maria João Estorninho afirma que "foi o alargamento crescente da intervenção do Estado na vida

---

[55] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 262.
[56] Ibidem, p. 262 e *seq*.
[57] CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-Moderne**. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008; GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat.** Paris: Presses de Sciences Po, 1999; MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.
[58] Nomenclatura utilizada por MARQUES NETO. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009).
[59] Nomenclatura utilizada por MEDAUAR. (MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009).
[60] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., p. 74 e 81.
[61] CASSESE, Sabino. A arena pública: Novos paradigmas para o Estado. In _____. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 83 *et seq*. Consoante expõe Vincenzo Cerulli Irelli, a Administração contemporânea utiliza atos de direito privado como instrumentos válidos para o alcance de finalidades públicas, em substituição à autoridade típica estatal consubstanciada no ato administrativo. (IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Amministrazione Pubblica e Diritto Privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 4 et *seq*).

social que, colocando a questão da eficácia da actuação administrativa, foi responsável por essa utilização mais alargada dos métodos contratuais."[62]

Essa tendência se insere na concepção do direito administrativo como um campo do direito fundamentalmente instrumental para a consecução das pautas que a sociedade define na carta constitucional. Aliada e tributária dessa perspectiva, entroniza-se no setor público a ideia de que a realização do interesse público pode ser viabilizada por meio de parcerias com a iniciativa privada. [63]

No direito italiano, Vicenzo Cerulli Irelli sustenta que a construção da ideia de uma Administração Pública sujeita a normas de direito público (ao "regime jurídico de direito público"), representativas do interesse geral e de caráter mandatório, é moderna e decorre do fortalecimento do princípio da legalidade, ou seja, da noção da lei como reitora da ação e organização administrativas.[64]

Porém, o autor busca desmistificar a sujeição da Administração Pública às normas de direito público, defendendo um "retorno ao direito privado", uma vez que este seria um instrumento adequado para o atingimento de diferentes resultados, a serem definidos pelo gestor público com base no interesse público específico que informa a sua atuação. [65]

Vale dizer: o direito administrativo (mais especificamente, o "regime jurídico de direito público")[66] se torna *um dos caminhos possíveis* – mas não o único – para a perseguição de determinadas finalidades pela Administração Pública, sendo necessário apenas nos casos especificados pela lei.[67]

---

[62] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.
[63] Ibidem, p. 59.
[64] IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Amministrazione Pubblica e Diritto Privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 1-2.
[65] "*Il negozio giuridico di diritto privato di per sé è struento idoneo al perseguimento dei più diversi risultati e quindi, ache dello specifico interesse pubblico cui a pubblica amministrazione informa la sua azione*." (Ibidem, p. 7).
[66] Cerulli Irelli faz referência a uma disciplina da Administração Pública (como ação e como organização), como ramo do direito público, fundada sobre princípios próprios, diversos daqueles do Direito comum (ressalvados os princípios gerais de Direito, de tradição civilista). Essa disciplina se consolida por meio da atuação dos juízes administrativos. (Ibidem, p. 2 e *seq).*
[67] "(...) *il diritto amministrativo diventa una delle discipline utilizzabili, uno strumento necessario soltanto nei casi individuati dalla legge*." (Ibidem, p. 7). No entendimento do autor, a Administração Pública sempre atuou de acordo com o direito civil, sendo certo que a evolução para o direito público foi uma consequência da jurisprudência administrativa italiana[67] (assim como, na França, a noção de regime jurídico de direito administrativo foi sendo construída pela jurisprudência do Conselho de Estado). Assim, conclui o autor que falta uma avaliação racional, em termos de custo-benefício e de produção de resultados para a sociedade, do melhor instrumento a ser utilizado em cada caso. O direito privado representaria um meio de atuação mais fluido e ágil, por meio do qual seria possível erigir relações jurídicas mais estáveis no longo prazo, ao passo que o direito público (administrativo) garantiria de forma mais eficaz os interesses e legítimas expectativas de terceiros. (Ibidem, p. 8).

Nesse contexto, o contrato se revela um instrumento tão eficiente para a realização do interesse público quanto o ato administrativo, a depender do caso concreto e desde que as partes possam discutir qual a melhor forma de alcançar determinada finalidade.

O contrato representa, assim, um novo modo de ação administrativa (*gouverner par contrat*, *government by contract*), repercutindo em diversas funções administrativas, notadamente a de execução de políticas públicas. Releva apontar, nesse aspecto, a transição de uma atuação estatal essencialmente voltada para a garantia da ordem e da propriedade dos cidadãos (repressora de violação a direitos) para a atuação de cunho prestacional, voltada à materialização de direitos fundamentais (concretizadora de direitos). Estamos, portanto, em uma conjuntura na qual (i) o Estado deve servir aos cidadãos; (ii) os serviços públicos, em sentido amplo, são instrumentos para a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição; (iii) e, a oferta desses serviços é uma obrigação, e não uma prerrogativa. Portanto, *o contrato é uma forma legítima de realização do interesse público*, ou seja, o consenso revela-se como um instrumento eficaz para a realização do interesse público.[68]

Porém, a ampliação do escopo do contrato no direito administrativo gera diversas controvérsias doutrinárias, conforme será visto no item subsequente.

1.2.2. Reformulação da teoria do contrato administrativo: seria possível unificar a teoria dos contratos?

[68] A lei italiana de processo administrativo (L. 7/1990) foi reformada em 2005 (L. 15/2005) e passou a contemplar, expressamente, a ideia de que o negócio jurídico privado pode alcançar finalidades públicas. É o que se extrai do seu artigo 1º, que elenca os princípios gerais da atividade administrativa:
"*CAPO I - PRINCÌPI*
Art. 1 (Princípi generali dell'attività amministrativa)
1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princípi dell'ordinamento comunitario. (comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera a), legge n. 15 del 2005)
1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.
(comma introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), legge n. 15 del 2005)
1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princípi di cui al comma 1.
(comma introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera b), legge n. 15 del 2005)
2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria."

Na França, o direito dos contratos se desenvolveu a partir da *summa divisio* (contratos administrativos-contratos de direito privado) por razões de competência e razões de fundo.[69]

A dualidade radical entre contratos privados, regidos pelo direito comum, e contratos administrativos, regidos pelo direito público, é um reflexo da ideia tradicional de autonomia científica e institucional do direito administrativo. Tributária dessa perspectiva, desenvolve-se a ideia de que essa autonomia deve se refletir na diferenciação radical de institutos, dentre eles o contrato, em relação àqueles do Direito Civil.[70]

As *razões de competência* se relacionam com a distinção entre a jurisdição judiciária e a jurisdição administrativa. Em linhas gerais, a competência das duas esferas é definida pelo direito aplicável ao caso *sub judice*. Nesse particular, a competência primordial do juiz administrativo é o exame de legalidade do ato administrativo, exarado com base na *puissance publique* estatal.[71]

Dessa forma, a jurisdição judiciária seria responsável pelo contencioso dos contratos de Direito privado, ainda que celebrados por pessoas de Direito público ("*personnes publiques*"), ao passo que a jurisdição administrativa destinar-se-ia ao contencioso de contratos de Direito público, ainda que celebrados entre pessoas de Direito privado.[72_73]

Já no tocante às *razões de fundo*, apesar da necessidade prática de definição de competência jurisdicional, particularidade da dualidade de jurisdição francesa, a qualificação dos contratos no direito francês também está ligada à própria *ratio* dos contratos e do direito que lhes é aplicável.

A categoria dos contratos administrativos possui antecedentes no Antigo Regime, tendo se desenvolvido ao longo do século XIX a partir dos grandes contratos de obras públicas. A sua sistematização foi feita já no século XX, a partir da jurisprudência acerca

[69] DELVOLVÉ, Pierre. Un droit des contrats sans summa division serait-il possible? In: DEUMIER, Pascale; BONNET, Baptiste. **De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?** Paris: Dalloz, 2010, p. 258
[70] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo – Tomo I**. Madrid: Civitas, 1977, p. 465.
[71] Vide GUYOMAR, Mattias; SEILLER, Bertrand. **Contentieux Administratif**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 20-24; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 13. ed. Paris: L.G.D.J, 2013, p. 21-29.
[72] DELVOLVÉ, Pierre. Op. cit., p. 258
[73] Segundo Pierre Delvolvé, essa divisão de competência não é absoluta, vez que a própria jurisprudência admite algumas exceções, tal como a dos contratos de venda dos imóveis titularizados pelo Estado, considerados contratos de direito privado cuja atribuição é da jurisdição administrativa. (DELVOLVÉ, Pierre. Op. cit., p. 258).

da modificação unilateral[74] e da teoria da imprevisão[75].[76] Com efeito, a noção de contrato administrativo surge, de fato, a partir da construção pretoriana do Conselho de Estado. Os elementos fundantes da teoria, lançados pela jurisprudência administrativa, serviram de base para a construção doutrinária, notadamente na obra de Gaston Jèze, da teoria do contrato administrativo, ao lado dos contratos de direito privado da Administração.[77]

A matriz francesa do direito administrativo exerceu forte influência sobre o direito brasileiro, notadamente em relação à teoria do contrato administrativo.[78] Antes, contudo, de esmiuçar a importação acrítica dessa teoria para o direito pátrio, cabe tecer uma nota prévia.

O Brasil desconhece a dualidade de jurisdição, tendo adotado o modelo de jurisdição una, em que todos os litígios envolvendo a Administração Pública e a aplicação do regime jurídico de direito público estão sujeitos ao Poder Judiciário (monismo jurisdicional). O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República consagrou, nesse particular, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A teoria francesa do contrato administrativo[79] tem por característica a previsão de prerrogativas exclusivas da Administração como parte contratante[80]. Esse modelo foi importado pelo direito pátrio, o que resultou na edição de dois diplomas legislativos: o Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, e a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações). Nesse sentido, o regime de prerrogativas da Administração (comumente denominadas "cláusulas exorbitantes") constitui uma realidade normativa (especialmente no artigo 58 da Lei n. 8.666/93, além de outras disposições relacionadas à fiscalização e aplicação de sanções), evidenciando a absorção da matriz francesa.

Além disso, a pretensão de uniformizar o regime jurídico aplicável aos contratos da Administração está materializada no disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 8.666/93, ao estabelecer que, para os fins da Lei, se considera contrato todo e qualquer ajuste "entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um

[74] CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways. In: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 125.
[75] CE 30 mars 1916, Compagnie generale d'éclairage de Bordeaux. In: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. Op. cit., p. 183.
[76] DELVOLVÉ, Pierre. Un droit des contrats sans summa division serait-il possible? In: DEUMIER, Pascale; BONNET, Baptiste. **De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?** Paris: Dalloz, 2010, p. 259
[77] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 124-125 e 139-151.
[78] Ibidem, p. 43.
[79] Para uma análise histórico-evolutiva da introdução do contrato administrativo no direito brasileiro, v. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Op. cit., p. 155-169.
[80] Ibidem, p. 217.

acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Nota-se que a previsão legislativa desconsiderou a própria distinção feita na teoria francesa quanto ao regime jurídico aplicável ao contrato em virtude de seu objeto contratual.[81]

Por outro lado, a introdução no Brasil da figura do contrato administrativo trouxe a reboque a diferenciação entre contratos administrativos e contratos privados da Administração. Tal distinção recebeu acolhida na doutrina tradicional do direito administrativo[82], além de estar prevista, ainda que de forma subliminar, no artigo 62, parágrafo 3º, da Lei n. 8.666/93.

A esse respeito, apesar de enunciar uma lista de contratos tipicamente de direito privado, o dispositivo prevê a aplicação, no que couber, dos artigos 55, 58 e 61 da Lei. Ao lado dos artigos 55 e 61, que tratam, respectivamente, de cláusulas necessárias ao contrato e de requisitos formais da avença, a lei invoca, "*no que couber*", a aplicação das prerrogativas da Administração previstas no artigo 58.

Questionável a opção legislativa. Apesar de o artigo 62, parágrafo 3º, apresentar um rol de contratos típicos de direito privado, o dispositivo invoca a aplicação de cláusulas exorbitantes "no que couber", desvirtuando a natureza de tais avenças e (supostamente) uniformizando o regime jurídico de todos os contratos celebrados pela Administração.[83]

Há que se analisar, nesse contexto, a profunda permeabilidade entre direito público e direito privado na teoria dos contratos.

---

[81] Fernando Dias Menezes de Almeida apresenta as categorias dos contratos concluídos pela Administração enunciadas por Gaston Jèze: "'(i) os contratos celebrados em vista de assegurar um serviço público, e *submetidos a regras especiais* (regime jurídico de direito público)' – 'estes são os *contratos administrativos propriamente ditos*' (ex.: *marché* de obras públicas, concessão de serviços públicos); e (ii) os contratos de *direito civil*, concluídos pela Administração em vista de assegurar o funcionamento de um serviço público, mas regidos pelo direito privado.' (ex.: venda, locação, certos marchés de fornecimento)." (grifos no original). (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 143).

[82] CRETELLA JR., José. **Tratado de Direito Administrativo** – (Contratos administrativos). Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 15-16, v. III.

[83] No artigo clássico de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em que o autor defende uma reflexão acerca da aplicação irrestrita e irrefletida das denominadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Para o autor, a inclusão das cláusulas exorbitantes não decorre pura e simplesmente da natureza de contrato administrativo, mas sim de uma decisão motivada do Poder Público que demonstre que a inclusão daquela disposição afigura-se consentânea com o interesse público, tal como ele se apresente em determinada relação contratual (Teoria da Dupla Motivação). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 586).

No tocante à presença do Direito privado na teoria dos contratos, vale mencionar, como premissa inafastável, a própria noção de contrato herdada da concepção civilista.

A ideia de contrato, como concebida pelo direito civil, é comum a todos os ramos do direito. Nesse sentido, afirma Pierre Delvolvé que duas condições fundamentais são detectadas nos diversos sistemas jurídicos para identificar um contrato: i) o acordo de vontades; ii) a criação de direitos e obrigações.[84]

Nesse particular, as bases teóricas dos vícios de consentimento, do erro, do dolo, da causa do contrato[85], também se aplicam aos contratos administrativos.[86]

Outrossim, a essência dos contratos com instrumentos de criação de direitos e obrigações para as partes se verifica tanto nos contratos de direito privado quanto nos contratos de direito público.[87]

Além disso, o direito privado fornece as bases do regime jurídico contratual, mormente no tocante à (i) determinação do conteúdo dos contratos e à (ii) execução dos contratos.[88] Há, nesse particular, uma presença marcante das formulações teóricas do direito das obrigações, conforme se passa a expor.

De maneira geral, o *conteúdo dos contratos* é determinado pela vontade das partes, ressalvados os casos de cláusulas oriundas de imposição legal. Tal assertiva não é incompatível com os contratos celebrados pela Administração Pública, em que se verifica, progressivamente, um deslocamento da fonte de normatividade da lei para o contrato[89] e uma "maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público"[90].

Nesse sentido, eventuais cláusulas podem ser obrigatórias em virtude de regulamento, da lei ou da própria Constituição, sem descaracterizar a natureza de acordo quanto ao conteúdo da avença. Não se olvida da assertiva corrente de que os contratos com a Administração seriam contratos de adesão. Porém, ainda que tal afirmação fosse

---

[84] DELVOLVÉ, Pierre. Un droit des contrats sans summa division serait-il possible? In: DEUMIER, Pascale; BONNET, Baptiste. **De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?** Paris: Dalloz, 2010, p. 260.
[85] V., a esse respeito, NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A causa do contrato administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
[86] DELVOLVÉ, Pierre. Op. cit., p. 262.
[87] Ibidem, p. 263.
[88] Ibidem, p. 264 e ss.
[89] Esse ponto sera tratado com mais vagar no Capítulo 2.
[90] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do contrato administrativo à administração contratual". **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 80, dez. 2009; MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 61-74, set.2012/fev. 2013.

consentânea com a nova realidade das contratações públicas – o que não é –, não tem o condão de desnaturar a base privatista da teoria contratual, vez que o direito privado admite, há muito, os contratos de adesão, inclusive em relações consumeristas.

Além disso, *em relação à execução dos contratos*, o direito administrativo se utiliza dos métodos interpretativos do direito privado de boa execução contratual e de responsabilidade contratual, bem como da noção de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).[91]

Por outro lado, o direito público se faz presente na teoria dos contratos. Em primeiro lugar, pela presença da Administração Pública como parte contratante (critério orgânico).

A presença da Administração Pública atrai exigências de direito público para a formalização do acordo, notadamente relacionadas aos princípios da impessoalidade, da moralidade e publicidade. De fato, é imperativa a realização de um procedimento prévio de seleção da proposta mais vantajosa, pautado por regras de transparência e publicidade. No direito brasileiro, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição traz a obrigação de prévio certame licitatório com condição para a celebração de contratos pela Administração (sejam eles, na vetusta diferenciação legislativa, contratos privados da Administração ou contratos administrativos).

Nesse sentido, lapidar a assertiva de A. C. L. Davies: o governo não deixa de ser governo pela "celebração de um contrato, de modo que o direito público – que é destinado a regular o governo – deve constituir uma parte importante do regime regulatório das contratações públicas".[92]

No mesmo sentido, afirma Maria João Estorninho que "quando a administração pública se socorre das formas de organização e actuação do Direito Privado, este sofre algumas transformações e nunca se aplica 'em si mesmo'".[93]

Além disso, há também especificidades relacionadas ao próprio objeto a ser contratado pela Administração (critério material).

Em sua formulação teórica, verifica-se que a noção de contrato administrativo está mais ligada ao serviço público como objeto contratual do que à presença da Administração no polo contratante. De acordo com a Teoria Geral dos Contratos da Administração, de

[91] DELVOLVÉ, Pierre. Un droit des contrats sans summa division serait-il possible? In: DEUMIER, Pascale; BONNET, Baptiste. **De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?**. Paris: Dalloz, 2010, p. 265.
[92] DAVIES, A. C. L. **The Public Law of Government Contracts.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 63.
[93] ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 156.

Gaston Jèze, os contratos celebrados pela Administração se dividem na categoria dos contratos administrativos "propriamente ditos" e os contratos de direito civil. Os contratos administrativos teriam como objetivo facilitar o funcionamento do serviço público, razão pela qual estariam submetidos a regras especiais (regime jurídico de direito público).[94]

Dessa forma, toda a construção do regime jurídico dos contratos administrativos está intimamente relacionada ao objeto da avença, o serviço público.[95] A uniformização da Lei federal n. 8.666/93 não guarda qualquer relação com a teoria do contrato administrativo originalmente formulada no direito francês. Na concepção original francesa, o contrato é administrativo em razão do objeto do contrato, e não da mera presença da Administração Pública como parte contratante. A característica fundamental do contrato administrativo seria a mutabilidade do seu objeto, razão pela qual a teoria do contrato administrativo tem como objetivo harmonizar a necessidade de flexibilização da noção de *pacta sunt servanda* do direito civil para comportar a mutabilidade do serviço público contratado (daí o surgimento das cláusulas exorbitantes, notadamente a de alteração unilateral da avença).

Com efeito, mesmo países que não reconhecem a categoria jurídica de contrato administrativo, integrantes em sua maioria do *common law*[96], admitem poder de alteração e resilição unilateral, mantido o equilíbrio econômico do contrato.[97]

A. C. L. Davies, abordando os denominados *government contracts* sob a perspectiva do direito público, apresenta a seguinte premissa:

> Apesar de o Direito Inglês não adotar o entendimento francês no sentido da existência de uma categoria apartada de contratos públicos, com regras próprias, os contratos públicos atraem um tratamento especial tanto no direito estatutário quanto no direito comum.[98]

---

[94] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 141 e *seq*.

[95] Ibidem, p. 143; SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública. Contratos Administrativos e Contratos da Administração - Pertinência da Diferenciação. **Revista de Contratos Públicos**, v. 02, p. 182, 2013. .

[96] Conforme informa Michel Fromont, faz-se necessário mencionar os países de direito romanístico integrantes do por ele denominado "grupo germânico", composto por Alemanha, Áustria, Suíça e Países-Baixos, que adotam o princípio da submissão ao direito privado dos contratos da Administração, mas equiparam a decisão de concluir um contrato à uma decisão financeira sujeita às regras do direito orçamentário. (FROMONT, Michel. "L'évolution du droit des contrats de l'Administration – Différences théoriques et convergences de fait". In: NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Ulrich. **Droit Comparé des Contrats Publics**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 270). Vide ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. cit., p. 172-175.

[97] NOGUELLOU, Rozen. "Les catégories du droit des contrats administratifs". In: AUBY, Jean-Bernard. **L'influence du droit européen sur les categories du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2010, p. 689.

[98] DAVIES, A. C. L. **The Public Law of Government Contracts.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 63.

No contexto do *common law*, as regras derrogatórias nos contratos da Administração se assemelham às regras derrogatórias consumeristas ou trabalhistas.[99] Vale dizer: os contratos de direito privado também estão sujeitos à incidência de normas de ordem pública e regulação estatal.

Além disso, tais regras também se aplicam aos contratos administrativos, ou seja, a Administração se sujeita às regras do direito concorrencial[100] e, no que couber, às regras consumeristas.[101] Nesse particular, no tocante às relações de consumo, já se admite que a própria Administração invoque, em seu favor, regras consumeristas, quando delineada uma relação de consumo marcada pela vulnerabilidade técnica do consumidor.[102]

Com efeito, existem regras gerais vocacionadas a se aplicar ao conjunto de contratos – sejam eles de direito público ou privado – e que podem ter o efeito de modificar as relações entre a Administração e seu contratado.[103]

Finalmente, no direito pátrio, ganha força a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, da proteção da confiança legítima e da lealdade contratual entre as partes, notadamente nos contratos administrativos, a partir da proibição do comportamento contraditório da Administração Pública e da teoria das autolimitações administrativas.[104]

Por todo o exposto, é possível cogitar – *de lege ferenda* – a *unificação da teoria dos contratos*. O primeiro passo seria abandonar a ideia de regime único para os contratos administrativos. Isso porque os contratos entre privados e os contratos da Administração possuem, na sua origem, regime jurídico semelhante. As derrogações publicísticas ao direito comum decorrem (i) da presença da Administração Pública no polo contratante (critério orgânico) e (ii) da especificidade do objeto contratual (critério material).

---

[99] FROMONT, Michel. "L'évolution du droit des contrats de l'Administration – Différences théoriques et convergences de fait". In: NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Ulrich. **Droit Comparé des Contrats Publics**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 26.

[100] Confira-se, a esse respeito, a redação do artigo 31 da Lei n. 12.529/2011: "Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal."

[101] Sem embargo da discussão envolvendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público, o que foge ao escopo deste trabalho, vale citar, para os fins propostos, o artigo 7º, *caput*, da Lei n. 8987/95, que dispõe: "Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários".

[102] GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos (casos e polêmicas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 249.

[103] NOGUELLOU, Rozen. "Les catégories du droit des contrats administratifs". In: AUBY, Jean-Bernard. **L'influence du droit européen sur les categories du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2010, p. 689.

[104] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Confiança Legítima no relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada. In: _____; CORRÊA, André Rodrigues. **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

Dessa forma, não há que se falar em *regime monobloco ou monolítico* dos contratos administrativos. Em primeiro lugar, a presença da Administração Pública atrairá, como visto, exigências juspublicísticas relacionadas à formalização da contratação, pautada em critérios de transparência, publicidade e impessoalidade.

No entanto, o elemento que, de fato, irá graduar a incidência do regime comum no contrato administrativo será o objeto contratual e as especificidades relacionadas ao serviço público.

Como visto, tais modulações não são exclusivas de sistemas *civil law*, sendo observadas igualmente em sistemas do *common law* que, tradicionalmente, não fazem a distinção entre contratos privados e contratos administrativos.

Com efeito, é necessário modular o regime dos contratos administrativos, e essa gradação resultará em diferentes matizes adequados a enorme gama de relações contratuais firmadas entre setor público e privado. Parte-se, assim, da premissa de que há uma constante *"*permeabilidade entre direito público e direito privado*"*.[105]

Não há que se falar, portanto, em dicotomia direito público-direito privado, mas, sim, em graus de derrogação do regime comum. Nessa linha, a par das exigências constitucionais para a formalização da avença (critério orgânico), é possível imaginar que o contrato celebrado com a Administração Pública nasce no direito privado e vai caminhando gradativamente para o direito público, a depender do objeto contratado.

O contrato administrativo não possui um único regime jurídico preto e branco, mas sim uma paleta de cores, repleta de diversos matizes.[106] A corroborar a assertiva, válido recordar que alguns tipos contratuais já receberam tratamento normativo específico (v., a propósito, a Lei de PPPs, a Lei de Concessões, a Lei de Consórcios Públicos). Outros terão o seu regime jurídico definido no próprio instrumento contratual. Há, nesse particular, um desafio de superação da visão da Lei n. 8.666/93 como regime único possível em matéria de licitações e contratos (a "maldição" do regime único).[107–108]

---

[105] SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública. Contratos Administrativos e Contratos da Administração - Pertinência da Diferenciação. **Revista de Contratos Públicos**, v. 02, p. 180, 2013. .

[106] Tal concepção vai de encontro à noção tradicional de que as cláusulas exorbitantes prescindem de previsão contratual, pois *"*tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos e são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de 'contratos'.*"*(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 631). V. também DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 277 e *seq.*

[107] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do contrato administrativo à administração contratual". **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 77, dez. 2009.

A aceitação da gama variada de regimes jurídicos dos contratos celebrados pela Administração permite, no limite, a otimização da função socioeconômica do contrato.

Como consequência inexorável da desconstrução do regime jurídico único das contratações da Administração resulta a superação da distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração. Trata-se de classificação que não mais se coaduna com o atual perfil das contratações públicas e seus diferentes matizes. Além disso, a manutenção da distinção gera inúmeras dúvidas interpretativas, notadamente quando se leva em conta a dicção do artigo 62, parágrafo 3º, Lei n. 8.666/93 e sua expressão "no que couber". Por essa razão, Vitor Rhein Schirato traz as seguintes ponderações:

> Via de consequência, a segregação entre contratos administrativos e contratos da Administração Pública não faz qualquer sentido. Ela é destinada a explicar a razão de determinados contratos celebrados pela Administração Pública não se subordinarem ao regime jurídico de direito público, mesmo com a presença da Administração em um de seus polos. É uma decorrência da lógica da barreira entre direito público e direito privado. Essa situação é facilmente explicável sem classificação alguma, eis que o regime jurídico de direito público somente deve estar presente quando for um elemento que permita o encontro de uma relação jurídico-econômico eficiente.[109]

Visto que, ao contrato celebrado pela Administração deve ser aplicável o regime que for mais eficiente e condizente com o objeto contratual, tal classificação torna-se efetivamente dispensável.[110]

A aceitação acrítica da noção de contrato administrativo resultou no reduzido grau de vinculação que a avença representa para a Administração Pública, tendo em vista a sua prerrogativa de alterá-lo unilateralmente e a qualquer tempo. Ademais, aliado ao "princípio" da supremacia do interesse público, o contrato se tornou um instrumento de submissão do particular, o que trouxe consequências nefastas para a própria Administração Pública, considerando a garantia de preservação, a qualquer custo, do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

O movimento de inadequação da teoria do contrato administrativo foi captado por Maria João Estorninho, para quem o tema dos contratos da Administração se assemelha a

---

[108] SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública. Contratos Administrativos e Contratos da Administração - Pertinência da Diferenciação. **Revista de Contratos Públicos**, v. 02, p. 178 e *seq*, 2013..
[109] Ibidem, p. 182.
[110] Idem.

um "velho sótão, terreno propício a descobertas inesperadas e onde, sob a aparente quietude, tudo continua em desordem, não se compadecendo com meros momentos de 'arejamento periódico' ".[111]

Michel Fromont dá conta de que inúmeros ordenamentos jurídicos partiram de soluções opostas no tocante aos contratos da Administração: para uns, os contratos da Administração são regidos por um regime exorbitante ou derrogatório do direito comum; para outros, tais contratos se assemelham a ajustes celebrados entre pessoas de direito privado, regendo-se pelo direito comum. No entanto, nota-se uma convergência na solução final, ou seja, a aplicação de regras derrogatórias ao direito comum.[112]

O exemplo mais significativo seria o dos Estados Unidos, pois o direito norte-americano não excluiu totalmente a aplicação do direito comum aos contratos da Administração, mas afirmou que inúmeras regras derrogatórias devem reger tais contratações.[113]

Por todo o exposto, constata-se que o contrato é uma categoria que não pertence integralmente nem ao direito público e nem ao direito privado. Essa ideia já era defendida por Léon Duguit em crítica a essa separação:

> Rechaçamos energicamente tais propostas [relativas à segregação entre atos jurídicos regidos pelo direito público e pelo direito privado]. O ato jurídico possui uma natureza ainda por determinar, mas não admitimos que essa natureza possa variar conforme a pessoa jurídica da qual ele emana. O ato jurídico é uma manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos porque editado dentro dos limites fixados pela lei e com vistas a um propósito conforme a lei: o ato jurídico possui sempre tal característica. O contrato possui, notadamente, uma essência permanente e quando nos deparamos com a assertiva relativa à existência de um contrato de direito público, não podemos crer que há uma única sutileza apta a justificar um privilégio de jurisdição ou qualquer outro atribuído a uma pessoa jurídica de direito público.[114]

Conquanto não se pode falar – ainda – na superação absoluta da dicotomia contratos de direito público-contratos de direito privado e na unificação da disciplina sob o

---

[111] ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13-14.

[112] FROMONT, Michel. "L'évolution du droit des contrats de l'Administration – Différences théoriques et convergences de fait". In: NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Ulrich. **Droit Comparé des Contrats Publics**. Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 277.

[113] Ibidem, p. 268.

[114] DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel – Théorie Générale de l'État – Organisation politique.** Paris: Fontemoing, 1907, p. 68 Disponível em: <https://ia902605.us.archive.org/7/items/manueldedroitco00dugugoog/manueldedroitco00dugugoog.pdf> . Acesso em 01.12.2016.

título *Direito dos Contratos*[115], é necessário revisitar a premissa de que a ordem jurídica é uma realidade unitária.[116] A esse respeito, Patrícia Ferreira Baptista traz a seguinte constatação:

> Hoje, reconhece-se mesmo que a distinção entre o direito público e o direito privado não pode ser considerada em termos absolutos e, assim, privilegia-se uma concepção unitária da ordem jurídica. A *summa divisio*, de fato, "remonta a uma época em que atividades públicas eram fundamentalmente distintas das atividades privadas e apresentavam em relação a estas um carácter excepcional." Quando a nitidez da distinção entre o Estado e a sociedade que caracterizava o Estado liberal foi desfeita com o Estado-providência, os critérios para definir o que pertence à esfera pública ou à privada tornaram-se menos seguros. A prova de que mudanças ocorreram são os movimentos não só de privatização do direito público, mas também de publicização do direito privado.[117]

Os novos arranjos contratuais se descolam da teoria tradicional do contrato administrativo, a qual se revela insuficiente para lidar com a complexidade da Administração Pública pós-moderna, levando à necessidade de renovação do instituto.[118]

1.3. Conclusão parcial

À guisa de conclusão, parece razoável afirmar que o contrato administrativo não mais representa uma relação hierarquizada e fundada em prerrogativas exorbitantes da Administração Pública, atenuadas por uma fórmula intangível de equilíbrio econômico-financeiro. O instrumental teórico atual é insuficiente para dar conta da complexidade das

[115] Nesse contexto, releva mencionar a influência do direito europeu na categoria jurídica do contrato administrativo. A evolução do direito europeu provocou alterações em diversas categorias jurídicas tradicionais do direito francês, dentre elas, a do contrato administrativo. Questiona-se, assim, se o advento da União Europeia teria levado à transformação da dicotomia entre o contrato administrativo e os contratos de Direito privado. Na França, o tema vem recebendo a atenção da doutrina, conforme se observa nas obras AUBY, Jean-Bernard. L'influence du Droit Européen sur les categories du droit public. Paris: Dalloz, 2010, e AUBY, Jean-Bernard; ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. **Droit Administratif Européen**. Paris: Bruylant, 2007. Sobre o projeto de reforma do direito dos contratos na França ("*projet de reforme du régime des obligations et des quasi-contrats*"), Rozen Naguellou afirma que "a grande evolução será observar uma aproximação ou convergência entre o contrato civil e o contrato administrativo no centro de um direito geral dos contratos comunitário". (NOGUELLOU, Rozen. "Les catégories du droit des contrats administratifs". In: AUBY, Jean-Bernard. **L'influence du droit européen sur les categories du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2010, p. 689. O projeto está disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf> . Acesso em 26.06.2016.

[116] ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 152-153.

[117] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12-13.

[118] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

contratações públicas contemporâneas, devendo-se recorrer a outras perspectivas, como a proteção à confiança legítima e a lealdade contratual.

Com efeito, a dualidade de regimes, jurídico-administrativo e exorbitante para os contratos administrativos, comum para os contratos "privados" da Administração Pública, não atende aos anseios de uma nova Administração Pública gerencial e contratante. Inclusive, essa separação estanque entre contratos administrativos e contratos privados da Administração não se coaduna com a realidade híbrida das novas contratações públicas.[119]

Em um cenário no qual o setor privado realiza – ele próprio – ou auxilia o exercício de funções públicas, há uma transição das relações hierarquizadas para relações contratualizadas.[120]

Na era da Administração Pública contratual, o contrato passa a ser um *instrumento de governo*[121], viabilizando a implementação de políticas públicas por meio da cooperação e colaboração no longo prazo entre diversos atores. Nesse particular, a força vinculante do contrato permite a consolidação de um planejamento de longo prazo, inerente às políticas públicas de infraestrutura.

Outrossim, a decisão de investimento tomada pelo Poder Público passa a ser informada por diversas variáveis, dentre elas os custos e benefícios do projeto, os objetivos de desenvolvimento de determinado setor, bem como o potencial de *expertise* a ser aportado pelo setor privado na sua execução. O contratado se torna um colaborador ativo da Administração Pública contratante, o que repercute na modelagem dessas contratações e na forma de diálogo e interação das partes longo da sua execução.

Nessa toada, o contrato deixa de ser visto como um instrumento *descontínuo* e passa a ser *relacional*. Os contratos descontínuos são marcados pela impessoalidade e pelo intuito de planejar comportamentos (i.e., tendem a tornar presente o futuro)[122]. Já os contratos relacionais priorizam a criação de relações contínuas e duradouras, razão pela

---

[119] "(...) essa diferença de natureza e essa diversidade de regime dos contratos administrativos e dos contratos privados que se defende como axiomática se afasta da radicalidade que se pretende, e se adverte também que este modo de compreender o problema tem muito pouco a ver com o seu tratamento original, que era puramente pragmático, limitado ao tema processual." (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo – Tomo I**. Madrid: Civitas, 1977, p. 465).

[120] FREEMAN, Jody. **The Contracting State**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248860> . Acesso em 30.06.2016, p. 161.

[121] MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Contratação Pública** – IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 5-18.

[122] De acordo com Ronaldo Porto Macedo Junior, "o contrato descontínuo corresponde à definição que o pensamento contratual clássico deu ao contrato tanto na doutrina quanto na elaboração de estatutos e códigos." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no Direito Brasileiro.** (1997). Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>, p. 5. Acesso em 01.12.2016.

qual suas cláusulas se dedicam menos a disciplinar situações determinadas e mais a processualizar decisões futuras.[123]

Diante da impossibilidade de prever, de antemão, todas as situações que podem impactar o cumprimento das obrigações contratuais pelas partes, o contrato passa a albergar cláusulas de renegociação, de procedimentalização da tomada de decisão e de mediação de conflitos. O instrumento contratual passa, assim, a se dedicar à disciplina da dinâmica do ajuste para fazer frente à *cambiante conjuntura*.[124]

As características desse modelo de contrato, bem como os mecanismos de garantia de estabilidade e de renegociabilidade, serão abordados com mais vagar nos capítulos 2 e 3.

[123] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 132 *et seq.* O autor afirma expressamente que o contrato administrativo é um exemplo de contrato relacional. Sobre a teoria dos contratos relacionais, ver, por todos, MACNEIL, Ian R. Contracts: Adjustement of Long-Term Economics Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law. **Northwestern Law Review**, 72/854-905, 1977-1978.

[124] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo.** Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 219.

CAPÍTULO 2 - ARRANJOS CONTRATUAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. Vetores de compreensão do contrato como um arranjo institucional de políticas públicas

A atuação estatal ordenada e planejada se traduz na elaboração e implementação de políticas públicas. Políticas públicas são aqui compreendidas como programas de ação que visam realizar ou materializar os direitos assegurados pela Constituição, conferindo-lhes eficácia e efetividade.[125] São, assim, instrumentos e diretrizes de ação estatal.

Políticas públicas podem assumir uma multiplicidade de formas, além de ter origem em diversos agentes da Administração Pública e em diferentes tipos de norma.[126] Elas nascem, portanto, na Constituição, em leis ou no próprio orçamento público (conforme artigo 165, parágrafos 1º e 2º, Constituição), mas também, como se pretende demonstrar neste capítulo, em arranjos contratuais. Contratos representam políticas públicas em sentido estrito, ou seja, escolhas públicas específicas para a condução de um determinado projeto.[127]

Como exemplo de escolhas de políticas públicas consubstanciadas em instrumentos contratuais, podemos citar o plano de investimentos, o alcance e o escopo do objeto contratual, a alocação de riscos, a fixação de metas de universalização, o estabelecimento de índices de desempenho do serviço, o financiamento do empreendimento, entre outros aspectos.[128]

---

[125] COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 189. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas consistem em programas de ação governamental oriundos de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, resultando em uma ação governamental processualmente estruturada. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109).

[126] BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133, p. 95, jan./mar. 1997.

[127] Sobre decisões governamentais e políticas públicas nas parcerias publico-privadas, v. SCHIRATO, Vitor R. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

[128] De forma semelhante, afirma Juliana Bonacorsi de Palma: "Além desse modo mais conhecido de interação entre políticas públicas e Direito Administrativo, **políticas públicas também podem ser estabelecidas em contratos administrativos**. As metas de universalização previstas em alguns contratos regulatórios, especialmente no setor de telecomunicações, podem ser lidas como efetivas políticas públicas de natureza contratual. Também dos acordos administrativos, como os termos de ajustamento de conduta e os

Outrossim, diversos objetivos de longo prazo, plasmados em contratos que ultrapassam mais de um mandato eletivo, são desenhados no âmbito do Poder Executivo, com espeque em programas governamentais descritos no Plano Plurianual (PPA). O PPA, por sua vez, é elaborado a partir de diretrizes políticas e objetivos estratégicos fixados pelo governo e, posteriormente, aprovado pelo Poder Legislativo. Seus programas devem conter indicadores e metas para o acompanhamento de resultados, os quais podem ser atingidos por meio da celebração de contratos.

O que se observa é que a política pública no campo da infraestrutura não é uma atribuição exclusiva do legislador ou do administrador, mas sim resultado de uma interação entre os Poderes. Esse aspecto demanda uma profunda articulação institucional, em que todas as esferas são convidadas a refletir sobre programas de infraestrutura de longo prazo. A fixação de prioridades e diretrizes governamentais específicas para um determinado setor é fruto de uma articulação complexa entre as instâncias que realizam as políticas públicas e aquelas que sofrem os seus efeitos.

O objetivo deste capítulo é introduzir a noção do contrato como um arranjo institucional de políticas públicas, o qual pode ser compreendido como "o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica".[129] Essa perspectiva se baseia nas seguintes premissas: (i) a política pública é (também) um fenômeno jurídico; (ii) o contrato administrativo é fonte de normatividade; (iii) o contrato administrativo é um contrato relacional; e, (iv) o contrato administrativo é um instrumento de governo.

2.1.1. A política pública como fenômeno jurídico

A *política pública é um fenômeno jurídico*, que pressupõe um arcabouço normativo para ser efetivada**.** Além de fornecer a sua estrutura básica – normas e atos jurídicos que a compõem –, o direito também condiciona os seus métodos de definição –

termos de compromisso, podem emanar políticas públicas. É o que se evidencia, por exemplo, quando se pactuam obrigações de conscientização popular acerca de temas de sensibilidade social (envolvendo direitos do consumidor ou sustentabilidade ambiental, por exemplo)." (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e políticas públicas – O debate atual. In: ALMEIDA, Fernando M.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Direito Público em evolução** – Estudos em homenagem a Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 180 grifo nosso).

[129] GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: _____; _____ (ed.). **Capacidades estatais e democracia:** arranjos institucionais de políticas públicas. Brasília: Ipea, 2014, p. 20.

trâmites processuais e requisitos procedimentais que guiarão a sua execução – e distribui o plexo específico de competências para a sua implementação. Ademais, o direito confere parâmetros jurídicos de controle, ou seja, a conformidade da política pública com as normas jurídicas.[130] Vale dizer: *políticas públicas não nascem no vácuo normativo*.

Essa abordagem integra a agenda de pesquisa de Direito e políticas públicas, a qual destaca "a importância de enxergar o direito, entre tantas outras formas possíveis, como uma tecnologia de construção e operação de políticas públicas."[131] Nesse particular, o direito administrativo fornece uma caixa de ferramentas repleta de instrumentos hábeis à formulação e execução de políticas públicas, dentre os quais se destaca o contrato administrativo.[132–133] O contrato é, assim, um instrumento jurídico apto a estruturar e executar políticas públicas de infraestrutura.[134]

Por um lado, o contrato pode assumir a função de executar as diretrizes traçadas no arcabouço normativo que forja determinada política pública, refletindo em suas cláusulas as escolhas inerentes ao projeto. Por outro lado, o próprio contrato pode ditar a política pública para determinado setor de infraestrutura, conforme será visto com mais vagar no Capítulo 3. Isso porque, em que pese tais contratos se inserirem dentro de uma linha de planejamento estatal, cada ajuste traz em seu corpo escolhas relacionadas a investimentos, metas de desempenho, remuneração do contratado, subsídios, dentre outros aspectos.

2.1.2. O contrato administrativo é fonte de normatividade

[130] SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 48 *et seq*.

[131] COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 193.

[132] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e políticas públicas – O debate atual. In: ALMEIDA, Fernando M.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Direito Público em evolução** – Estudos em homenagem a Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 179.

[133] COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 196.

[134] Jody Freeman elenca algumas objeções à contratação de funções públicas: (i) preocupações consequencialistas, notadamente relacionadas ao custo-benefício e à eficiência da contratação; (ii) preocupações tecnocratas, relativas à modelagem ("*contract design*") e à incompletude contratuais ("*contractual incompleteness*"), que poderiam prejudicar o adequado monitoramento da execução contratual; (iii) preocupações éticas, consubstanciadas na resistência à ideia de contratualização de funções públicas; e, (iv) preocupações de Direito Administrativo, materializadas nas dificuldades de racionalidade, participação social, transparência e *accountability* de serviços públicos prestados por particulares, prejudicando o "*public oversight*" e insulando o governo de responsabilidade por decisões contratuais. A perspectiva de superação desses obstáculos, reconhecida pela própria autora, não afasta os novos desafios que se colocam na análise e controle desse novo modelo de contratação pública. (FREEMAN, Jody. **The Contracting State**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248860>. Acesso em 30.09.2016, p. 169 *et seq*).

A política pública possui um caráter normativo, uma vez que encontra respaldo em um arcabouço normativo previamente estabelecido, responsável por sua concepção e formulação.

No entanto, a norma jurídica (em regra, de caráter programático) que prevê uma política pública não é binária como as típicas normas administrativas, ou seja, a finalidade pública não se esgota na própria norma (ex. universalização do serviço de saúde). As normas que preveem políticas públicas possuem textura aberta, uma vez que a própria concretização da finalidade pública ali prevista admite, no caso concreto, múltiplas soluções ou arranjos possíveis para a sua consecução. A diretriz estatal que se encontra dentro de uma política pública não é fechada em si ou estanque, o que traz novos desafios para o direito administrativo.

Isso porque, no direito administrativo tradicional, a vinculação da Administração Pública à lei pressupõe uma lógica binária de "certo ou errado", "pode ou não pode", "sim ou não". Essa percepção reflete a ideia de legalidade estrita, ainda reproduzida por boa parte da doutrina pátria.[135]

Entretanto, a partir do advento da noção de juridicidade[136], o princípio da legalidade se sofistica e não mais se resume a uma operação matemática de concretização de uma conduta prevista na norma. Nesse contexto, a ideia de legalidade deixa de ser uma vinculação do administrador à lei, mas sim a todo o ordenamento jurídico.[137] Com efeito, a

[135] Charles Eisenmann apresenta quatro possíveis acepções do princípio da legalidade, conforme os graus de vinculação da Administração Pública à norma: (i) há uma relação de tipicidade plena, ou seja, o ato editado pela Administração Público deve estar fundamentado em norma legal que esgote não apenas o seu conteúdo, mas que também determine (e não apenas faculte) a sua prática; (ii) relação de não contrariedade ou legalidade negativa , em que a atuação administrativa não pode violar a norma legal; (iii) a lei traz uma regra de competência, por meio da qual a Administração pode atuar quando autorizada por uma norma legal ou constitucional, ainda que não haja predeterminação do conteúdo dos atos. Há, nesse caso, uma forte carga de interpretação subjetiva do agente público; e, (iv) a lei cria uma tipicidade plena do ato, ou seja, a Administração só pode editar atos cujo conteúdo seja predeterminado pela norma legal. (EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif** – Tome I. Paris: L.G.D.J., 2014, p. 462 *et seq*. E EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 56, p. 54-55, 1959).

[136] "Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter à Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo Único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 236, p. 63, abr./jun. 2004).

[137] "Propugnamos, portanto, por uma superação da separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores. A isto poderiam ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou, o que preferimos, simplesmente legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei

relação de legalidade não é mais unívoca, uma vez que comporta diferentes modulações, bem como pressupõe a obediência a um bloco de legalidade, formado por diversas normas de textura aberta e conteúdo fluido.

Dessa forma, a Administração Pública terá que observar o bloco de legalidade formado pelas normas da Constituição, por leis e atos infralegais. No limite, o gestor público passa a definir, como intérprete e aplicador, o conteúdo normativo dos princípios constitucionais. [138] A edição de um ato administrativo pela Administração Pública pressupõe um olhar sobre todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o contrato administrativo é uma das possíveis materializações de uma política pública prevista em uma norma programática. Como concretização de uma política pública previamente delineada em normas constitucionais, legais ou infralegais, o contrato administrativo pode se assemelhar, em determinadas situações, a um ato de caráter instrumental, sem conteúdo criativo e que tão somente executa o que já está previsto. É o caso, por exemplo, dos contratos de obras e prestação de serviços da Lei federal n. 8.666/93.

Há, também, situações nas quais atos administrativos – em geral, decretos – fixam, desde já, as diretrizes e regras para a prestação do serviço público a ser delegado (o *regulamento* do serviço público). Sobre o tema, Marçal Justen Filho tece as seguintes considerações:

> O instrumento contratual tem de incorporar o disposto no regulamento da prestação do serviço. Como exposto acima, a instauração da licitação pressupõe a fixação das condições regulamentares pertinentes. Não se admite, portanto, que o poder concedente abdique da competência para disciplinar a prestação do serviço, remetendo ao concessionário a efetivação das escolhas pertinentes. O concessionário não é senhor do serviço público, mas mero prestador. O poder concedente não pode renunciar aos seus poderes para disciplinar o serviço. Nem poderá delegar tais poderes para o concessionário, o que importaria infringência a princípios constitucionais fundamentais. A tal resultado não pode atingir-se

---

devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, *standards*, etc. Trata-se, portanto, de uma visão neo-positivista do Princípio da Legalidade resultado de um sistema constitucional tendencialmente principialista." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 236, p. 62, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44672>. Acesso em 29.08.2016. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v236.2004.44672.

[138] Essa concepção se alinha às novas tendências da hermenêutica constitucional, em que se admite, atualmente, a ideia de "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", idealizada por Peter Häberle. A partir do momento em que a Constituição se afirma como norma jurídica fundamental, é preciso democratizar a jurisdição constitucional. Nesse sentido, defende o autor que não só o Poder Judiciário interpreta a constituição, mas também os outros Poderes e a sociedade civil. Ver HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

> nem mesmo indiretamente, por meio da omissão do poder concedente. O contrato não pode omitir as regras que condicionam a atuação do concessionário, sob pena de nulidade.[139]

Na esfera federal, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), que trata das concessões e permissões de serviços públicos, faz referência expressa às normas regulamentares do serviço público, diferenciando-as das cláusulas contratuais, nos artigos 29, parágrafo 3º, 29, incisos II e VI, e, 32, 38, inciso II,[140] bem como à obrigação do Poder Concedente de regulamentar o serviço concedido (artigo 29, inciso I).

Já no âmbito do Estado de São Paulo, o artigo 3º, parágrafo único, da Lei estadual n. 7.835, de 08 de maio de 1992,[141] que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos, define o conteúdo do regulamento do serviço público a ser delegado. O dispositivo delimita os temas a serem tratados no decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo de regulamentação do serviço a

---

[139] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 315-316. Vale citar, como exemplo, os decretos que regem as concessões rodoviárias no Estado de São Paulo. Em geral, tais decretos veiculam regulamentos específicos para cada concessão onerosa dos serviços públicos de exploração do sistema rodoviário. No caso do Corredor Ayrton Senna/Carvalho Pinto, p.e., o Decreto estadual n.º 53.309, de 08 de agosto de 2008, o artigo 1º aprova o regulamento da concessão, o qual delimita os trechos por ela abrangidos e trazendo disposições sobre os serviços a serem prestados, as responsabilidades da concessionária, a fiscalização dos serviços, o regime tarifário e direitos e obrigações dos usuários.

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

[...]

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento **das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido**.

"Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - **regulamentar o serviço concedido** e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades **regulamentares** e contratuais;

[...]

VI - **cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;"**

"Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o **fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes**."

"Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - **a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão**" (grifos nossos).

[141] "Artigo 3.º - A concessão de obra e de serviço publico, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Parágrafo único - **O Governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços**." (grifo nosso).

ser delegado, o qual deverá dispor sobre *o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato*.

Tendo em vista a perspectiva de concomitância de temas a serem tratados no regulamento e no contrato (tais como direitos dos usuários, obrigações das partes contratantes, fiscalização do serviço, dentre outros), afigura-se recomendável que o regulamento não adentre minúcias da prestação do serviço, de modo a evitar o engessamento do ajuste. O contrato deve ser dotado de revisibilidade no curso da sua execução, de modo a mantê-lo em consonância com o interesse público consubstanciado na política pública por ele concretizada.

Por fim, há situações em que os contratos de longo prazo, concretizadores de políticas públicas, constituem microssistemas jurídicos, contendo normas que processualizam a tomada de decisões futuras, normas regulamentares da execução do objeto contratual e normas de relacionamento entre as partes contratantes. Daí se origina a premissa correlacionada do *contrato como fonte de normatividade*.[142]

Nessas contratações de longo prazo, a segurança jurídica vem da certeza da mudança, de modo que *estabilidade* não é mais sinônimo de *imutabilidade* ("contratos abertos")[143]. Sendo assim – e não poderia ser de outra forma –, parece mais adequado falar em *construção contratual* que propriamente em *interpretação contratual*, de onde advém a *capacidade de aprendizagem* dos contratos.[144]

Vale notar que a mutabilidade contratual vem ao encontro da premissa segundo a qual políticas públicas são "planos de ação prospectivos que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de autocorreção), já que estão em permanente processo de implementação

[142] Tratando especificamente da concessão-delegação, Floriano de Azevedo Marques Neto traz as seguintes lições: "Para tanto, a concessão-delegação joga um papel de fonte de normatividade, vinculando não apenas o poder concedente e o concessionário, mas também os demais particulares que se relacionem com o objeto concedido. Como veremos adiante, a concessão se traduz num acordo contratual com características de contrato relacional e que cumpre o papel de normatizar as relações jurídicas em torno do objeto concedido. É, assim, a concessão uma fonte de normatividade que enseja a regulação contratual da utilidade pública concedida, regulação essa que arbitra e equilibra interesses diversos de particulares em torno do objeto concedido (concessionários, usuários, confrontantes, agentes atuantes a montante e a jusante da cadeia econômica etc.)." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 172).

[143] MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 2, abr./jun. 2011.

[144] Ibidem, p. 6.

e avaliação." [145] A mutabilidade contratual permite, assim, correções de rumo e alinhamento de conceitos e expectativas no curso da implementação da política pública.

O contrato – e não mais apenas a Constituição, os atos exarados pelo Poder Legislativo ou os atos administrativos normativos – passa a ser a fonte de normatividade que rege predominantemente a relação travada entre as partes contratantes. [146] Nesses casos, os atos normativos que forjam a política pública não descrevem todo o conteúdo de cada uma das cláusulas do contrato administrativo, razão pela qual há uma reserva de discricionariedade para a definição dos assuntos que serão internalizados no instrumento contratual.[147]

2.1.3. O contrato administrativo é um contrato relacional

Contratações públicas possuem um forte caráter *relacional*. Significa dizer que elas irradiam seus efeitos para além das partes contratantes, envolvendo diversos polos de interesse na sua elaboração e execução (usuários, órgãos de controle, etc).

A categoria dos contratos relacionais ("*relational contracts"*) se constroi pelas suas diferenças em relação aos denominados contratos descontínuos ("*discrete contracts"*).

O contrato descontínuo implica a noção de que "cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois que tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos". [148] Esses ajustes remontam à teoria clássica dos contratos, marcada pela ideia de autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*.

De acordo com a conceituação de Ronaldo Porto Macedo Junior, o contrato descontínuo apresenta algumas características básicas. Ele é *impessoal*, porque focado na transação, e não na qualidade das partes contratantes. É também *presentificador*, na

[145] COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 187.
[146] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo.** Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 251 e Conclusão.
[147] MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 5, abr./jun. 2011.
[148] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no Direito Brasileiro**. In LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>. Acesso em 01.12.2016.

medida em que busca planejar no presente imediato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Envolve, ainda, uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas, pois pautado pela pressuposição de existência de condutas essencialmente egoístas, individualistas e instrumentais dos participantes das negociações contratuais. Finalmente, implica a necessidade de mútuo consentimento, tendo em vista a presunção de que os termos da troca que resultam da *barganha instrumental* são livremente pactuados pelas partes antes do início do cumprimento do contrato.[149]

Hodienarmente, no tocante às contratações públicas de longo prazo, o contrato deixa de ser visto como um instrumento *descontínuo* e passa a ser *relacional*.

Isso porque, nesses ajustes, participam ativamente da sua elaboração, interpretação e execução, além do parceiro privado e da Administração Pública, a sociedade civil, os grupos de pressão e os órgãos de controle.

Nos casos ora tratados, as políticas públicas de infraestrutura desenhadas por contratos não se exaurem, portanto, na atuação das partes contratantes, mas contam com a interferência de terceiros diretamente afetados por elas.

Nessa perspectiva, tais contratos são também relacionais por envolverem normas de relacionamento e de tomada de decisão futura, em substituição às disposições objetivas e de execução imediata. Os contratos relacionais, ao contrário dos contratos descontínuos, implicam na *construção* do objeto contratual pelas partes, e não na sua *pressuposição*.

Ao tratar de cláusulas de renegociação, J. Luis Guasch afirma que a natureza intrínseca do objeto dos contratos de concessão de infraestrutura torna qualquer contrato incompleto.[150] Em decorrência dessa característica, as cláusulas contratuais cada vez menos se dedicam a disciplinar situações determinadas e mais a processualizar decisões futuras.[151] Assim, o instrumento contratual disciplina a dinâmica do ajuste para fazer frente à *cambiante conjuntura*.[152]

---

[149] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais no Direito Brasileiro. In LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>. Acesso em 01.12.2016..

[150] GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions** – doing it right. Washington: WBI Development Studies, 2004, p. 107.

[151] MACEDO, Ronaldo Porto. Op. cit., p. 132 *et seq*. O autor afirma expressamente que o contrato administrativo é um exemplo de contrato relacional. Sobre a teoria dos contratos relacionais, ver, por todos, MACNEIL, Ian R.. Contracts: Adjustement of Long-Term Economics Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law. **Northwestern Law Review**, 72/854-905. 1977-1978.

[152] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo.** Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 219.

2.1.4. O contrato administrativo é um instrumento de governo

Contratos de longo prazo vêm sendo manejados pela Administração Pública como *instrumentos de governo*.

Tais contratações envolvem a implementação de uma política pública por meio da cooperação e colaboração entre diversos atores, o que permite a extensão das prioridades e políticas governamentais a atores privados.[153]

Com efeito, políticas públicas envolvem planejamento de longo prazo para solucionar grandes questões econômicas e sociais. No entanto, esbarram, frequentemente, na "falta de sincronia entre a atividade de Administração Pública e a de políticas públicas"[154] e na "racionalidade fragmentada da administração".[155]

Nesse contexto, a contratualização de políticas públicas viabiliza a sua implementação no longo prazo, vinculando as gerações futuras à continuidade de um programa estatal. Isso porque contratos utilizados como instrumentos de governo[156], *a priori*, se estendem por diversos mandatos governamentais e vinculam dirigentes eleitos pelo voto majoritário. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, "sempre haverá ganhos de eficiência decorrentes da estabilidade de projetos de interesse público respeitadores dos termos do contrato".[157]

O contrato passa a ser, então, um instrumento de política pública, permitindo a obtenção de resultados consistentes de longo prazo.[158] Merece destaque, nesse particular, a articulação temporal decorrente da celebração desses contratos, visando enfrentar a

---

[153] FREEMAN, Jody. The Contracting State. **Florida State University Law Review**, vol. 58:155, p. 159, 2000.

[154] MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>. Acesso em 20.09.2016.

[155] Idem.

[156] Idem. O contrato como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Contratação Pública** – IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

[157] Idem. Op. cit.

[158] Interessante observar que os instrumentos das concessões e Parcerias Público-Privadas foram utilizados por governantes dos mais diversos espectros políticos. Exemplo disso pode ser observado no Governo Federal, em que os Governos FHC (PSDB), Lula (PT) e Dilma (PT) lançaram mão de tais contratações para reduzir o inchaço do Estado e alavancar investimentos em infraestrutura. Porém, cabe também notar que as contratações de cada período possuem traços que as individualizam, além de serem marcadas por concepções de políticas públicas distintas, o que evidencia a flexibilidade de tais modelos contratuais. Outro exemplo ocorreu no Estado de Minas Gerais, em que o atual governador, Fernando Pimentel (PT) era crítico do programa de PPPs de seu antecessor, Aécio Neves (PSDB). No entanto, em maio de 2016, foi sancionado o decreto que formaliza as diretrizes, objetivos e ações do governo relativas ao Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, vigente durante o período de maio de 2016 a maio de 2017. (Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/outros-estudos/page/930-decreto-formaliza-plano-estadual-de-parcerias-publico-privadas-em-minas-gerais>. Acesso em 09.09.2016).

descontinuidade administrativa "que põe em risco a execução dos programas de ação quando ocorrem trocas de comando político, associadas ou não ao processo eleitoral."[159]

Ao estabelecer programas estatais que deverão ser mantidos e respeitados ao longo do tempo, tais contratos viabilizam o atingimento de metas de longo prazo relativas à distribuição de riquezas, implantação de infraestrutura e desenvolvimento econômico.[160]

2.2. Condições para que o contrato preencha a sua função de catalisador de políticas públicas

Para que o contrato seja um instrumento eficaz de efetivação de políticas públicas, são necessárias quatro condições: instituições, processo administrativo e, como consequências inexoráveis, interação público-privado e controle social. É o que se passa a detalhar.

2.2.1. Instituições

No tocante ao primeiro aspecto, destacamos a lição segundo a qual as instituições efetivamente importam (*institutions matter*), ou seja, é necessário trabalhar as instituições como unidades de análise do desenvolvimento econômico.[161]

---

[159] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253.

[160] "A depender do projeto concessionário, pode-se estabelecer um programa estatal ao longo dos anos, a conjugar políticas públicas de distribuição de riqueza com a criação de infraestruturas essenciais ao desenvolvimento econômico. Pode-se estabelecer, inclusive, um "pacote" de políticas, conjugadas em múltiplos contratos de longo prazo, inseridos em setores correlacionados (uma série de contratos que integre portos e ferrovias, p. ex.). Políticas públicas essas que, devido à sua contratualização, deverão ser respeitadas e mantidas no tempo. Pense-se agora em concessões comuns e parcerias público-privadas para construir e manter hospitais da saúde pública, transporte rodoviário urbano ou mesmo presídios. São obras e serviços os quais podem inclusive implementar projetos de distribuição de renda. A depender do modelo adotado, os usuários mais abastados podem financiar a integralidade do empreendimento. Em outros casos, o contribuinte financiará o todo ou apenas parte do projeto. Porém, sempre haverá ganhos de eficiência decorrentes da estabilidade de projetos de interesse público respeitadores dos termos do contrato." (MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>. Acesso em 20.09.2016).

[161] A Nova Economia Institucional (NEI) apresenta uma função para o Direito no desenvolvimento econômico: reduzir custos de transação por meio da criação de um ambiente previsível e calculável. Já a Economia Política Institucionalista (EPI) atribui às instituições, além de uma função de constranger ("*constraining*"), outros dois papeis de relevo: facilitar e constituir. Ou seja: instituições representam limites, mas também são facilitadoras e constitutivas de comportamentos (função "*enabling*"), razão pela qual podem

Em particular, afigura-se como pressuposto para o desenvolvimento de políticas públicas contratuais a existência de instituições dialógicas, com competências bem delimitadas e capacidades técnicas para elaborar a modelagem contratual e conduzir a sua execução. As instituições devem ser capazes de fomentar e assimilar o aprendizado coletivo na estruturação de projetos e armazenar memórias de modelagens para futuros empreendimentos.

De acordo com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a existência de um arcabouço institucional transparente e previsível, conduzido por autoridades técnicas e capacitadas, é um dos princípios de governança pública nas Parcerias Público-Privadas.[162] A clareza na distribuição de competências e segregação de tarefas é fundamental no processo de fixação das variáveis da política pública em construção. Sobre o tema, válido transcrever trecho de Alexandre Gomide e Roberto Pires sobre capacidades estatais e arranjos institucionais de políticas públicas:

> No entanto, no caso brasileiro atual, a consolidação da democracia tem imposto à ação estatal requisitos voltados à inclusão e à relação com os atores afetados na tomada de decisão, na promoção da *accountability* e no controle de resultados.

---

ser direcionadas para uma função ou para outra. O tema foi amplamente tratado na literatura. Ver, dentre outros: NORTH, Douglass. The New Institutional Economics and the Third World Development. In: HARISS, John; HUNTER, Janet; LEWIS, Colin M. (orgs.)**. The New Institutional Economics and the Third World Development**. London, New York: Routledge, 1995; NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **Lecture to the memory of Alfred Nobel**, Sweden, December 9, 1993; CHANG, Ha-Joon; EVANS, Peter. The Role of Institutions in Economic Change. In: PAULA, Silvana de; DYMSKI, Gary A. (orgs.). **Reimagining Growth:** Towards a Renewal of Development Theory. Londres: Zed Books, 2005; CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship between institutions and economic development – some key theoretical issues.** Discussion Paper n. 2006/05, UNU-WIDER, 2006; EVANS, Peter. The State as Problem and Solution: Predation, Embedded Autonomy, and Structural Change. In: HAGGARDM Stephan; KAUFMAN, Robert R. (orgs**.). The Politics of Economic Adjustment:** International Constraints, Distributive Conflicts and the State. Princeton University Press, 1992, p. 139–181..

[162] "*A. Establish a clear, predictable and legitimate institutional framework supported by competent and well-resourced authorities*

1. The political leadership should ensure public awareness of the relative costs, benefits and risks of Public-Private Partnerships and conventional procurement. Popular understanding of Public-Private Partnerships requires active consultation and engagement with stakeholders as well as involving end-users in defining the project and subsequently in monitoring service quality.

2. Key institutional roles and responsibilities should be maintained. This requires that procuring authorities, Public-Private Partnerships Units, the Central Budget Authority, the Supreme Audit Institution and sector regulators are entrusted with clear mandates and sufficient resources to ensure a prudent procurement process and clear lines of accountability.

3. Ensure that all significant regulation affecting the operation of Public-Private Partnerships is clear, transparent and enforced. Red tape should be minimised and new and existing regulations should be carefully evaluated."

O documento "Public Governance of Public-Private Partnerships" elenca, ainda, os seguintes princípios:

"B. Ground the selection of Public-Private Partnerships in Value for Money

C. Use the budgetary process transparently to minimise fiscal risks and ensure the integrity of the procurement process". (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2012). **Public Governance of Public-Private Partnerships**. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>. Acesso em 20.09.2016).

> Isto demanda novas capacidades do Estado, além das necessidades de uma burocracia profissional, coesa e meritocrática. Ou seja, no contexto de um ambiente institucional caracterizado pela existência de instituições representativas, participativas e de controle (social, burocrático e judicial), são necessárias também capacidades políticas para a inclusão de múltiplos atores, o processamento dos conflitos decorrentes e a formação de coalizões políticas de suporte para os objetivos e as estratégias a serem adotadas.[163]

Na formulação de políticas públicas em geral, e na modelagem contratual em particular, a *institucionalização* também se revela como elemento indispensável na tomada de decisão.

A institucionalização corresponde à objetivação e organização por meio da ordenação jurídica. Assim, arranjo institucional "é a locução que conota o agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão exterior, com um sentido sistemático". [164] Com efeito, políticas públicas podem se materializar por meio de arranjos institucionais, uma vez que, "o que caracteriza idealmente a política pública, como objeto de interesse para o direito" é "a existência de um regime de efeitos jurídicos combinados, articulados ou conjugados decorrentes desses mesmos atos e atividades, ou, dito vulgarmente, a sua 'amarração jurídica'".[165]

A aproximação entre a noção de arranjos institucionais e a categoria jurídica do contrato administrativo contempla duas perspectivas.

Na primeira delas, o contrato é o resultado de um arranjo de normas constitucionais, legais e infralegais que delineiam não apenas os fins a serem alcançados – pontos de chegada –, mas também as estruturas jurídicas e o quadro de organização do Poder Público – os meios –, a partir da definição das autoridades competentes e do balizamento da atuação dos diversos atores envolvidos na formulação da política pública – as regras do processo administrativo.[166]

A lei fornece parâmetros abstratos para a construção cotidiana de uma política pública por meio de atos normativos infralegais e contratos. Nesse sentido, o instrumento

---

[163] GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: _____; _____ (ed.). **Capacidades estatais e democracia:** arranjos institucionais de políticas públicas. Brasília: Ipea, 2014, p. 20-21.

[164] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237 *et seq*.

[165] Ibidem, p. 258.

[166] "O arranjo institucional de uma política compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora (com o perdão da tautologia), da qual conste o quadro geral de organização da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários ou pessoas e entes por ela afetados, como empresas e consumidores, por exemplo." (Ibidem, p. 238).

contratual reflete as diretrizes e objetivos traçados abstratamente no emaranhado de normas que rodeia uma determinada política pública.

Na segunda perspectiva, o contrato, ele próprio, constitui um arranjo institucional para determinada política pública, à semelhança de um microssistema jurídico.

Isso porque ele contempla metas e objetivos, utiliza indicadores de gestão e desempenho, fixa regras processuais, distribui direitos e obrigações entre os polos de interesse – os quais não se resumem às partes contratantes, conforme explanado no item 2.1.3 – , atribui papeis e posições subjetivas jurídicas, normatiza a tomada de decisões futuras, alberga mecanismos de revisão e imana a normatividade necessária para a regulação de determinada relação jurídica no longo prazo. Permite, assim, o descolamento do contrato da figura do governante ou do gestor do programa ("institucionalização"). O contrato se revela como um arranjo institucional que conforma o programa de ação no plano micro.

Dessa forma, o contrato administrativo é, simultaneamente, *integrante e constitutivo* de arranjos institucionais de políticas públicas. Pertinente, portanto, a análise do desenho institucional e das relações público-privado por ele suscitadas.[167]

2.2.2. Processo administrativo

Consoante visto no Capítulo 1, a processualidade em sentido amplo representa o novo modo de agir do Estado pluriclasse, marcado por um interesse público fragmentário. Nesse cenário, "a processualidade representa a ordenação jurídica das relações do Estado com a sociedade, orientada para a aplicação do contraditório, de modo que as decisões relevantes sejam sempre mediadas pelo diálogo social, com algum grau de formalização."[168]

O processo administrativo foi positivado de forma expressa no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, segundo o qual "aos litigantes, em processo judicial ou

[167] Jody Freeman apresenta o fenômeno do "*government by contract*" a partir de três ângulos de análise do instrumento contratual: 1) "*government-private contracts*", destinados à implementação de uma política pública (e não à sua formulação, via de regra); 2) "*regulatory contracts*", alternativa à implementação de regulação coercitiva; e, 3) contrato como um mecanismo de *accountability*. A nosso ver, as contratações públicas destinadas à efetivação de políticas públicas de infraestrutura reúnem as três características mencionadas pela autora. (FREEMAN, Jody. The Contracting State. **Florida State University Law Review**, vol. 58:155, 2000)..

[168] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". A disciplina constitucional traz, ainda, um conjunto de princípios que o normatizam, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a duração razoável do processo, além dos princípios da Administração Pública encartados no *caput* do artigo 37.

No âmbito da legislação infraconstitucional, foi editada a Lei federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.[169] A lei trouxe conceitos gerais e normas principiológicas, direitos e deveres dos administrados, além de disposições sobre a forma dos atos, tais como a exigência de motivação.

A partir desse panorama, parece não remanescer dúvida sobre a fundamentalidade da *processualização* da formulação de políticas públicas. Isso porque, como arena de discussão e embate de forças sociais, o processo administrativo é um potente instrumento de legitimação e democratização das escolhas públicas, permitindo que a política pública reflita a ponderação de interesses sociais diversos e que seja demonstrada a razoabilidade da solução adotada dentre as diversas opções possíveis.[170] A realização de um processo administrativo efetivo, aliado ao cumprimento da exigência de motivação do ato, agrega valor à tomada de decisão estatal.

O cenário processual e o arranjo institucional em que se insere determinada ação administrativa devem contemplar a "coerência entre competências, fluxos e procedimentos de instrução e decisão, para que o tema do controle seja tratado com equilíbrio, sem que a tônica da supervisão sobre o ilícito produza excessos que inibam a prática das atividades finalistas."[171] Nessa perspectiva, o processo é uma categoria propícia ao aprendizado institucional.[172]

Além disso, o processo administrativo (bem conduzido e transparente) abre os gabinetes da Administração à participação social, permitindo o escrutínio dos estudos

[169] No âmbito do Estado de São Paulo, o processo administrativo é regulamentado pela Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998.

[170] De fato, nos debates das políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci "uma vez que não há solução objetiva e univocamente definida ou definível para determinado problema, a questão se desloca para a procura da 'melhor solução', com base num processo com a participação de várias falas, em posição e contraposição, de modo que o controle provoque a fundamentação adequada para cada uma das posições." (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 123). Segundo a autora, passa a ser, portanto, um tema argumentativo, em que o gestor público deve demonstrar a consistência ou legitimidade, seja política, seja técnica, de cada posição no decorrer do debate, no bojo de um processo administrativo que estrutura o processo decisório e de decisão da ação governamental (p. 135 *et seq*).

[171] Ibidem, p. 153.

[172] Ibidem, p.110.

técnicos e econômicos que embasaram a elaboração do projeto piloto apresentado aos interessados. Trata-se, portanto, de uma seara propícia à (1) identificação dos problemas, (2) montagem de agenda de deliberação, (3) formulação de propostas de políticas, (4) legitimação das políticas, (5) implementação das políticas, (6) avaliação de políticas, (7) especificação das fontes de custeio e (8) fixação de cronograma com metas.[173]

Particularmente, no tocante às Parcerias Público-Privadas, essa procedimentalização está clara nas especificações contidas no artigo 10 da Lei de PPPs. Esse dispositivo reflete um aprofundamento das diretrizes genéricas estabelecidas no artigo 50 da Lei de Processo Administrativo, fixando os marcos e etapas a serem percorridos na modelagem de uma PPP, bem como as condicionantes e especificações que deverão ser atendidas, tais como a exigência de elementos de projeto básico, diretrizes para o licenciamento ambiental e consulta e audiências públicas.[174]

2.2.3. Interação público-privado

A contratualização de políticas públicas apresenta inúmeros desafios para os atores envolvidos na sua formulação e execução. Exige, nesse particular, um processo contínuo de aprendizado coletivo.

Em primeiro lugar, o parceiro privado deixa de ser mero executor da diretriz estatal e passa a ser um colaborador ativo no sucesso da política pública, atuando de acordo com as diretrizes públicas plasmadas no instrumento contratual que ele ajuda a construir.[175]

---

[173] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e políticas públicas – O debate atual. In: ALMEIDA, Fernando M.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Direito Público em evolução** – Estudos em homenagem a Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 194.

[174] No caso das audiências públicas, releva mencionar o disposto no artigo 39 da Lei de Licitações, que traz a exigência de realização de audiência pública prévia à licitação nas hipóteses em que "o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea "c" desta Lei".

[175] Esse forte caráter colaborativo entre público e privado na realização de funções públicas é um dos fundamentos da governança pública. A esse respeito, leciona Juliana Bonacorsi de Palma: "Ao invés de tomar o particular como adversário ou mero destinatário da decisão administrativa final, na governança pública este passa a ser um constante colaborador do Poder Público nas diversas fases relativas ao exercício de funções públicas, em especial na tomada de decisões administrativas, no exercício de funções públicas e no controle da execução dessas atividades. A uniformidade excessiva do modelo burocrático de gestão público ('*one-size-fits-all'*) cede lugar, na governança pública, para um tipo de decisão caracterizada pela orientação à resolução de problemas, por sua natureza provisional e pela criatividade na determinação do conteúdo decisório. Isso porque a base desse relacionamento público-privado é a *negociação*. Como assinala Jody Freeman, a governança pública consiste em um 'conjunto de relacionamentos negociados. Esta

O agente público, por sua vez, tem o dever de fazer refletir adequadamente a política pública na modelagem contratual, após a realização de processo administrativo de ponderação dos diversos interesses envolvidos. O diálogo público-privado na estruturação de projetos abre uma via de conformação de interesses em prol das diretrizes fixadas na política pública governamental. O aprimoramento desse diálogo, na fase interna da licitação e, igualmente, após a celebração do contrato, é imprescindível para combater os preconceitos ideológicos e desconfiança recíproca que permeiam a interação entre o Poder Público e os agentes econômicos.[176] Assumem relevância como elementos de conduta das partes contratantes os deveres anexos de boa-fé objetiva e lealdade, de modo a salvaguardar as legítimas expectativas de parte a parte.

Além disso, como parte contratante, a Administração Pública deve conduzir a implementação do objeto contratual em conformidade com as diretrizes da política pública previamente traçadas.

Finalmente, a sociedade, beneficiária da política pública, deixa de ser um terceiro estranho à relação contratual e passa a ser diretamente interessada no seu desenvolvimento, atuando como mais um polo de interesse. O ajuste deixa de ser uma relação bilateral e passa a ser plurilateral, em que ao menos três polos – setor privado, Administração e usuários/beneficiários – detêm direitos e obrigações na relação contratual.[177]

A partir desse panorama, é possível falar em interação público-privada (i) durante o processo de modelagem dos contratos e (ii) no curso da execução contratual.

Na fase de modelagem das contratações públicas de infraestrutura, a legislação traz uma série de mecanismos para incrementar o diálogo entre o Poder Público e a sociedade, seja por meio de interação com os possíveis *players* interessados no projeto – em geral, por

---

concepção alternativa de elaboração de políticas, implementação e *enforcement* é dinâmica, não hierarquizada e descentralizada, objetivando se promover entre atores públicos e privados.'" (PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.0790/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 116).

[176] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Confiança Legítima no relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada. In: _____; CORRÊA, André Rodrigues. **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

[177] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo.** Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 216. Para Peter Vincent-Jones: "Enquanto o movimento em direcao às privatizações pode ser politicamente irreversível, o papel do Estado deveria ser estabelecer as condições que permitem que as partes com participação ou interesse em determinados serviços públicos possam participar de processos de aprendizado coletivo destinados a tratar das deficiências das disposições existentes.". (VINCENT-JONES, Peter. The New Public Contracting: Public versus Private Ordering. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 14#2, p. 259, 2007).

meio de procedimentos de manifestação de interesse ("PMI" ou "MIP")[178–179] e *road shows*[180] –, seja por meio de instrumentos abertos de participação, como as audiências e consultas públicas.

[178] O fundamento legislativo para a realização dos denominados "procedimento de manifestação de interesse da iniciativa privada" ou "manifestação de interesse da iniciativa privada" encontra-se nos artigos 21 da Lei federal n.º 8.987/95 e 31 da Lei federal n.º 9.074/95. PMI ou MIP são instrumentos por meio dos quais a Administração Pública obtém de possíveis interessados (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado) projetos, ideias e estudos, com a finalidade de subsidiar a estruturação e modelagem de empreendimentos (geralmente concessões ou PPPs). Diversos entes federativos editaram normas sobre o tema, detalhando o procedimento a ser seguido, eventuais restrições à participação dos interessados na futura licitação do projeto e diretrizes para a elaboração das propostas. Merecem destaque, a esse respeito, o Decreto federal n.º 8.428, de 02 de abril de 2015, e o Decreto estadual n.º 61.371, de 21 de julho de 2015, que regulamentou o procedimento no Estado de São Paulo. Sobre o tema, ver: MASTROBUONO, Cristina M. W. MIP/PMI – A Parceria na relação Público-Privada. In: SENNES, Ricardo et al. **Novos Rumos para a infraestrutura**: eficiência, inovação e desenvolvimento. São Paulo: Lex, 2014; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014; CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse/PMIs. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 170-188.

[179] Juliana Bonacorsi de Palma elenca os seguintes benefícios na elaboração consensual de projetos de PPPs: (i) "viabiliza a transferência de soluções técnicas e econômicas inovadoras do mercado à contratação administrativa, proporcionando maior eficiência na seleção da empresa licitada e na execução do escopo do contrato", permitindo mensurar a "sensibilidade do mercado"; (ii) "os contratos de PPP modelados por meio de PMI ou de PNS [proposta não solicitada] permitem alcançar o melhor desenho para lidar com a complexidade inerente à execução da PPP, bem como para manter a relação de confiança entre parceiros públicos e parceiros praticados exatamente porque a sua gênese já traz a *cultura do diálogo* que permeará a execução contratual"; (iii) "a participação mais efetiva dos particulares na modelagem de projetos de PPP reduz a *conflituosidade* em torno das cláusulas contratuais e da dinâmica de seleção da proposta mais vantajosa"; e, (iv) "atendimento do primado de *sustentabilidade econômica* do processo interno de contratação de infraestrutura na medida em que os custos de estudos, análises e propostas são repassados ao vencedor do certame. Residualmente, a *economia de custos e de tempo* é indicada como beneficio da adoção de PMI ou de PNS na modelagem de projetos de PPP." (PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.0790/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 128-131). Embora estejamos de acordo com a maior parte dos benefícios apontados pela autora, podem ser detectados problemas envolvendo a modelagem de projetos de infraestrutura por meio de PMI ou PNS, tais como a potencial redução de competitividade no certame na hipótese do "mipeiro" participar da futura licitação e o risco de captura do setor público em razão da falta de expertise, resultando em projetos descolados do interesse público que permeia a política pública em discussão. Por outro lado, determinadas vantagens são relativas, tais como o repasse dos custos dos estudos para o licitante vencedor, uma vez que, em regra, os licitantes internalizam tais valores em suas propostas, tornando o projeto mais caro.

[180] "Consiste o *road show* na realização de reuniões isoladas com cada um dos principais potenciais participantes da licitação para: (a) atraí-los para participar da licitação; (b) solucionar suas dúvidas e questionamentos, em ambiente em que, sem a interferência de outros participantes, cada um se sinta à vontade para perguntar, sem medo, por exemplo, que a realização das suas perguntas e manifestações de preocupação revelem dados ou informações estratégicas, sigilosa, ou de alguma forma relevantes para a elaboração da sua proposta que poderiam eventualmente vir a ser utilizadas pelos outros participantes, lhes tirando eventuais vantagens; (c) entender o posicionamento do mercado, os diversos aspectos do projeto com os quais alguns ou todos os parceiros privados não estão confortáveis, e que se constituem em barreiras de entrada, ou que impactam de forma relevante o preço para a prestação do serviço objeto da PPP ou concessão, de maneira que o Poder Público possa, com essa informação, decidir se altera ou não as características do projeto antes da publicação final do edital." (RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs** – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50).

Nesse contexto, quanto mais transparentes e efetivos tais instrumentos forem, maior a legitimação do processo de elaboração da política pública pela via contratual.

Já na fase de execução do ajuste, há uma rotineira interação entre gestor público e contratado para solucionar os problemas do cotidiano contratual. Nesse sentido, uma das dificuldades que permeia esse relacionamento é a informalidade na solução de questões emergenciais, tais como liberação de frentes de obra ou alteração de cronograma de pagamentos. Em que pese a necessidade de documentar todas as decisões gerenciais e intercorrências do contrato, fato é que tais contratações assumem uma dimensão de complexidade e dinamismo que dificulta a formalização de todos os passos da sua execução.

Dessa forma, além da necessidade ainda mais premente de observância dos ditames de boa-fé, lealdade e parceria nessas relações, o gestor deve, tanto quanto possível e ainda que *a posteriori* – a depender da urgência que o caso requer –, documentar modificações de cronograma, reordenação de pagamentos e alterações contratuais por meio de aditivos, tal como determina a legislação de regência.[181] Trata-se de uma forma de evitar futuros conflitos entre as partes envolvendo pendências sem a devida formalização.

Finalmente, para amalgamar todos esses atores e conferir legitimidade à interação público-privado, são necessárias instituições fortes – *institucionalização* –, bem como processos administrativos participativos e construtivos – *processualização*.[182]

Ao tratar dos princípios de *governança pública* nas Parcerias Público-Privadas, Juliana Bonacorsi de Palma elenca a eficiência na máquina pública e a colaboração público-privada como valores últimos desse novo modelo de gestão. É o que se extrai do seguinte excerto:

> De fato, eficiência e colaboração público-privada são os dois valores últimos da governança pública, dirigida à Administração Pública enquanto instituição, assim como quando do cumprimento de suas funções públicas. A governança

[181] A esse respeito, merece destaque o teor do artigo 60 da Lei federal n. 8.666/93:
"Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.
Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento."

[182] SCHIRATO, Vitor R. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 86 *et seq*. Ver, também, BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109 *et seq*.

> demanda não apenas a prestação de serviços públicos, mas o efetivo atendimento de finalidades públicas por meio dessa ação estatal específica, direta ou indiretamente por meio de delegatários. Os resultados devem ser satisfeitos da melhor forma possível, considerando a melhor tecnologia disponível e a reserva orçamentária pública, sem perder de conta a implantação de políticas públicas relacionadas. A interdependência público-privado, por sua vez, determina o constante envolvimento dos particulares na atuação administrativa, seja na qualidade de colaborador no exercício de funções públicas, seja na qualidade de controlador social das ações públicas, que imprescindivelmente devem ser orientadas pela máxima da transparência. Depreende-se desse preceito que o Poder Público deve buscar, sempre que viável for, a *participação dos administrados na tomada de decisão administrativa*. Evidencia-se, assim, efetiva relativização do papel da Administração Pública como centro decisório por excelência e executor de poderes públicos; antes, a Administração consiste em um ente de arbitramento de interesses com vistas a conformar uma decisão administrativa não apenas eficiente, mas também aderente aos interesses e demandas dos diversos atores envolvidos na ação pública (*stakeholders*). Por essa razão assinalar que a governança pública consiste em um dos fundamentos da consensualidade administrativa.[183]

Há, portanto, uma relação de retroalimentação, em que a interação público-privada é pressuposto para o fortalecimento da Administração Pública enquanto instituição, mas a existência de um diálogo efetivo e profícuo pressupõe a existência de um arcabouço normativo-institucional estruturado e transparente.

2.2.4. Controle social

Políticas públicas devem estar sujeitas ao escrutínio social permanente, seja na sua fase de elaboração, seja no momento de execução do ajuste, no qual se evidenciam os erros e acertos e se realizam as correções de rumo. No entanto, no caso específico das políticas públicas conduzidas por contratos administrativos, nota-se um déficit de legitimidade pela ausência de participação social.

Esse fenômeno pode ser atribuído a, pelo menos, duas causas: a primeira relacionada ao modelo de execução contratual vigente na legislação; a segunda, decorrente da práxis administrativa pouco transparente nas decisões gerenciais relacionadas à implementação do contrato.

Em relação ao primeiro ponto, cabe ressaltar que a legislação, em regra, não exige que decisões relevantes no curso do contrato sejam submetidas ao escrutínio social. Dessa forma, reprogramação de pagamento de aportes de recursos nas PPPs, alteração do método

[183] PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.0790/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 115.

construtivo em obras, modificações nos indicadores de desempenho e qualidade, reformulação do plano de investimentos, intervenção do contrato (artigo 32 da Lei federal n. 8.987/95)[184], declaração de caducidade (artigo 38 da Lei federal n. 8.987/95)[185], dentre outras providências, não exigem participação prévia à tomada de decisão.[186]

Por outro lado, em que pese o fato de a legislação de concessões ter sido editada há mais de vinte anos e a lei de PPPs há mais de dez anos, há, ainda, um longo caminho a

[184] "Capítulo IX
DA INTERVENÇÃO
Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.
Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.
Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.
§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.
§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.
Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão."

[185] "Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.
§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:
I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)
§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.
§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.
§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.
§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.
§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária."

[186] Cabe ressaltar que, no caso da encampação, há participação do Poder Legislativo em razão da exigência de edição de lei autorizativa específica, nos termos do artigo 37 da Lei federal n. 8.987/95.

ser percorrido até que existam, de fato, parcerias para a concretização de políticas públicas. Com efeito, a Administração Pública ainda é marcada pela falta de transparência e diálogo na gestão de seus negócios, seja com o contratado, seja com os terceiros que buscam informações relacionadas à execução de seus contratos. Quando há interlocução com o contratado, essa é permeada pela desconfiança recíproca entre as partes e realizada sem a devida formalização. Quando há questionamentos por parte de terceiros, a Administração Pública não dispõe dos dados relativos ao contrato porque não os produziu/formalizou ou porque não se revela politicamente interessante divulgá-los.

Nesse contexto, a contratualização de políticas públicas pode debilitar a prestação de contas, insulando as decisões tomadas do escrutínio social.

Peter Vincent-Jones traz as seguintes ponderações acerca do déficit de legitimidade dessas contratações no Reino Unido:

> Enquanto, em tese, existe potencial para que os contratos sejam efetivos no desempenho de funções públicas, em diversas situações regimes contratuais falharam ou estão na iminência de. Déficits de responsividade podem ser atribuídos a uma combinação de problemas relacionados à ineficiência regulatória e à falta de legitimidade. O principal déficit de legitimidade consiste na ausência de oportunidades adequadas para o envolvimento dos cidadãos e para a deliberação pública na formulação e tomada de decisão. Ao mesmo tempo em que existem bons argumentos em favor da contratualização, subsistem problemas de opacidade e obstáculos ao escrutínio em razão da ausência, na Constituição do Reino Unido, da previsão de procedimentos adequados de *accountability* e transparência.[187]

[187] VINCENT-JONES, Peter. The New Public Contracting: Public versus Private Ordering. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 14#2, p. 168, 2007. Para incrementar a responsividade dos contratos como instrumentos de regulação de serviços públicos, Peter Vincent-Jones traça algumas condições relacionais e organizacionais. O autor elenca quatro condições relacionais: (i) em um ambiente regulado, há necessidade de cooperação entre reguladores e regulados ("sensibilidade regulatória") e os regimes contratuais devem ser desenhados "*bottom-up*", com o envolvimento dos diversos grupos e *stakeholders* interessados, ao contrário de uma imposição "*top-down*" na busca de políticas governamentais pré-determinadas; (ii) os relacionamentos contratuais devem ser definidos pela presença de normas de planejamento e consentimento, necessárias para suportar disjunções e permitir que as partes estruturem as suas relações de forma produtiva; (iii) equilibrar normas de distinção e normas de promoção de reciprocidade e justiça; e, (iv) existência de confiança e cooperação na performance e execução dos contratos. No tocante às condições institucionais e organizacionais, Vincent-Jones afirma que o incremento da responsividade decorre da habilidade do sistema de governo de facilitar o aprendizado coletivo e a moralidade institucional dentre as diversas entidades públicas, privadas e voluntárias engajadas nas redes de prestação de serviço público. Em sexto lugar, o autor aponta a necessidade de mecanismos efetivos para recebimento de reclamações e assecuratórios da participação social. Nesse particular, o papel das entidades representativas não se resume à implementação de uma política existente, mas deve se estender à deliberação sobre os seus rumos. Como sétima condição, afirma o autor que as agências públicas para quem as responsabilidades foram atribuídas nos regimes contratuais necessitam de competências fundadas em atos normativos e recursos para desenvolver as suas funções públicas. Finalmente, a última condição de uma regulação responsiva consiste na transparência, na deliberação pública e na *accountability* tanto da formulação quanto da implementação de políticas públicas. (p. 270 *et seq)*.

Finalmente, terceiros beneficiários da contratação geralmente são alijados das negociações contratuais, o que enfraquece o controle social dessas políticas.[188]

Não se pode olvidar, contudo, do envolvimento dos órgãos de controle na etapa prévia à contratação. A título de exemplo, vale lembrar que, na esfera federal, o Tribunal de Contas da União deve aprovar, previamente, os editais de licitação, conforme previsto nas leis de diretrizes orçamentárias. Já no âmbito do Estado de São Paulo, a Corte de Contas estadual só atua no controle da licitação mediante impugnação. [189] Esses órgãos têm participado ativamente das definições e escolhas feitas nas contratações públicas de projetos de infraestrutura.

É possível mencionar também o envolvimento do Poder Legislativo, pela aprovação das leis orçamentárias, em que são elencadas as prioridades governamentais e a definição dos projetos de infraestrutura que serão levados a cabo no período plurianual. Nos entes federativos que instituíram o orçamento participativo[190], a população tem a oportunidade de participar intensamente na seleção dos projetos que merecerão guarida nas peças orçamentárias e deverão ser priorizados pelo Poder Executivo.

Finalmente, no caso das Parcerias Público-Privadas, há também o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União e pelo Congresso Nacional dos relatórios de desempenho dos contratos, com periodicidade anual, nos termos dos artigos

---

[188] FREEMAN, Jody. The Contracting State. **Florida State University Law Review**, vol. 58:155, p. 156, 2000.

[189] É o caso, por exemplo, da decisão do Tribunal de Contas da União envolvendo a modelagem do 1º estágio das concessões de áreas e instalações portuárias, no âmbito do Programa de Investimentos em Logística (PIL), do Governo Federal, com base na Lei federal n.º 12.815/2013 e no Decreto federal n.º 8.033/2013 (com redação dada pelo Decreto n.º 8.464/2015). No Acórdão n.º 2413/2015, o Plenário do TCU avaliou as alterações no critério de julgamento das licitações (maior valor de outorga) e o novo estudo de viabilidade, assim como o cumprimento das determinações relacionadas aos terminais incluídos na fase atual. Sobre a decisão do TCU, ver <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/concessoes-de-portos-sao-acompanhadas-pelo-tcu.htm> . Acesso em 14.09.2016. Como exemplo, é possível citar também a análise feita pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo de representação contra a Concorrência Internacional STM n.º 003/13, cujo objeto era a concessão patrocinada dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 18 – Bronze da rede metroviária do Estado de São Paulo, contemplando implantação, operação, conservação e manutenção. Dentre as irregularidades apontadas, foram questionadas a opção pela tecnologia de monotrilho, a possível existência de barreiras indiciárias de conluio, especificações técnicas relacionadas ao material rodante, exigências relacionadas ao Programa de Nacionalização Progressiva do BNDES e a própria escolha do modelo de concessão patrocinada. A par disso, tramitam, paralelamente, investigações no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e do Ministério Público Estadual para apurar a ocorrência de cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. A decisão que suspendeu a licitação está disponível no seguinte link: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/images/1765_989_14-0_sec_transportes_metropolitanos.pdf> . Acesso em 14.09. 2016.

[190] Orçamento participativo é o instrumento por meio do qual os cidadãos podem debater e definir a alocação de recursos para investimentos em obras e serviços, elegendo prioridades e determinando os rumos das políticas públicas a serem adotadas pelo Poder Executivo com base na peça orçamentária.

14, parágrafo 5º, da Lei de PPPs.[191] No plano estadual, o acompanhamento dos contratos de concessão e PPPs pela Corte de Contas é realizado de acordo com as Instruções n. 02/2016, ao passo que o artigo 3º, parágrafo 9º, da Lei estadual n. 111.688, de 19 de maio de 2004 (Lei de PPPs estadual), estabelece a obrigação de envio de relatórios semestrais elaborados pelo Conselho Gestor de PPPs à Assembleia Legislativa.

2.3. O contrato de concessão e suas funcionalidades

No direito pátrio, Fernando Dias Menezes de Almeida, em profundo estudo sobre o tema, asseverou que a teoria do contrato administrativo é insuficiente para dar conta da complexidade do fenômeno contratual da Administração.[192] Dessa forma, propôs a superação da categoria do contrato administrativo pela dos denominados *módulos convencionais*, que criam uma situação jurídica, com obrigações juridicamente exigíveis, ou que substituem uma decisão unilateral da Administração. Partiremos desta noção alargada de contrato administrativo para ilustrar os aspectos envolvendo a contratualização de políticas públicas.[193]

Particularmente, para o propósito deste trabalho, interessa a primeira categoria dos módulos convencionais, segregada pelo autor em (i) módulos convencionais de

[191] Eis o teor dos dispositivos relacionados aos relatórios de execução contratual, aplicáveis no âmbito da União (apesar de alguns entes federativos terem reproduzido em suas esferas tal obrigação, como foi o caso do Estado de São Paulo):
"Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:
(...)
IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.
(...)
5º **O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada**." (grifo nosso)

[192] ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Ainda sobre o fenômeno, asseverou Odete Medauar: "Desse modo, ao lado do clássico contrato de direito público entre Administração e particular (pessoa física ou jurídica), para prestação de serviços, realização de obras e fornecimento de materiais, disseminam-se acordos entre Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; e difunde-se atuação administrativa para propiciar acordos que possibilitem compatibilização de interesses." (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 210).

[193] Reconhecemos, porém, que nem todas as considerações feitas ao longo da dissertação se aplicarão, indistintamente, a todas as modalidades de "contratos de políticas públicas". A categoria de módulos convencionais abarca uma pluralidade de acordos administrativos que se assemelham quanto à sua origem – acordo de vontades –, mas divergem em relação ao seu regime jurídico e às formalidades para a sua celebração. No entanto, esperamos que os fundamentos teóricos e as premissas apresentadas sirvam de substrato para um novo ângulo de observação dos "contratos público-privados" celebrados pela Administração Pública.

cooperação, (ii) módulos convencionais de concessão e (iii) módulos convencionais instrumentais.[194]

Os módulos convencionais de cooperação ressaltam a ideia de uma atuação conjunta para um determinado fim (convênios, por exemplo), ou seja, uma junção de esforços para o atingimento de um objetivo comum. Já os módulos convencionais instrumentais se destacam pelo aspecto instrumental em relação à função pública (é o caso dos contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações da Lei de Licitações). Finalmente, os módulos convencionais de concessão evidenciam a noção de transferência, em que a Administração transfere à outra parte o exercício de uma atividade ou uso de um elemento que lhe é próprio, em razão do seu vínculo com a função pública.[195]

Essa última categoria apresenta modelos contratuais propícios ao desenvolvimento de projetos de infraestrutura. Ao traçar as características do contrato de concessão como gênero, Fernando Dias Menezes de Almeida tece as seguintes considerações:

> Identifica-se, pois, a essência da concessão como sendo a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja *inerente à Administração*, quer se trate de um *serviço* – serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração –, quer seja o uso ou exploração de *bem público*. Esta é uma conclusão por um viés estrutural. Mas a ela pode-se acrescentar, de modo compatível, um viés funcional. Isso é feito contemporaneamente por Vera Monteiro (2010a:174), que, após analisar os elementos tradicionalmente tidos como essenciais para caracterização da concessão, entende que eles nem sempre acompanham a constante adaptação das espécies de concessão à forma de atuação do Estado, e conclui propondo que se identifique concessão por sua *função:* "viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade."[196]

Nessa categoria, o autor inclui as seguintes espécies contatuais: (i) a concessão de serviços públicos da Lei federal n. 8.987/95; (ii) a permissão de serviços públicos, tratada como contrato pela Lei federal n. 8.987/95; (iii) a concessão patrocinada, prevista pela Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei de PPPs); (iv) a concessão administrativa, igualmente tratada na Lei federal n. 11.079/04; (v) a concessão urbanística; e (vi) a concessão de uso ou exploração de bem público.[197] Ainda que outros arranjos contratuais também se revelem aptos a realizar políticas públicas – como é o caso das parcerias com o terceiro setor, por exemplo –, considera-se que o contrato de concessão é o

[194] ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 236 *et seq*.
[195] Ibidem,, p. 239-240.
[196] Ibidem, p. 262-263.
[197] Ibidem, p. 261.

instrumento, por excelência, de concretização de direitos fundamentais por meio da oferta de serviços públicos, em sentido amplo, à população.

Floriano de Azevedo Marques Neto define o instituto da "concessão-delegação" nos seguintes termos:

> A concessão-delegação, portanto, corresponde ao instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral (genericamente tratado aqui como uma utilidade pública – bens, serviços, atividades), regrando a convergência de interesses e disciplinando as relações jurídicas entre concedente e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por um prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas essas relações jurídicas têm estabilidade.[198]

Porém, nem todos os tipos contratuais albergados na categoria de "módulos convencionais de concessão" apresentam as características necessárias ao desenho de um arranjo público-privado para a efetivação de uma política pública de infraestrutura.[199] Nesse sentido, é necessário aliar tais características à perspectiva funcional apresentada por Vera Monteiro para o instituto da concessão, cujo papel seria "viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade".[200]

Essa proposta se aproxima da categoria das parcerias apresentada por Vitor Rhein Schirato[201], mas com ela não se confunde, pois não alberga algumas hipóteses de delegação do aproveitamento de bens público (excetuados os casos em que essa delegação é coligada com uma delegação de serviço público) e as cooperações entre Estado e iniciativa privada sem fins lucrativos ("terceiro setor"). Em todas, porém, é possível notar um abrandamento ou relativização do denominado "regime típico" dos contratos administrativos.

A nota distintiva dos tipos contratuais selecionados consiste na criação de um eficiente *arranjo público-privado*, marcado por um forte *viés colaborativo* e por uma *postura ativa do contratado* na realização do objeto contratual.[202] Não se desconsidera o interesse econômico por detrás da atuação dos contratados nesses projetos, diverso do

[198] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 171.
[199] Como é o caso, por exemplo, da concessão de uso simples ou administrativa.
[200] MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174.
[201] Conforme sistematização proposta em seu trabalho (SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 51-69, jun. 2013).
[202] Nesse particular, discordamos dos defensores da concepção unilateral de concessão de serviço público, segundo a qual a concessão seria um ato unilateral do Estado, em que a Administração estabelece as condições de outorga e o concessionário é obrigado a aceitá-las.

interesse público que move a Administração contratante, o que caracterizaria o *sinalagma*. Porém, os interesses contrapostos não implicam em posturas adversas, mas em uma convergência de esforços para o atingimento de um fim comum – a implementação bem sucedida do projeto. Tais enlaces possuem um forte conteúdo de *parceria institucional* e de *articulação entre interesses públicos e privados*.

Ao tratar especificamente das concessões patrocinada e administrativa, Juliana Bonacorsi de Palma apresenta com maestria a essência de tais contratos:

> O caráter diferido das PPPs faz do contrato de concessão patrocinada ou administrativa, um contrato *relacional* por excelência, caracterizado pela relação complexa e contínua entre as partes (parceiro público e parceiro privado). Trata-se de um contrato dinâmico e cambiante, razão pela qual mecanismos de solução consensual de controvérsias devem ser preferencialmente previstos para manter o vínculo de confiança entre os contratados, sem o qual a PPP se desmantelaria.[203]

Essa observação é particularmente relevante na análise das concessões administrativas. Como noticia a doutrina de direito administrativo, essa modalidade contratual tem como objeto os serviços elencados no artigo 6º da Lei n. 8.666/93, os quais poderiam ser implementados por meio de contratos instrumentais de prestação de serviços e de obras. Entretanto, a concessão administrativa alberga notas características dos três tipos de módulos convencionais citados por Fernando Menezes: 1 – ela é instrumental para uma finalidade pública (ex. a construção e operação de hospitais podem ser fornecidas à Administração por meio de contratos da Lei n. 8.666/93); 2 – ela possui uma nota de cooperação entre a Administração contratante e o parceiro privado contratado, que se torna um colaborador para o sucesso do projeto; e, 3 – ela se insere nos módulos de concessão porque acarreta a transferência de uma atividade ou bem vinculado a uma função pública.

A esse respeito, válido transcrever as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto sobre as notas características da "concessão-delegação":

> Em suma, pelo visto até aqui, temos as seguintes conclusões: (i) a concessão, na acepção aqui indicada, é um gênero bastante amplo de arranjos contratuais para delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos; (ii) a concessão não se confunde com sua mais frequente manifestação, a concessão de serviço público, embora o instrumento da concessão tenha influenciado fortemente a construção do conceito de serviço público; (iii) não existe um único regime jurídico de concessão, sendo certo que o instituto admite diferentes arranjos contratuais, a

[203] PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.0790/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 130.

> depender da utilidade concedida ou dos objetivos justificadores de cada concessão; (iv) não obstante, podemos identificar no instituto, qualquer que seja o objeto da delegação, elementos comuns, a saber: (iv.a) a outorga, a um particular, de direitos e obrigações relativos a cometimento que é atribuído ao Poder Público; (iv.b) e que corresponde a um objeto de interesse geral; (iv.c) implicando uma convergência de interesses entre o Poder Público e o privado; (iv.d) que se traduz num vínculo de natureza contratual caracterizável como um contrato relacional, contendo, além do vínculo obrigacional concedente-concessionário, disciplina normativa de caráter processual e que se projeta sobre direitos de terceiros; (iv.e) tendo esse vínculo uma delimitação temporal que prediz sua finitude e também sua estabilidade; (v) a concessão-delegação se configura como um instrumento de envolvimento dos particulares na consecução de finalidades públicas que necessariamente confere ao concessionário um plexo de direitos e obrigações desuniformes em relação ao conjunto dos indivíduos.[204]

Por todo o exposto, conclui-se que *o instituto da concessão alberga as características necessárias para a realização de políticas públicas de infraestrutura de longo prazo*.

2.4. Conclusão parcial

O objetivo deste capítulo foi introduzir a figura do contrato como um instrumento de efetivação de políticas públicas através da apresentação dos vetores de compreensão desse fenômeno, bem como das condições ou pressupostos para que ele preencha esse papel.

Em relação ao primeiro aspecto, foram elencadas as seguintes premissas: (i) a política pública é (também) um fenômeno jurídico; (ii) o contrato administrativo é fonte de normatividade; (iii) o contrato administrativo é um contrato relacional; e, (iv) o contrato administrativo é um instrumento de governo. Ao se constatar que as políticas públicas são formatadas em termos jurídicos, o contrato se revela como um instrumento de governo apto a implementar objetivos estratégicos e políticas governamentais. Por outro lado, as complexidade das contratações públicas contemporâneas, bem como o seu viés incompleto decorrente do seu objeto (em regra, serviços públicos), evidenciam o seu caráter normativo – ou seja, de regulamentar e processualizar o relacionamento das partes – e relacional.

No tocante aos pressupostos necessários para que o contrato seja um instrumento apto a efetivar tais políticas, destacou-se os seguintes elementos: (i) instituições; (ii) processo administrativo; (iii) interação público-privado; e, (iv) controle social.

A existência de instituições sólidas, com uma burocracia bem estruturada e profissionalizada, fortalece o processo de diálogo com a sociedade e repercute na

[204] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 172.

modelagem de bons projetos, consistentes e aderentes ao interesse público. Nessa perspectiva, o processo administrativo estabelece uma arena de discussão da modelagem do empreendimento, viabilizando uma interação público-privado séria, em condições equitativas, bem como o controle social na fase de modelagem e no curso da execução contratual.

Por fim, concluiu-se que o contrato de concessão é um modelo contratual propício ao desenvolvimento de efetivas parcerias com o setor privado para a implementação de projetos de infraestrutura. A forma como essas parcerias incorporam diretrizes das políticas públicas desenhadas na seara política será objeto de análise no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – REPENSANDO OS LIMITES DO CONTRATO: COMO TRANSFORMAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CLÁUSULAS CONTRATUAIS?

3.1. Como refletir políticas públicas em contratos?

A fase prévia de modelagem de um projeto é o momento em que decisões fundamentais de políticas públicas são transformadas em cláusulas contratuais. Nesse sentido, uma vez definido o investimento a ser implementado pelo Poder Público, o instrumento contratual deve fixar a forma como isso será feito, refletindo os contornos da política pública.

Ao longo desse processo, surgem inúmeras questões a serem endereçadas pelos atores envolvidos no projeto – gestores, advogados públicos, *players* privados, financiadores, beneficiários: Como escolher prioridades e metas de investimento? Quem arca com o ônus do empreendimento? Qual será o alcance da política pública a ser implementada? Como essa premissa se relaciona com a delimitação e a definição do objeto contratual?[205] Tais questionamentos serão objeto de estudo neste tópico.

3.1.1. Definição do objeto do contrato e do seu plano de investimentos de longo prazo

A definição do objeto contratual envolve a eleição do investimento a ser realizado, bem como a delimitação da parcela da sociedade que será beneficiada pela sua implementação. O escopo do contrato compreende, assim, a infraestrutura a ser implantada (se for o caso), bem como as atividades correlatas a serem executadas pelo contratado.

Sobre a eleição do investimento a ser viabilizado pelo Poder Público, Vitor Rhein Schirato traz os seguintes apontamentos:

[205] Na visão de Vitor Rhein Schirato, "deverão ser claramente fundamentadas e concatenadas como um objetivo público em comum *qual* investimento a ser realizado, *quem* o realizará, *sobre quem* recairão os ônus do investimento realizado e *como se* dará a realização do objeto no longo prazo." (SCHIRATO, Vitor R. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

> Sendo assim, tem-se que a decisão acerca de qual investimento será realizado dependerá (i) da aderência da escolha pública às políticas de Estado vigentes; (ii) da efetiva prioridade do investimento em relação a outros possíveis de serem realizados com o mesmo recurso; (iii) da existência de recursos orçamentários disponíveis para a realização do investimento.[206]

Dessa forma, a escolha do investimento é fruto de uma diretriz de atuação do Estado em determinado setor, razão pela qual o projeto a ser viabilizado deve ser coerente com a política pública formulada e com os recursos orçamentários disponíveis.

Uma vez escolhido o investimento, há necessidade de fixação de um plano de execução de longo prazo, com o escalonamento de ações a serem executadas pelo privado para a implantação do objeto do contrato. Esse plano pode envolver o cronograma de obras para construção do ativo, bem como investimentos a serem efetuados para viabilizar a prestação dos serviços correlatos.

O que importa assinalar é a necessidade de aderência do investimento a ser feito com a política pública definida na seara política. A sua forma de execução, bem como as fontes de custeio, serão objeto de detalhamento no curso da fase de modelagem, por meio da elaboração de estudos técnicos e econômicos.

3.1.2. Financiamento do empreendimento

A definição do investimento a ser realizado está intrinsecamente relacionada com a política pública a ser executada, bem como com a disponibilidade de recursos públicos a serem despendidos no projeto. Nesse sentido, se a escolha por um certo investimento é uma "política pública em sentido estrito, a forma de realização do investimento também o será, pois incorporará um programa estatal de alocação de recursos para a criação ou ampliação de infraestruturas".[207]

Para Vitor Rhein Schirato, "a escolha pública por um modelo exclusivamente público, exclusivamente privado ou híbrido não é evidente e não decorre apenas da existência ou não de recursos disponíveis no orçamento público. Dependerá sempre de uma análise de custos e benefícios."[208]

---

[206] SCHIRATO, Vitor R. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.
[207] Ibidem, p. 92.
[208] Ibidem, p. 91.

Isso porque o custo pelo investimento pode ser arcado integralmente pelo Estado, pelo privado ou por ambos.

Há, ainda, a possibilidade de os usuários da infraestrutura também contribuírem diretamente para o seu custeio por meio do pagamento de tarifa, como ocorre nas concessões comuns e nas concessões patrocinadas. No entanto, essa opção deve ser ponderada à luz dos objetivos da política pública que se visa implementar. Se a meta do Poder Público é universalizar os serviços ou, por exemplo, estimular o uso de determinado modal, tarifas fixadas a níveis proibitivos ou desinteressantes podem inviabilizar o acesso por grande parte dos usuários ao serviço ofertado.[209]

Há que se perquirir, na hipótese concreta, o modelo que congrega mais externalidades positivas e torna o investimento mais barato sob a ótica de dispêndio de recursos públicos (ponderando-se, assim, o custo de captação de recursos pelos setores público e privado, a disponibilidade imediata de caixa orçamentário, dentre outros).

Isso porque existe mais de uma forma justificável para o governo elencar prioridades no desenvolvimento de setores de infraestrutura. O setor público pode, por exemplo, optar por um modelo que busca menor tarifa (modicidade tarifária) ou projetos de maior retorno econômico ou, ainda, que gerem maior impacto social.

Para adentrar aos aspectos envolvendo o financiamento dos empreendimentos objeto deste estudo, é necessário compreender, de início, a natureza econômico-financeira dos contratos de concessão.

As concessões comuns, patrocinadas ou administrativas representam uma modalidade de engenharia financeira que permite substituir o investimento imediato do Estado, especialmente em infraestrutura.

Nas concessões comuns, a cobrança de tarifa é capaz de remunerar os investimentos e custos operacionais a uma taxa de rentabilidade adequada, podendo incluir ou não a cobrança de outorga.

Já nas concessões patrocinadas, a cobrança de tarifa não é capaz de remunerar os investimentos e custos operacionais a uma taxa de rentabilidade considerada adequada, demandando o pagamento de contraprestações complementares à arrecadação tarifária.

[209] A título de ilustração do debate, tomemos o exemplo da tarifa a ser cobrada do usuário do serviço disponibilizado aos cidadãos. Com efeito, a tarifa módica não é um conceito absoluto, mas sim relacional, pois considera os serviços prestados e a estrutura ofertada. Tais considerações estão umbilicalmente conectadas com os contornos e o modelo de política pública que o gestor visa implementar.

Nas concessões administrativas, a receita principal do projeto consiste no pagamento de contraprestações pelo Estado, as quais, novamente, serão determinadas pela rentabilidade que remunera de forma adequada os investimentos e custos operacionais.

A decisão de investir feita por um parceiro privado se assemelha a um empréstimo feito ao setor público. Ele realiza um investimento em um ativo que não integrará de forma definitiva o seu patrimônio e, ao fazê-lo, adquire um direito a fluxos de receitas futuras (aporte de recursos, receita tarifária, receitas acessórias ou contraprestação).[210] O agente privado almejará um retorno quantificado em relação às oportunidades de negócios que ele poderia ter, ou seja, analisará o seu custo de oportunidade.

No caso do setor público, a decisão de implantar determinado investimento deve passar por um crivo de *Value for Money*, que justifique a opção de conceder determinado ativo ou serviço à luz de uma ponderação de custo-benefício, em comparação, essencialmente, com a realização da obra e/ou prestação do serviço nos moldes da Lei de Licitações e demais formas tradicionais de contratação.

Porém, numa lógica de incentivos, é possível apontar – em tese – algumas vantagens na escolha do modelo de concessão.

Por um lado, há uma mitigação do risco de o concessionário interromper uma obra (o que é comum em contratos regidos pela Lei de Licitações), tendo em vista o impacto dessa interrupção no seu fluxo de caixa – decorrente do atraso na arrecadação de receitas.

No caso das concessões comuns, o concessionário tem interesse de iniciar, o quanto antes, a cobrança de tarifa dos usuários, o que pressupõe a finalização da implantação do ativo (se for o caso). No caso das PPPs, especialmente nos ajustes em que não há o pagamento de aporte de recursos, o parceiro privado tem o incentivo para antecipar a conclusão da obra para desencadear o início do pagamento das contraprestações (que só podem ser pagas após a disponibilização do serviço). Em ambos os cenários, o desembolso pelo concessionário ocorre antes do início do pagamento da remuneração (seja por tarifa ou contraprestação). Nos contratos de obra da Lei de

[210] A decisão do investimento é a decisão de renúncia da liquidez, sendo os juros o prêmio por essa renúncia. Dessa forma, quanto maior o risco do projeto, maior o prêmio. Por isso o ativo da Sociedade de Propósito Específico (SPE) é capitalizado na medida do investimento, com acréscimo da taxa interna de retorno (TIR). A TIR é a taxa que traz receitas e despesas futuras a valor presente e faz com que o valor presente de uma seja igual ao da outra. Isso deve refletir o risco presente no projeto e o custo de oportunidade dos investidores. Assim, a rentabilidade da SPE decorre do descolamento temporal entre o momento em que os seus acionistas renunciam a\à liquidez para realizar o investimento e o momento posterior da amortização desses investimentos, pelo direito de cobrança de tarifa ou de pagamento pelo Poder Concedente.

Licitações, ainda que a interrupção repercuta de forma negativa no fluxo de caixa do contratado, o pagamento por parte da Administração ocorre à medida que a obra avança.

Além disso, o contratado é responsável pela operação e manutenção do ativo reversível ao longo do prazo contratual, razão pela qual, em regra, não aufere benefícios com o barateamento excessivo do custo da obra para não comprometer a sua qualidade.

Finalmente, há um ganho de eficiência em razão da amortização e garantia do investimento com receitas próprias do projeto (*project finance*[211]).

3.2. Como evitar que o contrato se descole da política pública que inspirou a sua celebração?

Neste tópico, são analisados mecanismos que viabilizam a execução da política pública por meio do contrato, notadamente os instrumentos que permitem, resguardando a estabilidade do ajuste, a sua mutabilidade e adaptação às novas conjunturas.

O contrato é um instrumento de governo, perdurando, na maior parte dos casos, por diversos mandatos eletivos. Nota distintiva de tais ajustes é a sua incompletude, mormente daqueles destinados à implantação e operação de uma infraestrutura.

Conforme visto no capítulo 2, a concepção tradicional de contrato administrativo considera que os instrumentos contratuais são (ou deveriam ser) completos, de modo a prever todas as causalidades e intercorrências passíveis de sobrevir no curso da sua execução. Porém, o contrato de longo prazo é sempre incompleto, não sendo possível vergar o tempo e seus efeitos, notadamente considerando a incerteza do contexto econômico, os impactos nas políticas públicas decorrentes da alternância política e a natural mutabilidade do avanço tecnológico.

Por essas razões, o contrato deve conter cláusulas que contemplem imprevistos, de modo a permitir a solução de problemas endocontratualmente e de forma consensual. Deve, portanto, desenvolver uma capacidade de aprendizagem intrínseca, por meio de cláusulas de *hardship* e instrumentos que permitam a sua adaptabilidade, conforme será

[211] No *project finance*,o financiamento de um projeto específico tem como garantia as receitas futuras que serão geradas com o próprio projeto, por meio da segregação de seus custos, receitas e riscos através de uma SPE.

visto neste tópico. A mutabilidade dos contratos garante, assim, a sua estabilidade no tempo e o cumprimento da política pública por ele viabilizada.[212]

3.2.1. Planos de investimentos

Consoante visto no item 3.1, a escolha do investimento a ser implementado, bem como a alocação dos seus custos, são elementos determinantes para a efetivação de políticas públicas de infraestrutura pela via contratual.

Um dos principais instrumentos por meio do qual a Administração Pública contratante acompanha a implantação e operação do ativo de infraestrutura pelo contratado é o plano de investimento, em conjunto com a sua descrição técnica. Esse documento reflete o plano de ação do concessionário para a implantação do ativo e o atingimento dos níveis de qualidade exigidos contratualmente. Em regra, o plano de investimento é elaborado pelo Poder Público na fase de modelagem do projeto, mas alguns instrumentos contratuais preveem a sua revisão periódica por acordo entre as partes.

Nesse contexto, o plano de investimentos se torna um instrumento de gestão contratual, que permite o acompanhamento da evolução do contrato pelo gestor, bem como a priorização e reorganização de determinadas ações face a alterações conjunturais.

Nesse ponto, vale citar a figura do *aporte de recursos*, inserida na Lei de PPPs por meio da Lei federal n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012, conversão da Medida Provisória n. 575, de 07 de agosto de 2012.[213] O aporte de recursos é compreendido como

[212] Conforme defendem Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano, "estabilidade não é sinônimo de imutabilidade". (MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011). Em sentido semelhante, adverte Jody Freeman: **"Nenhum contrato pode ser específico o suficiente para antecipar toda e qualquer situação com a qual um fornecedor privado pode se deparar.** Ao revés, o contrário se torna uma estrutura e um conjunto de regras que ixão auxiliar o preenchimento futuro de lacunas. De fato, a abertura contratual pode ser desejável em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, quando as partes são conhecidas uma da outra, são players permanentes e estabeleceram uma relação de confiança. No entanto, a abertura pode impedir um monitoramento efetivo." (FREEMAN, Jody. The Contracting State. **Florida State University Law Review**, vol. 58:155, p. 171, 2000, grifo nosso).

[213] A MP n. 575/2012 repercutiu, ainda, na forma de contabilização de aportes públicos nos projetos de parcerias público-privadas, trazendo efeitos financeiros positivos para o projeto, com o pagamento antecipado do investimento privado por contraprestações públicas e reduzindo efeitos tributários decorrentes dessa antecipação. Além disso, trouxe alterações em relação ao fundo garantidor de PPPs, bem como ajustou o limite percentual da receita corrente líquida para a contratação de PPPs pelos Estados.

uma espécie de remuneração paga ao Parceiro Privado por ocasião da realização de obras e aquisição de bens reversíveis.[214]

A alteração legislativa passou a permitir a realização de pagamentos ao longo da fase de implantação da infraestrutura, reduzindo o custo tributário do projeto decorrente do diferimento entre o desembolso realizado pelo concessionário e o início do pagamento de contraprestação – vinculado, nos termos do artigo 7º, *caput*, da lei, à disponibilização do serviço.[215] Além disso, o pagamento antecipado dos valores devidos ao privado investidor permite a redução dos custos financeiros do projeto, uma vez que há diminuição do montante devido pelo Estado a título de juros pelo empréstimo realizado.

O parágrafo 2º do artigo 7º da Lei de PPPs dispõe que o pagamento de aporte de recursos, quando realizado durante a fase dos investimentos, deve guardar proporcionalidade com as etapas definitivamente executadas. Como aprimoramento desse mecanismo, diversos contratos passaram a prever a possibilidade de antecipação do cronograma de eventos-marco para recebimento das parcelas do aporte, com o objetivo de incentivar a busca da eficiência pelo Parceiro Privado e a antecipação da implantação do investimento.

O controle da antecipação dos eventos-marco é pautado pelo cronograma físico-financeiro original da obra, geralmente elaborado pelo Parceiro Privado e chancelado pelo gestor do contrato. Esse instrumento servirá de referência para a readequação de prazos, organização de desembolsos e controle da execução das etapas subsequentes. Trata-se de um dos instrumentos que reflete o plano de investimentos contratual.

3.2.2. Remuneração atrelada ao desempenho do concessionário

Nos termos do artigo 23, inciso III, da Lei de Concessões, os "critérios, indicadores, fórmulas ou parâmetros definidores da qualidade do serviço" constituem

[214] É o que dispõe o artigo o artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei:
"Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: (...)

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

[215] "Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada."

cláusula essencial do contrato de concessão. Já o parágrafo único do artigo 6º da Lei de PPPs autoriza que as contraprestações sejam vinculadas ao desempenho do concessionário.

Indicadores de serviço medem a qualidade e a quantidade do serviço contratado pelo Poder Público. Um sistema de pagamento vinculado a indicadores de serviço representa, assim, a forma como o concessionário será remunerado em caso de cumprimento integral da obrigação principal – na forma e quantidade acordadas – ou como ele sofrerá eventuais descontos em caso de descumprimento. A ideia desse mecanismo pressupõe que o contrato traga indicadores que, atingidos de forma insuficiente, acarretem a redução proporcional da receita do contratado.[216]

Por meio da remuneração por desempenho, atribui-se os riscos de qualidade e de disponibilidade na montagem do empreendimento ao contratado, de modo que a sua remuneração (seja por meio de contraprestação e/ou receita tarifária) seja variável em função de tais fatores.[217] Dessa forma, "busca-se estimular a prestação mais eficiente do serviço, de modo que o concessionário seja recompensado por alcançar determinados ganhos de produtividade."[218]

O contratado passa a ter obrigação de desempenho ou resultado, consistente na manutenção de determinado nível de serviço. Nesse contexto, o serviço adequado passa a ser aquele prestado de acordo com as especificações contratuais.[219]Perde importância, por consequência, o modo como ele atingirá os indicadores de serviço em prol da efetiva manutenção dos níveis estipulados pelo Poder Público.

Dessa forma, ao atrelar a remuneração do contratado aos níveis de desempenho exigidos contratualmente, substitui-se o regime repressivo – sanção – por uma lógica de

[216] Discute-se qual deveria ser o valor mínimo da remuneração do contratado a ser preservado após o desconto decorrente do descumprimento dos indicadores: se os custos de prestação do serviço ou o custo, descontado o serviço da dívida. No primeiro caso, o valor a ser pago aos financiadores em virtude do empréstimo contraído pelo concessionário seria preservado, ao passo que, no segundo cenário, o desconto também poderia alcançar recursos que seriam destinados ao pagamento da dívida, o que pode, em alguns casos, gerar o seu vencimento antecipado e inviabilizar a continuidade da concessão. Esse panorama reforça a necessidade de fiscalização da concessão também pelo seu financiador, cujo interesse, nesse aspecto, se alinha ao do Poder Concedente.

[217] SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário:** concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 236-237.

[218] Ibidem, p. 237.

[219] "Não basta que os indicadores de desempenho sejam bem estruturados para que os contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos sejam cumpridos de forma eficiente. É preciso que tais indicadores estejam adequadamente conectados com o sistema de pagamentos, de modo a gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado os cumpra. Para isso, é indispensável que o descumprimento dos indicadores dê azo a punições (a aplicação de multas, por exemplo) ou à redução do pagamento do parceiro privado (usando a lógica do que se chama na teoria jurídica de 'exceção de não cumprimento do contrato')." (RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs** – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 76).

incentivos. Isso porque a aplicação de sanção exige processo administrativo prévio – que resguarde o contraditório e a ampla defesa –, o que pode levar à propositura de inúmeras ações judiciais, afetando a eficácia da penalidade aplicada.

Por outro lado, a remuneração por desempenho impacta diretamente a receita do contratado sem a necessidade de realização de processo administrativo. No entanto, afigura-se recomendável que o contrato preveja um procedimento simplificado para permitir que o concessionário conteste, se for o caso, o percentual de desconto aplicado pela Administração. Além disso, é recomendável que a aferição do cumprimento dos indicadores seja realizada por um verificador independente, de modo a assegurar imparcialidade e isenção ao contratante privado.

Mauricio Portugal Ribeiro sintetiza as vantagens desse mecanismo nos seguintes termos:

> Daí que, para que os incentivos para cumprimento dos contratos de concessão comum e PPP sejam críveis e efetivos, aconselhamos o uso da lógica da exceção de descumprimento do contrato tanto quanto possível em lugar das penalizações. Explicamos melhor: ao invés da aplicação de multas, o sistema de pagamentos deve se centrar na realização de descontos no pagamento do parceiro privado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho. Esses descontos, do ponto de vista jurídico, não são caracterizados como 'punição', ou 'multa', mas redução do pagamento proporcional ao serviço que efetivamente foi prestado pelo parceiro privado. É dizer: a Administração deve pagar apenas pelo serviço que foi efetivamente prestado. Se o serviço for de qualidade inferior ao contratualmente pactuado, o pagamento por esse serviço deve ser proporcionalmente reduzido. Para isso, é preciso que constem claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar os descontos no preço do serviço, no caso dele não ser prestado nas quantidades e qualidade exigidas no contrato para percepção pelo parceiro privado do pagamento integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou no Erário).[220]

O ideal, contudo, é que os indicadores de eficiência e qualidade do serviço se diferenciem, em alguma medida, das obrigações contratuais atribuídas ao contratado e passíveis de serem sancionadas por multa, de modo a evitar eventuais discussões envolvendo alegação de *bis in idem*.[221]

---

[220] RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs** – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

[221] No contrato da PPP da Rodovia dos Tamoios, a questão foi solucionada da seguinte forma:
"41.7 À exceção das infrações classificadas nos níveis D, E e F, conforme Anexo XI, não será aplicada multa nos casos em que o comportamento do Parceiro Privado já tenha ensejado o descumprimento dos Indicadores de Desempenho estabelecidos no Anexo III e, consequentemente, a redução de sua remuneração de maneira proporcional.
41.8 A excludente de penalidade referida na subcláusula 41.7.não incide, também, nos casos de recorrência em que a Concessionária tenha descumprido o mesmo indicador da composição no NÍVEL 4 de indicadores, conforme Anexo III deste Contrato, em 3 (três) períodos consecutivos de medição."

Outrossim, os descontos decorrentes do descumprimento dos indicadores de desempenho podem incidir sobre o pagamento público ou sobre a tarifa.

No caso das PPPs, a implementação desse mecanismo é, em regra, simples, tendo em vista que o abatimento incide sobre o valor da contraprestação a ser pago pela Administração Pública.

No entanto, nas hipóteses em que a remuneração decorre exclusivamente de receitas tarifárias, a operacionalização desses descontos oferece maiores desafios. O mecanismo de desconto deve ser uma forma de recompor o desequilíbrio contratual prejudicial ao usuário. Compreende-se, nesse particular, que a concessionária não efetuou os investimentos necessários para manter os indicadores de qualidade nos níveis ajustados, ou seja, não efetuou os desembolsos exigidos contratualmente para esse fim, razão pela qual, na lógica da *exceção do contrato não cumprido*, deverá sofrer reduções proporcionais na tarifa a ser cobrada dos usuários.[222]

---

[222] O contrato de concessão rodoviária da BR-116/324/BA firmado com a ViaBahia previu a figura do "desconto de reequilíbrio", que reduz a tarifa básica de pedágio caso os indicadores de desempenho não sejam alcançados. O Tribunal de Contas da União, ao analisar consulta sobre a possibilidade de utilização desse mecanismo na 2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, teceu as seguintes considerações:

"38. No caso de descumprimento dos indicadores de desempenho, objetivamente listados no contrato de concessão, ocorre a situação em que a concessionária, apesar de remunerada por meio da tarifa básica de pedágio, não executou obras e serviços suficientes para atingir os parâmetros de desempenho mínimos acordados contratualmente (cf. parágrafo 29). Essa omissão gera o desequilíbrio econômico-financeiro em favor do usuário, que pagou mais tarifa do que recebeu em troca em termos de benfeitorias na infraestrutura rodoviária.

39. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato requer, nesse caso, a dedução do 'desconto de reequilíbrio' da tarifa básica de pedágio, pelo período de um ano, até a avaliação de desempenho seguinte. O caráter provisório do desconto decorre da capacidade e da autonomia de que dispõe a concessionária para alcançar os indicadores de desempenho mínimos fixados, como se verifica nas seguintes cláusulas, extraídas do contrato da ViaBahia:

'20.6.5 O valor da Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões anuais indicadas nas subcláusulas 16.4, 16.5 e 16.6 sofrerá a dedução do Desconto de Reequilíbrio referente ao desempenho apurado no ano anterior, calculado na forma do Anexo 5, de acordo com a fórmula:

Tarifa Básica de Pedágio x (1 – Desconto de Reequilíbrio)

20.6.6 A dedução do Desconto de Reequilíbrio não se incorporará de forma definitiva ao valor da Tarifa Básica de Pedágio, de forma que o Valor da Tarifa Básica de Pedágio a ser adotado nas revisões indicadas nas subcláusulas 16.4, 16.6 e 16.7 será aquele antes da dedução do Desconto de Reequilíbrio.'

40. **Entende-se, portanto, que o desconto de reequilíbrio, como definido no instrumento contratual, presta-se a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando não cumpridos os indicadores de desempenho acordados com a concessionária. Amolda-se, ainda, aos ditames do art. 20, inciso II, e art. 24, incisos II, IV e VI, da Lei 10.233/2001 c/c art. 6º, § 1º, e art. 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995, segundo os quais, compete à ANTT regular a exploração da infraestrutura rodoviária pela iniciativa privada, resguardar o interesse público, os direitos e deveres de usuários e concessionários,**

3.2.3. Rol evolutivo de direitos e obrigações

A fixação de direitos e obrigações do Poder Concedente, do concessionário e dos usuários do serviço é cláusula essencial nos contratos de concessão.[223] Entretanto, essa lista não é – ou não deveria ser – estanque ou exaustiva, tendo em vista o influxo de alterações conjunturais, de natureza política, econômica ou tecnológica, as quais o contrato está sujeito.

A título de exemplo, um dos elementos aptos a desencadear uma alteração nas obrigações das partes é a evolução tecnológica. Com efeito, determinados investimentos podem se tornar obsoletos, ao passo que outras inovações se revelam imprescindíveis para a manutenção da atualidade do serviço.[224] Por outro lado, alterações legislativas e

---

fomentar a prestação do serviço público adequado e desenvolver mecanismos de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato." (grifo nosso).

Assim, com base no disposto nos artigos 6ºe 9º, §§2º e 3º, da Lei de Concessões, concluiu a Corte de Contas que se trata de "instrumento legítimo, porquanto se coaduna com o princípio basilar das concessões públicas, que é a obtenção (e manutenção) da proposta mais vantajosa para o poder concedente e, por corolário, para o interesse público, no caso dos usuários de rodovias."

No entanto, esse instrumento está sendo questionado judicialmente pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR no Processo Judicial 2009.34.00.002039-3, em trâmite na 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF.O processo foi extinto sem resolução de mérito em razão de pedido de desistência formulado pela parte autora e superveniente perda do objeto. Antônio Carlos Cintra do Amaral posicionou-se no sentido de que o desconto de reequilíbrio seria incompatível com a ordem legal, em parecer solicitado pela própria ABCR. Defende, nesse particular, que a concessionária deveria ser penalizada pelo descumprimento de obrigações contratuais, mas não ter a sua remuneração impactada: "Se a concessionária não cumpre suas obrigações, deixando de efetuar ou efetuando fora dos prazos os investimentos previstos, deve sofrer as sanções previstas no contrato e na lei, podendo, até, chegar a ser declarada a caducidade da concessão, na conformidade do art. 38 e parágrafos da mesma lei. Mas o descumprimento de obrigações contratuais ou legais, por parte da concessionária, não é causa de desequilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato." (p. 116) O parecer pode ser acessado no seguinte link: <file:///Users/camilaviana/Downloads/Contratos%20concess%C3%A3o%20rod.....2009.pdf> . Acesso em 03.12.2016.

[223] É o que determina o artigo 23, incisos V e VI, da Lei de Concessões:
"Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
(...)
V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
(…)"

[224] Vale citar, como exemplo, a previsão no contrato da PPP da Rodovia dos Tamoios de futura implantação do mecanismo de *free flow*, a pedido do Poder Concedente, resguardado o equilíbrio econômico-financeiro. O *free flow* consiste em um Sistema de cobrança em fluxo livre, por meio de pórticos (sem Praças de Pedágio), com tarifa de pedágio equivalente ao Trecho de Cobertura do Pórtico, que será mais próximo à distância efetivamente percorrida pelo usuário.
Se, porventura, tal mecanismo se tornar obsoleto em decorrência de avanços tecnológicos no setor, cabe ponderar se tal obrigação pode ser substituída por outra, resguardado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Eis o teor da cláusula:

regulatórias podem interferir diretamente na distribuição das obrigações entre as partes, bem como criar novos direitos para os usuários.

Dessa forma, é recomendável – e, inclusive, salutar – que as cláusulas que estabelecem o rol de obrigações contratuais possam ser alteradas ao longo do tempo, por fatores externos ao ajuste ou por comum acordo das partes, desde que resguardado o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

3.2.4. Mecanismos de ajuste e aperfeiçoamento do contrato

3.2.4.1. Matriz de riscos e equilíbrio econômico-financeiro

Hodiernamente, contratos de longo prazo trazem em seu bojo uma cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes, que caracteriza o seu equilíbrio econômico-financeiro.

A função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.[225] Essa matriz representa, por sua vez, a disciplina de distribuição de riscos do contrato, ou seja, a alocação de responsabilidades pelas consequências de eventos que podem impactar o cumprimento das obrigações contratuais.

Por meio desse mecanismo, atribui-se a uma das partes o ônus de arcar com as consequências da materialização de determinado evento, seja porque ela tem maiores incentivos para evitar a sua ocorrência, seja porque possui melhores condições para

---

"11.1 Constituem as principais obrigações do Parceiro Privado, sem prejuízo das demais obrigações expressas neste Contrato e em seus Anexos: (...)

(xxxiv) Promover todas as atividades e arcar com todos os investimentos necessários à implantação, operação e manutenção das Praças de Pedágio, com exceção dos investimentos necessários à implantação de sistema de arrecadação de Tarifas de Pedágio na modalidade *free flow*, os quais serão arcados pelo Poder Concedente quando da implantação do sistema, nos termos deste Contrato."

[225] RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs** – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79.

remediá-lo quando ele ocorrer.[226] Tais riscos, portanto, devem ser distribuídos segundo premissas jurídico-econômicas, alocados conforme a capacidade de cada parte.[227]

A matriz de riscos é, assim, um mecanismo que remedia o impacto desses eventos no cumprimento do contrato. No entanto, apesar de definir as responsabilidades pela ocorrência de determinado evento, não é a sua função disciplinar a forma como será feita a compensação entre as partes quando ele, de fato, ocorrer.

Nesse contexto, a noção de equilíbrio econômico-financeiro se associa à ideia de um sistema compensatório, ou seja, do "braço operacional da matriz de riscos", encarregado de compensar a parte que sofreu as consequências da materialização de um evento que é risco da outra parte.[228] Do ponto de vista econômico, há um equilíbrio entre as obrigações e riscos assumidos pelo concessionário em relação ao prêmio que ele espera receber (encargos e bônus, receitas e despesas). Essa relação é constantemente revisitada no curso da execução do contrato para verificar se o seu equilíbrio econômico-financeiro está mantido ou não.

Em geral, vislumbra-se na expressão "mantidas as condições efetivas da proposta", contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, o marco constitucional da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Não parece ser possível, contudo, extrair um direito líquido e certo a um sistema pré-determinado de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Depreende-se desse dispositivo a obrigação do

---

[226] É comum os contratos estabelecerem um rol de riscos alocados a cada uma das partes, mas contemplarem uma cláusula residual de distribuição de riscos. O contrato de concessão patrocinada da Linha 6 do metrô de São Paulo prevê, em sua cláusula 20.1, que "A CONCESSIONÁRIA é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à presente CONCESSÃO, salvo disposição expressa em contrário." Nos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, prevê a cláusula 5.2. que "Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão."

[227] Em que pese a definição inserta no artigo 1º da Lei de Concessões, no sentido de que a concessão de serviço público é "por conta e risco" do concessionário, parecem não restar dúvida acerca da possibilidade de distribuição de riscos entre as partes contratantes também nas concessões comuns, o que, frise-se, em maior ou menor grau, vem sendo a prática contratual desde a edição da lei. A Lei de PPPs, em contrapartida, contempla previsão expressa no sentido de que a repartição objetiva de riscos entre as partes é uma das diretrizes na contratação de parcerias público-privadas (artigo 4º, inciso VI, da lei).

[228] Nesse sentido, são comuns disposições contratuais que associam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro à materialização de riscos previstos no ajuste, como é o caso das cláusulas 27.3, 27.4 e 27.5 da PPP da Rodovia dos Tamoios:

"27.3. Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato quando qualquer das partes sofrer os efeitos financeiros, positivos ou negativos, de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado.

27.4. O Parceiro Privado não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato caso quaisquer dos riscos por ele assumidos no Contrato venham a se materializar.

27.5. O Poder Concedente não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato caso quaisquer dos riscos por ele assumidos no Contrato venham a se materializar."

contrato albergar uma metodologia apta a resguardar o seu equilíbrio, como o método da taxa interna de retorno ou do fluxo de caixa marginal.[229]

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro também encontra respaldo em dispositivos da legislação pátria, como o artigo 65, inciso II, alínea "d" da Lei de Licitações[230], o artigo 10 da Lei de Concessões e o artigo 5º, inciso III, da Lei de PPPs. É possível também relacionar o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro com a *resolução por onerosidade excessiva*[231] – decorrente da *teoria da imprevisão* – e *a vedação ao enriquecimento sem causa*[232] previstos no Código Civil, os quais, consoante defendido no Capítulo 1, poderiam ter aplicabilidade aos contratos administrativos por serem noções inerentes à teoria geral dos contratos.

Como decorrência lógica da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro, sustenta-se a proibição de alteração unilateral das condições econômico-financeiras do contrato (tais como cláusulas de pagamento, percentual de desconto ofertado na licitação, dentre outras). Isso porque, se fosse autorizado ao Poder Público alterar unilateralmente as regras econômicas no curso da execução contratual, a garantia do equilíbrio restaria ameaçada, razão pela qual eventuais alterações dessa natureza só podem ser feitas mediante ajuste entre as partes, resguardadas as condições originais da licitação. [233]

Finalmente, J. Luis Guasch defende que os pleitos de reequilíbrio devem ser analisados da forma mais transparente possível, inclusive por meio de um painel externo e

---

[229] Diversos contratos preveem que, atendidas as suas condições, considera-se resguardado o equilíbrio econômico-financeiro. A título de exemplo, válido citar a seguinte cláusula da PPP da Rodovia dos Tamoios: "27.1. Sempre que forem atendidas as condições do Contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro."Disposição semelhante também consta da cláusula 21.1 da PPP da Linha 6 do metrô de São Paulo.

[230] O artigo faz referência, em sua parte final, à álea "extraordinária e **extracontratual**". Nesse particular, a distribuição genérica de riscos prevista no dispositivo só deve ser aplicada caso não haja distribuição especifica no contrato. Dessa forma, entende-se que, na ausência de regra especifica contratual, invoca-se o critério genérico da lei. (grifo nosso)

[231] "Seção IV

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

[232] "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido."

[233] Porém, não existe regra expressa na Lei de Concessões acerca da proibição de alteração de condições econômicas do contrato, mas sim no artigo 58, parágrafo 1º, da Lei de Licitações, segundo o qual "As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado."

especializado para auxiliar reguladores e Poder Público no exame e na tomada de decisão, sendo certo que qualquer ajuste concedido deve ser exposto ao público.[234]

3.2.4.2 Revisões periódicas

Uma forma de manter a aderência dos termos do contrato à política pública que inspirou a sua celebração consiste na realização de revisões periódicas (ou *ordinárias*). O contrato pode prever a realização de revisões cíclicas – bienais, quadrienais, etc. –, de todas ou de parte de suas disposições, como o plano de investimentos, as metas e os indicadores de qualidade, os níveis do serviço, o cronograma de execução das obras, dentre outros, com o objetivo de manter a atualidade do serviço e adequar o seu teor às alterações das políticas públicas setoriais.[235]

Já as revisões *extraordinárias* ocorrem em situações não previstas contratualmente, ou seja, em hipóteses de alterações contratuais que não decorrem de revisões periódicas programadas no momento de celebração do ajuste.

Especificamente em relação a contratos sujeitos a revisões tarifárias, a ideia de revisão pode vir associada a um realinhamento periódico de custos e da remuneração do concessionário, resultando no cálculo de nova tarifa, geralmente em setores regulados (como o setor elétrico). A revisão, em seu sentido tradicional, consiste na recomposição dos preços do concessionário, ao passo que o reajuste garante a compensação dos efeitos da variação inflacionária.[236]

Nesse contexto, o artigo 9º da Lei de Concessões[237] parece ter adotado o regime tarifário do preço do serviço (ou *price cap*), em substituição ao regime do custo do serviço com taxa de retorno garantida sobre o investimento. No modelo tarifário do custo do

---

[234] GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions** – doing it right. Washington: WBI Development Studies, 2004, p. 20.

[235] O Contrato da PPP da Rodovia dos Tamoios prevê que a revisão ordinária consiste na "Revisão do Contrato feita a cada 04 (quatro) anos, com o escopo de adaptar os Indicadores de Desempenho e o Plano de Investimentos às modificações que tenham sido percebidas neste período, conforme disposto na Cláusula Vigésima Nona deste Contrato."

[236] Assim prevê a Lei federal n. 8.666/93: "Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)
XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;"

[237] "Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato."

serviço, a tarifa deve preservar os custos diretos e indiretos, inclusive investimentos necessários à prestação do serviço e a margem de retorno do concessionário.[238]

Dentre os problemas associados ao regime do custo do serviço, menciona-se: (i) a sua operacionalização, em razão da dificuldade de delimitar os conceitos de custo – podendo ser utilizado o custo médio ou o custo marginal – e de investimento – que podem ser avaliados pelo custo histórico ou pelo custo de reposição ou reprodução; (ii) a assimetria de informações entre concessionário e Poder Concedente; (iii) a ausência de incentivo à redução de custos; (iv) incentivo à realização de investimentos que não geram benefícios sociais relevantes; e, (v) ausência de incentivo ao desenvolvimento de novos serviços.[239]

Por outro lado, no modelo de preço do serviço, o preço da tarifa será estipulado pela concessionária, por sua conta e risco. Essa metodologia busca, dessa forma, superar as desvantagens do regime pelo custo do serviço, envolvendo a fixação de uma tarifa teto, sendo que "podem ser criados mecanismos para (i) forçar o concessionário a cobrar valores mais baixos do que o teto ou (ii) para se reduzir o próprio teto tarifário que o prestador deve observar."[240]

Conforme mencionado anteriormente, em contratos regulados pelo regime de custo do serviço há, em regra, a previsão de um processo de redefinição do valor da tarifa pela apuração periódica das referências de custos, de modo a definir o novo valor da tarifa para o próximo ciclo tarifário. Essa parece ter sido a opção adotada no setor de saneamento básico, conforme será visto com mais vagar no Capítulo 4.

3.2.5. Meios alternativos de divergência de litígios contratuais

As contratações contemporâneas passaram a adotar meios alternativos para a solução de conflitos oriundos do contrato, com o objetivo de afastar o exame de determinadas matérias pelo Poder Judiciário e obter soluções mais céleres para suas divergências.

Já sob a égide da Lei federal n. 8.666/93, diversos contratos passaram a prever cláusula compromissória para solucionar conflitos pela via arbitral, em decorrência de

[238] SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário:** concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.
[239] Ibidem, p. 84-87.
[240] Ibidem, p. 87.

exigências formuladas por financiadores internacionais. Além disso, a Lei de Concessões[241] e, posteriormente, a Lei de PPPs[242], trouxeram a previsão da arbitragem como forma de solução de controvérsias contratuais.

Por outro lado, o artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei federal n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem) estabelece, de forma expressa, que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".[243]

Finalmente, a reforma da Lei de Arbitragem, operada pela Lei n.º 13.129, de 2015, inseriu dois parágrafos no artigo 1º que afastam quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de a Administração Pública celebrar *cláusulas compromissórias* e *compromissos arbitrais* (espécies do gênero *convenção de arbitragem*).[244]

Dessa forma, restou claro que a submissão de controvérsias à arbitragem pelo Estado é autorizada mesmo nas hipóteses em que tal mecanismo não tenha sido expressamente previsto na redação original do contrato. Em tais situações, as partes poderão celebrar um compromisso arbitral, o qual permite a submissão de um conflito específico, posterior à celebração do contrato, à solução arbitral.

Por todo o exposto, parece estreme de dúvida a possibilidade de a Administração Pública inserir em seus contratos de concessão cláusulas prevendo a submissão de determinadas controvérsias à arbitragem. No entanto, as divergências se iniciam quanto ao modelo mais adequado de cláusula arbitral para o Estado, notadamente em razão do conflito entre os princípios da Administração Pública e o caráter flexível, sigiloso e voluntário da solução arbitral.

---

[241] "Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996."

[242] "Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."

[243] Vale lembrar que, nas decisões proferidas nos Recursos Especiais n. 606.345-RS e 612.439-RS, o Superior Tribunal de Justiça considerou válidas cláusulas compromissórias submetendo à arbitragem litígio envolvendo sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, independentemente de autorização legislativa específica.

[244] "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações."

Há, assim, uma miríade de modelos passíveis de serem adotados: a câmara arbitral pode ser fixada desde já ou em momento posterior[245], quando do advento do litígio; a cláusula pode enumerar, de antemão, quais litígios serão submetidos à arbitragem,[246] ou apenas indicar, genericamente, que os conflitos que envolvam *direitos patrimoniais disponíveis* podem ser solucionados pela via arbitral[247], etc.

Cada opção apresenta vantagens e desvantagens, a depender da perspectiva da parte contratante. Sob o ponto de vista do setor privado, a percepção de risco pode ser incrementada, por exemplo, se a cláusula atribui ao Poder Concedente a prerrogativa de escolha da câmara arbitral ou se ela deixa de indicar, previamente, quais conflitos serão submetidos à arbitragem, abrindo espaço para futuras disputas sobre a sua interpretação mais adequada.

Pelo lado do Estado, reter a prerrogativa de definir, *a posteriori*, a câmara arbitral permite a eleição de uma instituição com experiência em demandas arbitrais envolvendo entes públicos, o que, atualmente, ainda se encontra bastante incipiente. Além disso, a definição dos conflitos que envolvam *direitos patrimoniais disponíveis* pode ser questionada pelos órgãos de controle, considerando a zona cinzenta que envolve esse conceito.[248]

---

[245] A cláusula 54.7 do contrato de concessão patrocinada da linha 6 do metrô de São Paulo contempla a seguinte previsão, objeto de questionamento no momento da consulta pública: "A escolha da câmara arbitram será exercida pelo PODER CONCEDENTE, dentre as instituições de notório reconhecimento e, preferencialmente, experiência na matéria objeto do litígio a ser dirimido e que possuam Regulamento adaptado às arbitragens como o Poder Público, em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra. Caso o PODER CONCEDENTE não indique a Câmara de Arbitragem no prazo acima indicado, caberá ao Parceiro Privado fazê-lo, no mesmo prazo, observando os mesmos critérios de escolha."

[246] É o caso da cláusula 54.5 da concessão patrocinada da Linha 6 do metrô de São Paulo:

"54.5. As partes contratantes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:

(i) Reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO;

(ii) Aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO;

(iii) Reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;

(iv) Cálculo e aplicação de reajuste;

(v) Acionamento dos mecanismos de garantia;

(vi) Valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual."

No caso dos contratos de concessão dos Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, a via arbitral foi eleita apenas para dirimir "litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos..."(cláusula 16.5).

[247] Como parece ter sido a opção no caso da PPP da FURP, em que a cláusula 51.2 remete à definição de Direitos Disponíveis: "**Direitos Disponíveis** – Direitos disponíveis para os fins de discussão arbitral de qualquer Divergência relacionada a tais direitos, conforme admitido pela legislação."

[248] Não há dúvida que controvérsias envolvendo valor de indenização por bens reversíveis ou demandas envolvendo equilíbrio econômico-financeiro, são passíveis de serem submetidas à arbitragem. Entretanto, a discussão sobre os critérios de indenização ou a forma de reequilibrar determinado contrato (se por

Por todo o exposto, quer parecer que a definição prévia do maior número possível de matérias no contrato, após diálogo prévio com os atores envolvidos na fase de modelagem, poderá atenuar a percepção de risco das partes e permitir o alinhamento de soluções consensuais no curso do procedimento.

Finalmente, diversos ajustes passaram a prever os denominados *Dispute Boards*, que consistem em juntas ou comissões que administram conflitos relacionados a questões técnicas ou econômicas do contrato. Previamente à submissão da controvérsia ao procedimento arbitral, em caráter facultativo ou obrigatório, determinados assuntos poderão ser decididos por uma junta técnica, composta por membros indicados pelas partes.[249]

Os *Dispute Boards* permitem, assim, o gerenciamento de disputas, de modo a evitar o escalonamento de divergências entre as partes, oferecendo uma solução a questões técnicas e/ou de natureza econômico-financeira – em geral, envolvendo a fase de implantação de infraestruturas – antes de levar o conflito à arbitragem, a qual, em regra, é mais custosa e interfere no cumprimento do contrato.

3.2.6. Reversão de bens e direito à indenização

O artigo 36 da Lei de Concessões garantiu ao concessionário o direito à indenização pelas *"*parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*"*.

Pelo instituto da reversão, todo o acervo de bens imprescindíveis à prestação do serviço público reverte para o Poder Concedente, independentemente de os investimentos realizados (desembolso de recursos pelo concessionário nos bens reversíveis) estarem ou não amortizados pela remuneração contratual auferida.

Atualmente, os bens reversíveis devem estar amortizados ao fim da concessão, por meio da remuneração paga ao concessionário. Nesse sentido, nas concessões comuns, a tarifa fixada deve ser suficiente para amortizar os investimentos feitos no acervo

---

indenização, por prorrogação de prazo ou outra forma) se inserem em um zona cinzenta do conceito por envolverem típicas decisões do Poder Público contratante.

[249] Foi o modelo utilizado nos seguintes contratos: contrato de obra da Linha 4 do metrô de São Paulo; PPP da FURP; PPP da Linha 6 do metrô de São Paulo; PPP da Rodovia dos Tamoios; PPP dos Complexos Hospitalares.

reversível. Já nas Parcerias Público-Privadas, a remuneração do concessionário será por contraprestação pecuniária ou contraprestação pecuniária e tarifa. Além disso, após a alteração legislativa em 2012, o contrato de PPP também poderá prever o aporte de recursos "em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995".[250]

Tornou-se frequente a previsão contratual de supressão do direito à indenização por investimentos não amortizados ao final da concessão, com o objetivo de exigir que todos os investimentos realizados pelo concessionário estejam amortizados ao término do contrato. Dessa forma, restariam afastadas discussões acerca de eventuais indenizações devidas ao contratado pelos investimentos amortizados em prazos diversos daquele previsto em contrato, como a amortização pelo critério econômico ou pelo critério fiscal.[251_252]

Nesse sentido, adverte Mauricio Portugal Ribeiro que a cláusula supressiva de indenização por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados pode ter o condão de desencorajar a realização de investimentos pelo concessionário nos anos finais de contrato, especialmente em contratos baseados em obrigações de desempenho e não regulados por um *plano de negócios* apresentado durante a licitação.[253]

---

[250] A opção da Administração em alguns contratos tem sido a de considerar o Aporte de recursos como parcela da remuneração da concessionária, inclusive admitindo o aumento do seu valor como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

[251] RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Proibição de indenização por investimentos não amortizados**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/slideshow/embed_code/34799177?hostedIn=slideshare&referer=http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 15.06.2014, p. 3-4.

[252] Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos: "13.12.1. Ao termo da concessão ocorrerá a reversão para a União dos bens vinculados a ela, e esta se dará sem direito a qualquer indenização para o Concessionário."

Contrato da Linha 6 do Metrô de São Paulo: "32.1.2.1.1 Eventual custo com estes investimentos deverá ser amortizado e depreciado antes do término da vigência do CONTRATO, não tendo a CONCESSIONÁRIA direito a indenização a respeito."

Minuta do Trem de Alta Velocidade – TAV (ANTT):

"37. Advento do Termo Contratual

37.3. Indenização

37.3.1 A Concessionária não fará jus à indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens da Concessão em decorrência do advento do termo contratual, observado o que dispõe a Cláusula 7 e, especialmente, a subcláusula 7.5."

[253] RIBEIRO, Mauricio Portugal. Op. cit., p. 8.

Uma forma de atenuar esse problema é prever contratualmente o pagamento de indenização ou a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por investimentos em bens reversíveis solicitados e/ou com anuência expressa do Poder Concedente ou da agência reguladora, de modo a manter a continuidade do serviço.[254]

Nesse particular, é necessário diferenciar os investimentos realizados com o objetivo de manter a atualidade, continuidade e regularidade do serviço prestado, ou seja, inerentes às obrigações ordinárias da concessionária, dos investimentos adicionais, não previstos originalmente no contrato, demandados pelo Poder Concedente.[255]

Em relação à primeira categoria, presume-se que tais investimentos no acervo reversível serão amortizados no prazo da concessão por meio da remuneração da concessionária, sem direito à indenização quando do advento do termo contratual. Já a realização de novo investimento, a pedido do Poder Concedente e não assumido desde o início da concessão, deverá ser amortizado por meio de mecanismo diverso daquele concebido ao início da concessão.

Isso porque se presume que a remuneração acordada não será suficiente para amortizar o dispêndio de recursos feito pela concessionária, razão pela qual deverá ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao final da concessão, por

---

[254] Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos: "2.43. Os bens integrantes da Concessão decorrentes de investimentos realizados pela Concessionária deverão ser depreciados e amortizados no prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente.

2.44. Nos últimos 5 (cinco) anos de vigência do Contrato, a realização de quaisquer novos investimentos em bens integrantes da Concessão ou a aquisição de novos bens dependerá de prévia e expressa autorização da ANAC."

PPP da Nova Tamoios (Artesp): "51.1 Para indenizações eventualmente devidas por investimentos em Bens Reversíveis não amortizados até a extinção deste Contrato, o Parceiro Privado fará jus à indenização calculada com base no valor econômico do bem, a ser paga em parcela única e previamente à extinção do Contrato e consequente reversão dos bens ao Poder Concedente.

51.2 A Cláusula 51.1 acima somente terá aplicabilidade para os Bens Reversíveis construídos, adquiridos ou de qualquer forma obtidos pelo Parceiro Privado ao longo da Concessão e que, cumulativamente, não estivessem previstos originalmente no objeto desta Concessão Patrocinada."

Minuta do contrato do Trem de Alta Velocidade – TAV (ANTT): "7.5. Todos os Bens da Concessão ou investimentos nele realizados deverão ser integralmente amoritzados e depreciados pela Concessionária durante a Concessão, de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contractual.

7.5.1. Excepcionalmente, admitir-se-á a realização de investimentos ou a aquisição de Bens da Concessão cuja amortização ou depreciação não possa ser efetuada durante a Concessão, mediante prévia comunicação e anuência do Poder Concedente, admitindo-se, nessa hipótese, a correspondente indenização da Concessionária no advent do termo contratual."

[255] SUNDFELD, Carlos Ari. Indenização de investimentos não amortizados. In: _____. **Pareceres** – Vol. II – Direito Administrativo Contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 306-307.

meio do pagamento de indenização pelo Poder Concedente ou, por exemplo, da prorrogação do contrato.

Ao tratar do tema da extinção dos contratos de concessão, Lucas Navarro Prado aponta três critérios de indenização por bens reversíveis não amortizados, relegando ao contrato a definição de qual metodologia de cálculo será adotada.[256] São eles: (i) financeiro, em que se utiliza a metodologia de fluxo de caixa descontado; (ii) contábil, em que se utiliza o valor registrado na contabilidade da concessionária; e, (iii) patrimonial, em que se utiliza o valor de reposição do ativo (adotado pela Medida Provisória n. 579/2012).[257]

Para o autor, o critério financeiro seria o mais adequado porque, à diferença dos critérios contábil ou patrimonial, reflete a dilação temporal entre o momento do desembolso e o momento de recuperação do investidor, bem como o risco por ele incorrido.[258]

A bem da verdade, cada critério apresenta vantagens e desvantagens, a depender da ótica do Poder Público ou do contratado. Arguta, nesse sentido, a observação de Marçal Justen Filho:

> (...) se o valor contemporâneo dos bens no mercado for superior ao custo histórico, o concessionário pretende a prevalência do método de custo de reprodução. Mas se os bens apresentarem valor irrisório no mercado, o concessionário insistirá na opção pelo método do custo histórico.[259]

O ordenamento jurídico parece albergar todos os critérios apresentados, sendo certo que a sua definição deve ser feita no instrumento contratual. Nesse particular, em contratos antigos de concessão, nos quais o ato convocatório é omisso em relação aos bens reversíveis, devem ser observadas as normas de regulação editadas para o setor, sempre considerando a legítima expectativa do particular contratado e a necessidade de se assegurar a continuidade do serviço quando da extinção da concessão. Com efeito, devem ser resguardados os princípios da boa-fé objetiva, da confiança legítima e da lealdade contratual entre as partes contratantes, notadamente nos contratos administrativos, a partir

[256] Na minuta do contrato da PPP da Nova Tamoios, a cláusula 51.1 indica que a indenização será calculada com base no valor econômico do bem.
[257] PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexes sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal n. 8.987/95 In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. (org.). **Parcerias Público-Privadas** – Experiências, Desafios e Propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 290.
[258] PRADO, Lucas Navarro. Op. cit., p. 297
[259] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 573.

da proibição do comportamento contraditório da Administração Pública e da teoria das autolimitações administrativas.[260_ 261]

Dessa forma, recomenda-se que o contrato preveja a forma, o procedimento, o momento e os critérios de cálculo de indenização por investimentos não amortizados, de modo a evitar disputas judiciais ou arbitrais sobre o montante devido.[262]

Isso porque a maior parte das controvérsias envolvendo o tratamento dos bens reversíveis pode ser solucionada pelos instrumentos convocatórios e pelo acompanhamento adequado da execução contratual. Em regra, a temática dos bens reversíveis não gera maiores reflexões no momento da modelagem das concessões, geralmente por conta do cronograma político dos projetos e da precificação das incertezas relacionadas à extinção contratual. Tais problemas aparecem décadas depois, após inúmeras alterações regulatórias, políticas e institucionais. Além do risco de precificação da insegurança acerca do que irá reverter para o concessionário ou não (e os seus critérios de indenização)[263], tais

---

[260] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Confiança Legítima no relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada. In: _____; CORRÊA, André Rodrigues. **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

[261]No caso do setor elétrico, a MP 579/2012 trouxe novo critério de cálculo de indenização por investimentos realizados no acervo reversível não amortizados, conforme se extrai dos seus artigos 15, parágrafo 1º, e 8º, par. 2º, disciplinados pelos artigos 9º e 11 do Decreto 7.805/2012. A opção legislativa no caso da renovação das concessões do setor elétrico foi pelo critério patrimonial (valor de reposição do ativo). No entanto, conforme noticia Carlos Ari Sundfeld, alguns contratos abarcados pela medida previram critério de cálculo diverso, como, p.e., o valor de incorporação do bem ao sistema elétrico, a ser atualizado por índice que reflita a inflação. A par das demais controvérsias envolvendo a edição da referida medida, concordamos com Carlos Ari Sundfeld quando afirma que deve prevalecer o disposto no contrato, ressalvada eventual anuência da concessionária, em homenagem à garantia do ato jurídico perfeito, prevista no artigo 5º, inc. XXXVI, da Constituição. Tal proteção não poder ser atingida por lei ou medida provisória posterior que altere o método de indenização de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. (SUNDFELD, Carlos Ari. Indenização de investimentos não amortizados. In: _____. **Pareceres** – Vol. II – Direito Administrativo Contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 313-314).

[262] RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Proibição de indenização por investimentos não amortizados**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/slideshow/embed_code/34799177?hostedIn=slideshare&referer=http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 15.06.2014, p. 7.

[263] O Plenário do Tribunal de Contas da União, em acórdão proferido no bojo do processo de acompanhamento do 1º estágio das concessões de áreas e instalações localizadas nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, teceu as seguintes considerações acerca dos bens reversíveis:

"642. Ademais, assumindo-se que os agentes econômicos são racionais, incertezas acerca dos BENS existentes nos terminais e de seus valores serão consideradas um risco do negócio, o qual acabará por ser precificado pelos interessados, repercutindo negativamente na tarifa ou movimentação ofertados no momento de realização do leilão. Esse efeito negativo do risco, embutido na proposta vencedora, será sentido ao longo dos 25 anos da concessão. Vale ressaltar que tal efeito prejudica a eficiência das operações, se afetar as propostas de movimentação, ou a modicidade tarifária, caso repercuta em leilão pela menor tarifa, sendo, portanto, contrário à adequada prestação do serviço público, nos moldes do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995 e do art. 3º, III, da Lei 12.815/2013.

643. Assim, a realização de levantamento não é necessária apenas para fornecer informações a título de controle patrimonial, mas, principalmente, para assegurar que a concessão modelada consiga atender os requisitos da prestação do serviço adequado.

discussões entre Poder concedente e concessionário tendem a desaguar no Poder Judiciário[264], que certamente não é o *locus* mais adequado para a resolução de disputas contratuais. Caso seja levada para arbitragem, as partes terão que arcar com um procedimento custoso para solucionar uma divergência que poderia estar clara desde o início do contrato.

Agentes dos setores público e privado devem buscar a clareza nas minutas de edital e contrato, seja no momento da modelagem de projetos, seja nos pedidos de esclarecimentos na fase licitatória ou, ainda, ao longo da execução contratual. Ademais, os registros e inventários de bens reversíveis, ainda que exemplificativos, são uma importante fonte de informação para a sua delimitação, razão pela qual Poder Concedente e concessionário devem zelar pela sua fidedignidade.

3.3. Conclusão parcial

O objetivo deste capítulo foi endereçar duas questões relacionadas à efetivação de políticas públicas por meio da celebração de contratos: a) "como refletir políticas públicas em contrato?"; b) "como evitar que o contrato se descole da política pública que inspirou a sua celebração?"

No tocante ao primeiro aspecto, buscou-se demonstrar que as variáveis relacionadas ao financiamento do empreendimento, ao plano de investimentos para a implantação do ativo e à modalidade de contrato que será utilizada estão intimamente relacionadas com a política pública que se quer efetivar. Com efeito, a modelagem do projeto incorporará as escolhas governamentais em relação ao desenvolvimento do setor,

---

644. Finalmente, a ausência do levantamento dos bens vinculados à concessão pode gerar assimetria de informações no procedimento licitatório, gerando vantagens a determinados competidores, em prejuízo ao princípio constitucional da isonomia e à competitividade do certame. No caso, o atual arrendatário, conhecedor dos ativos vinculados às operações, tem em sua posse informações detalhadas acerca de sua existência e conservação. Como o arrendatário dificilmente as compartilhará com os demais competidores, terá condições de elaborar uma proposta em situação mais vantajosa do que a dos seus concorrentes. Esse assunto, inclusive, foi abordado em audiência pública realizada na cidade de Santos em 30/8/2013 para discutir este 1º Bloco de arrendamentos, da qual participaram integrantes desta Unidade Técnica. O levantamento dos bens aqui discutido teria como resultado mitigar a assimetria de informações existente." **TCU, AC 3661/2013, Plenário, rel. Ana Arraes, j. 10/12/2013.**

[264] Como a discussão travada entre a CEMIG e a União acerca dos critérios de indenização por linhas de transmissão elétrica nas concessões não renovadas. (CEMIG pode ir à Justiça contra a União. **Valor Econômico**, 23.01.2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3404316/cemig-pode-ir-justica-contra-uniao>. Acesso em 24.09.2014)

impactando diretamente a forma como a contratação será feita e a distribuição dos ônus pela sua viabilização.

Para responder o segundo questionamento, o item 3.2 apresentou mecanismos que permitem a adaptação do contrato face às intercorrências conjunturais, bem como instrumentos que permitem a manutenção da atualidade do serviço prestado. Em relação a esse ponto, cláusulas como a alocação de riscos, a revisão periódica e o equilíbrio econômico-financeiro conferem ao ajuste a flexibilidade necessária para evitar uma ruptura dos seus termos, bem como abrem espaço para uma renegociação juridicamente modulada entre as partes.

Esses instrumentos resguardam a estabilidade do contrato por meio da garantia da sua mutabilidade. Essa estabilidade é pressuposto para a efetivação de políticas públicas, que exigem ações permanentes e planejamento de longo prazo. Contudo, por serem naturalmente complexos e incompletos, os ajustes também sofrem interferências que geram a necessidade de reformular as suas condições ou de revisitar as suas premissas (técnicas, econômicas e jurídicas). Essa adaptação é inerente à dinâmica das políticas públicas.

O contrato se torna, assim, um ajuste vivo, que se renova ao longo do tempo por meio de diversos gatilhos previstos em seu bojo. Nesse contexto, o estudo de caso do Capítulo 4, referente ao contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário celebrado entre o Estado de São Paulo, o Município de São Paulo e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) demonstrará como a inserção desses mecanismos (ou a ausência deles) impactam o desenvolvimento e a execução do contrato.

CAPÍTULO 4 – ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP

4.1. Antecedentes: os elementos jurídicos e fáticos envolvendo as negociações contratuais

O cenário das competências para a prestação dos serviços de saneamento básico é de insegurança jurídica. Os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1842/RJ estão suspensos em razão da oposição de Embargos de Declaração. Além disso, pende de julgamento pela Suprema Corte a ADI n. 4.028, que questiona dispositivos da Lei Complementar Estadual n. 1.025/2007 (notadamente a tese da titularidade estadual dos serviços), e o Recurso Extraordinário n. 539.253 do Município de São Paulo contra a decisão do Tribunal de Justiça que declarou inconstitucional a lei municipal que criou o Plano Municipal de Saneamento, dentre outras providências.

A institucionalização da prestação dos serviços de água e esgoto por meio da celebração de contrato de prestação de serviços entre o Estado, o Município e a SABESP foi o arranjo escolhido para dar segurança jurídica à realização de investimentos e à expansão do saneamento básico na Capital. Nesse arranjo, Estado e Município celebraram previamente convênio de cooperação para, em seguida, firmarem contrato de prestação de serviços em que figuram como contratantes e, a SABESP, como contratada.

O processo negocial teve início com a promulgação da Lei municipal n. 14.934, de 18 de junho de 2009, que

> (...) autoriza o Poder Executivo a celebrar contratos, convênios ou quaisquer outros tipos de ajustes necessários, inclusive convênio de cooperação e contrato de programa, com o Estado de São Paulo, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, para as finalidades e nas condições que especifica; cria o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura; e dá outras providências.

Assim, em 23 de junho de 2010, foi celebrado Convênio entre o Estado e o Município, com a interveniência e anuência da SABESP e da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), com a finalidade de *compartilhar a responsabilidade pelo oferecimento do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital*. Na mesma data, foi firmado o Contrato de Prestação de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, cujo objeto é a prestação dos serviços pela SABESP, com exclusividade, durante o prazo contratual (cf. Cláusula 1). Dispõe o Parágrafo 2º da Cláusula Segunda do Convênio que a assinatura deste "Convênio não implica reconhecimento ou confissão pelas Partes, em qualquer hipótese, das pretensões do Estado e Município que se encontram 'sub judice', visando tão somente o pronto atendimento dos interesses dos usuários dos serviços públicos aqui tratados".

Eis o panorama inicial da celebração do contrato ora analisado.

4.1.1. A (eterna) questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico

Celebrado em 23 de junho de 2010, o contrato é resultado dos esforços para conferir segurança jurídica à prestação dos serviços de saneamento básico pela SABESP na Capital, considerando a controvérsia envolvendo a titularidade dos serviços em regiões metropolitanas.[265] Isso porque a definição de quem seria o Poder Concedente desses serviços em aglomerações regionais encontra-se, atualmente, controversa no plano judicial, conforme se passa a expor.

A discussão sobre a titularidade dos serviços se iniciou com o julgamento conjunto da **ADI 2077-BA**, que questiona a Emenda Constitucional n. 07/99-BA, e da **ADI**

[265] Esse objetivo está claro no seguinte *considerando* do Convênio:
"(...)
"l) a necessidade de formalização da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito da Capital, independentemente do ente público que venha a ser declarado titular dos serviços. (...)"
De forma semelhante, assim previu o Contrato:
"(...)
b. que os SERVIÇOS que atendem à Capital foram criados e vêm sendo geridos pelo ESTADO, atualmente por meio da SABESP;
c. que o ESTADO e o MUNICÍPIO possuem pretensões divergentes quanto às competências estadual e/ou municipal para a prestação dos SERVIÇOS;
d. que, independentemente dos SERVIÇOS serem de titularidade estadual e/ou municipal, as relações com a SABESP podem ser mantidas e devem ser formalizadas.
(...)"

1842-5 (conexa com as ADIs n. 1826, 1843 e 1906), que impugna dispositivos da Lei Complementar n. 87/97 e da Lei n. 2.869/97, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

A **ADI 2077-BA** questiona emenda à Constituição Baiana, por meio da qual se definiu os serviços públicos de interesse local, de competência municipal, como "aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais", e atribuiu ao Estado a competência para

> (...) instituir diretrizes e prestar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de saneamento básico, sempre que os recursos econômicos ou naturais necessários incluam-se entre os seus bens, ou ainda que necessitem integrar a organização, o planejamento e a execução de interesse comum de mais de um Município.

Já o objeto da **ADI 1842-5** consiste na Lei Complementar Estadual n. 87/97 e na Lei n. 2.869/97, que atribuem ao Estado do Rio de Janeiro a qualidade de poder concedente para a prestação de serviços públicos de interesse metropolitano, dentre os quais o saneamento básico.

Finalmente, na esfera estadual, o Partido dos Trabalhadores propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade – **ADI 4.028** – perante o Supremo Tribunal federal, pleiteando fossem declarados inconstitucionais os artigos 1º, 6º, 7º, 11, 14, 39, 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 63 da Lei Complementar estadual n. 1.025/2007, sob a alegação de que ela (i) inventou o serviço público de saneamento básico de titularidade estadual; (ii) impôs limites e condicionantes inconstitucionais à atuação dos Municípios para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico em seus respectivos territórios; (iii) usurpou competências conferidas constitucionalmente aos Municípios, criando um ente paraestatal com poderes abusivos; e (iv) afrontou o princípio federativo inserido na Constituição Federal. Cabe ressaltar, nesse particular, que os artigos 44 e 45 da Lei Complementar Estadual n.º 1.025/2007 versam sobre os serviços de saneamento básico de titularidade estadual e municipal, respectivamente.[266]

[266] Eis o teor dos dispositivos:
"**Artigo 44** - Os **serviços públicos de saneamento básico de titularidade estadual** serão submetidos à fiscalização, controle e regulação, inclusive tarifária, da ARSESP, na forma desta lei complementar.
§ 1º - A plataforma de organização dos serviços será estabelecida por resolução da ARSESP, cabendo-lhe indicar as modalidades de serviço próprias do Estado, por região e por localidade, bem como a estrutura da rede, incluídos os reservatórios e as estações de tratamento de água e de esgoto.
§ 2º - Os serviços de titularidade estadual, prestados por entidades delegatárias, concessionárias, permissionárias ou autorizadas, deverão ser objeto de contratos, observado o disposto no artigo 11 da Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Além disso, no caso específico do Município de São Paulo, a questão da titularidade encontra-se *sub judice* no Supremo Tribunal Federal. Isso porque o Tribunal de Justiça declarou inconstitucional a Lei Municipal n. 13.670, de 25 de novembro de 2003, por meio da qual o Município instituiu o Sistema Municipal de Regulação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário (SIRE), criou a autarquia Autoridade Reguladora dos Serviços de Água e Esgotamento Sanitário (ARSAE), dispôs sobre sua organização e funcionamento e instituiu o Plano Municipal de Saneamento (PMS). Contra essa decisão, o Município interpôs o Recurso Extraordinário n. 539.253, pendente de análise pela Corte Suprema.

No julgamento da ADI n. 1842, a Suprema Corte concluiu que a titularidade nas regiões metropolitanas é compartilhada entre Estado e Municípios, reconhecendo a

---

§ 3º - Quando a prestação de serviço exigir a utilização de infra-estrutura originalmente implantada por Município, diretamente ou por terceiros, o prestador estadual poderá adquirir os bens respectivos, mediante contrato, abatendo-se, do preço da aquisição, os créditos que tiver contra o Município.
§ 4º - O Estado e seus prestadores de serviço de saneamento básico poderão celebrar termo de cooperação técnica com os Municípios, por meio dos quais assumirão compromissos para a melhoria da abrangência e qualidade dos serviços de titularidade estadual e o desenvolvimento da salubridade ambiental, bem como para a articulação quanto ao seu planejamento e controle. (grifo nosso)
§ 5º - Os serviços de fornecimento de água no atacado ou de tratamento de esgoto, prestados pelo Estado de São Paulo, diretamente ou por intermédio de delegação, concessão, permissão ou autorização, a outros entes da Federação ou a seus prestadores de serviços de saneamento básico, serão objeto de contratação, nos termos do artigo 12 da Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, cabendo à ARSESP as funções de regulação e fiscalização.
Artigo 45 - Fica o Poder Executivo do Estado de São Paulo, diretamente ou por intermédio da ARSESP, autorizado a celebrar, com Municípios de seu território, convênios de cooperação, na forma do artigo 241 da Constituição Federal, visando à gestão associada de serviços de saneamento básico, pelos quais poderão ser delegadas ao Estado, conjunta ou separadamente, **as competências de titularidade municipal de regulação, fiscalização e prestação desses serviços.**
§ 1º - Na hipótese de delegação ao Estado da prestação de serviços de saneamento básico, o prestador estadual celebrará contrato de programa com o Município, no qual serão fixadas tarifas e estabelecidos mecanismos de reajuste e revisão, observado o artigo 13 da Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e o Plano de Metas Municipal de Saneamento.
§ 2º - As tarifas a que se refere o § 1º deste artigo deverão ser suficientes para o custeio e a amortização dos investimentos no prazo contratual, ressalvados os casos de prestação regionalizada, em que esse equilíbrio poderá ser apurado considerando as receitas globais da região.
§ 3º - As competências de regulação e fiscalização delegadas ao Estado serão exercidas pela ARSESP, na forma desta lei complementar, vedada a sua atribuição a prestador estadual, seja a que título for.
§ 4º - Quando o convênio de cooperação estabelecer que a regulação ou fiscalização de serviços delegados ao prestador estadual permaneçam a cargo do Município, este deverá exercer as respectivas competências por meio de entidade reguladora que atenda ao disposto no artigo 21 da Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, devendo a celebração do convênio ser precedida da apresentação de laudo atestando a viabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços.
§ 5º - Na hipótese prevista no § 4º deste artigo, a ARSESP poderá atuar como árbitro para solução de divergências entre o prestador de serviços e o poder concedente." (grifo nosso)
Interessante notar que a Lei não delimita quais são os serviços de titularidade estadual e municipal, conforme esclarece a exposição de motivos do anteprojeto, assinada pela então Secretaria de Energia e Saneamento e ex-Presidente da SABESP, Dilma Pena: "Por certo, a proposta não traz qualquer definição do que sejam serviços de saneamento de titularidade municipal ou estadual, mas aponta com clareza qual será a política do Estado numa ou noutra hipótese. Permite-se, assim, que a regulação e a fiscalização a serem desempenhadas pela ARSESP pautem-se por balizas igualmente claras e seguras, concebidas para qualquer das duas hipóteses."

existência de um interesse metropolitano, diverso do interesse local e do regional. Para o STF, na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e eventual poder concedente não são transferidos integralmente para o Estado. Tampouco devem permanecer em cada município, individualmente considerado.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a região metropolitana deve, como ente colegiado, "planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e a autonomia municipal."[267]

Após o julgamento da ADI 1842, foi editada a Lei federal n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), que fixa diretrizes gerais para o planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas instituídas pelos Estados. Além disso, traz em seu bojo normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado que deve ser editado para essas regiões e propõe a governança interfederativa e instrumentos para a sua consecução. Com efeito, a lei define a função pública de interesse comum como "política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes" (artigo 2º, inciso II).[268]

O contrato ora analisado foi celebrado antes do julgamento da ADI n. 1842 pela Corte Suprema e da edição do Estatuto da Metrópole. Interessante observar que, para a celebração do contrato, cada órgão jurídico das partes envolvidas adotou um entendimento específico acerca da natureza e dos termos do ajuste.[269]

---

[267] Válido transcrever trecho do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes: "Nesse contexto, é preciso garantir, por um lado, que um município isoladamente não obstrua todos os esforços comum para viabilidade e adequação da função de saneamento básico em toda região metropolitana, microrregião e aglomerado urbano. Por outro lado, também deve se evitar que o poder decisório e o poder concedente concentrem-se nas mãos de um único ente, quer o estado federado, quer o município polo. Nesse sentido, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos."

[268] Sobre as funções públicas de interesse comum em entidades regionais, válido trazer à colação as considerações de Alaôr Caffé Alves sobre as entidades regionais: "Vale dizer, é condição básica, em nosso ordenamento jurídico, para que se compreenda a região metropolitana – bem como as demais figuras regionais – a existência de várias entidades politico-administrativas do mesmo nível (municípios) com jurisdição sobre uma única realidade urbano-regional, exercendo em conjunto com o Estado – pois deste último também não se pode excluir os interesses regionais – a gestão das funções públicas de interesse de todos." (ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 21, p. 57-82, jan-mar 2001).

[269] As peças opinativas estão disponíveis no link do Comitê Gestor, no sítio oficial da Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos. Todos os documentos relacionados ao convênio, ao contrato e à atuação do

Para a Procuradoria Geral do Município (PGM), conforme sua **Informação n. 1.216/2010-PGM.AJC**, o convênio de cooperação se enquadra no conceito de *gestão associada*, com espeque no artigo 241 da Constituição e previsto no artigo 3º da Lei n. 11.445/2007. Nesse particular, considerou que a licitação para celebração do contrato é dispensável em razão do disposto no artigo 24, inciso XXVI, da Lei federal n. 8.666/93,[270] por se tratar de celebração de *contrato de programa*, com entidade da Administração Indireta, "para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação".

Já a Procuradoria Geral do Estado (PGE), cujo entendimento consolidado é no sentido da titularidade estadual dos serviços de saneamento básico em região metropolitana,[271] considerou, no **Parecer SubG. Cons. n. 44-2010**, que a SABESP e o Estado de São Paulo poderiam celebrar *termo de cooperação técnica* com o Município de São Paulo, nos termos do artigo 44, parágrafo 4º da Lei Complementar Estadual n. 1.025/2007, objetivando assumir "compromissos para a melhoria da abrangência e qualidade dos serviços de titularidade estadual e o desenvolvimento da salubridade ambiental, bem como para a articulação quanto ao seu planejamento e controle."[272]

Finalmente, no caso da SABESP, na qualidade de prestadora dos serviços, havia uma demanda por segurança jurídica para a realização de seus investimentos na Capital.[273]A respeito da natureza jurídica dos instrumentos celebrados, o **Parecer CJ n. 233/10** sintetiza os posicionamentos divergentes da seguinte forma:

Comitê Gestor também podem ser acessados neste portal. Ver: <http://www.saneamento.sp.gov.br/comitegestor/comitegestorlist2016.asp> . Acesso em 24.10.2016.

[270] "XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação."

[271] A esse respeito, merece referência o entendimento consolidado da Procuradoria Geral do Estado, consubstanciado no **Parecer PA n.º 414-2004,** no sentido da *titularidade estadual* dos serviços públicos de saneamento básico em unidades regionais (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões). De acordo com o referido parecer, "sendo o Estado de São Paulo o titular do serviço público de saneamento básico (envolvendo o abastecimento de água e a coleta e destinação final dos esgotos) nas Regiões Metropolitanas, e tendo a SABESP delegação legal para executar esse serviço, descabe a celebração de contratos de concessão com os Municípios metropolitanos."

[272] "Por ora, como a legislação estadual não reconhece a co-titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, a Administração Estadual está impedida de admitir, em avenças que venha a firmar com o Município de São Paulo, que este também seja o poder concedente desses serviços, sob pena de confessar a ADI 4028."

[273] "Do ponto de vista dos prestadores dos serviços, a preocupação poderia ser traduzida nos seguintes termos:

a) Como continuar prestando serviços públicos, investindo e mobilizando recursos, sem as garantias contratuais que qualquer concessionário demanda para que possa executar suas funções?

b) Na medida em que restam dúvidas sobre quem é o poder concedente responsável pelos serviços públicos, com quem dialogar para que a relação entre prestador dos serviços e poder concedente possa ser contratualmente institucionalizada?"

> No caso dos serviços públicos de saneamento básico em regiões metropolitanas, o problema a respeito do modo de contratação está posto, pois não há clareza em relação a quem é o titular dos serviços (Estado, Município, Municípios ou Estado e Municípios). Se fosse o Estado o poder concedente, a Sabesp, para prestar serviços em regiões metropolitanas do Estado, não precisaria celebrar nenhum contrato, pois a empresa estatal integra a administração indireta do poder concedente. Entretanto, seria lícito que o celebrasse (concessão imprópria). Se fosse o Município o poder concedente, a decisão do titular no sentido de que a Sabesp deveria prestar os serviços em seu território poderia concretizar-se por intermédio da contratação da estatal estadual nos termos da gestão associada, celebrando convênio de cooperação e contrato de programa com Estado e Sabesp. Entretanto, os dois cenários são meras hipóteses. No mundo real, não está definido se o titular é o Estado ou o Município. Logo, o modo imaginado para institucionalizar contratualmente a relação entre Estado, Município e Sabesp foi defini-los todos como parte do Contrato, ficando claro que nem o Estado e nem o Município abandonaram seus pleitos divergentes quanto à titularidade nos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em regiões metropolitanas. Ou seja, o Contrato representa um consenso entre os dois potenciais titulares dos serviços públicos de saneamento básico em regiões metropolitanas tendo em vista o interesse público primário de que a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário seja melhor coordenada entre os atores responsáveis.

A Companhia concluiu se tratar de *contrato atípico*, uma vez que alberga conteúdos que caberiam, individualmente, "em (i) contrato entre Estado e empresa estatal da qual é controlador (SABESP), a já referida concessão imprópria; e (ii) contrato de programa entre Município, Estado e SABESP."

Cabe ressaltar, por fim, que o contrato determina que a garantia de exclusividade da SABESP "não está condicionada e nem será afetada pela eventual definição, por qualquer autoridade, sobre a titularidade do serviço de saneamento básico que atende à Capital." (Cláusula 1, §4º).

Por fim, válido mencionar que iniciativa semelhante foi adotada no Município do Rio de Janeiro, em que Estado, Município e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) se compuseram por meio de ajuste celebrado em 2007 para institucionalizar a prestação dos serviços na Capital. Com efeito, foi celebrado "Termo de Reconhecimento recíproco de direitos e obrigações", tendo por objeto a viabilização da execução dos serviços de captação, tratamento, adução, distribuição de água potável, coleta, transporte e tratamento de esgotos, assim como a cobrança por tais serviços, tendo como base o território ocupado pelo Município (exceto na Área de Planejamento 5 e nas Áreas de favelas, que caberão ao Município). De forma semelhante ao caso paulista, o termo se originou do cenário de incerteza jurídica envolvendo a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, notadamente em razão da propositura de

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a legislação do Rio de Janeiro relativa ao tema.[274]

4.1.2. A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP)

A criação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) foi autorizada pela Lei estadual n. 119, de 29 de junho de 1973,[275] com o objetivo de planejar, executar e operar os serviços de saneamento em todo o território do Estado de São Paulo.

No início de sua história, a Companhia implementou as diretrizes fixadas em nível federal no âmbito do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA).[276] Nesse contexto, em 1974, entra em operação o Sistema Cantareira, com capacidade para abastecer 60% da população ao norte da Região Metropolitana de São Paulo. Em 1992, a obra do Sistema Alto Tietê foi finalizada.[277]

Em 2002, a Companhia aderiu às regras da BM&FBOVESPA – Regulamento do Novo Mercado – e obteve registro na *Securities and Exchance Commission (SEC)*, passando a negociar suas ações na Bolsa de Valores de Nova York. Em 2004, a Companhia realizou nova oferta pública para distribuição simultânea, no mercado brasileiro e internacional, de ações ordinárias nominativas, de titularidade do Estado de

---

[274] A legalidade do termo foi objeto de parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, da lavra do Dr. Marcos Juruena Villela Souto. A respeito da escolha do modelo de termo de reconhecimento de direitos e obrigações, asseverou o i. Procurador: "Ora, descrito que o modelo ideal pressupõe uma autorização legislativa para a delegação ou gestão associada do serviço, qual seria o motive de se adotar uma forma atípica, como o tal "Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações"? A resposta é simples!
Tais formatos pressupõem que não haja qualquer dúvida sobre quem é o competente para prestar o serviço e que, diante de tal competência, poderia delegá-lo, total ou parcialmente, para outra entidade federada ou para particulares. Isso, como visto, não ocorre na hipótese em exame, em que cada uma das entidades federadas se julga competente para a prestação dos serviços, invocando, para tanto, dispositivos constitucionais que estão sendo interpretados pelo Supremo Tribunal Federal." (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parecer n. 06/2007. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial), p. 481, 2012).

[275] "**Artigo 1º -** Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade por ações, sob a denominação de Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP com o objetivo de planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o território do Estado de São Paulo, respeitada a autonomia dos municípios."

[276] Para mais informações sobre a evolução do PLANASA em São Paulo, a Diretoria de Planejamento da SABESP elaborou o seguinte artigo: **A evolução do Planasa em São Paulo no ano de 1975**. Disponível em: <http://revistadae.com.br/artigos/artigo_edicao_104_n_352.pdf> . Acesso em 24.10.2016.

[277] Informações extraídas do sítio eletrônico oficial da Companhia: <http://www.sabesp.com.br/CalandraWeb/CalandraRedirect/?temp=4&proj=investidoresnovo&pub=T&db=&docid=124CE9965E00F497832576BD00604D3A&docidPai=1698C08F24239E5A8325768C00517EF8&pai=filho1> . Acesso em 24.10.2016.

São Paulo. Atualmente, o capital social da Companhia é distribuído da seguinte forma: 50,3% pertence ao Governo do Estado de São Paulo; 30,1% é negociado na BM&FBovespa; e, 19,6% é negociado na NYSE (New York Stock Exchange).[278]

Finalmente, a Lei estadual n. 12.292, de 02 de março de 2006, alterou a Lei estadual n. 119/73 para autorizar a SABESP a operar fora do Estado de São Paulo e participar de convênios e consórcios nacionais ou internacionais.

4.1.3. O novo marco regulatório do setor

A necessidade de contratualização dos serviços de saneamento básico na Capital paulista decorreu de uma série de inovações legislativas no setor de saneamento.

Inicialmente, o artigo 42 da Lei federal n. 8.987/95 trouxe disposição transitória fixando prazo máximo de validade – 31 de dezembro de 2010 – para as "concessões de caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado", determinando fossem realizados levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederam a outorga das concessões que as substituirão.[279] Tal dispositivo criou uma pressão normativa para a contratualização dos serviços.

---

[278] Informações extraídas do sítio eletrônico oficial da Companhia: <http://www.sabesp.com.br/CalandraWeb/CalandraRedirect/?temp=4&proj=investidoresnovo&pub=T&db=&docid=124CE9965E00F497832576BD00604D3A&docidPai=1698C08F24239E5A8325768C00517EF8&pai=filho1> . Acesso em 24.10.2016.

[279] "Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de

Nessa toada, o artigo 10 da Lei federal n. 11.445/2007 determinou que "a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a Administração do titular *depende da celebração de contrato* (...)", o qual deve atender aos requisitos do artigo 11 do diploma legislativo.

Finalmente, o artigo 44, parágrafo 2º, da Lei Complementar estadual n. 1.025/2007 estabelece que "os serviços de titularidade estadual, prestados por entidades delegatárias, concessionárias, permissionárias ou autorizadas, *deverão ser objeto de contratos*, observado o disposto no artigo 11 da Lei federal n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007."

4.2. Objeto do contrato

4.2.1. Escopo dos serviços contratados e área atendível

A Cláusula 1 do contrato descreve o seu objeto nos seguintes termos:

> Cláusula 1. O ESTADO e o MUNICÍPIO asseguram à SABESP o direito de explorar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital (SERVIÇOS), com exclusividade e enquanto vigorar este CONTRATO.
> Par. 1º. Os SERVIÇOS englobam as seguintes atividades:
> a) a proteção de mananciais, em articulação com os demais órgãos do ESTADO e do MUNICÍPIO;
> b) captação, adução e tratamento de água bruta;
> c) adução, reservação e distribuição de água tratada;

---

indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e
III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo.
§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes.
§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.
§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço." (grifo nosso)

d) coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários;
e) adoção de outras ações de saneamento básico e ambiental.

A cláusula faz referência genérica à exclusividade da SABESP para explorar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário *da Capital*. No entanto, é importante frisar que há controvérsias sobre a definição da "área atendível" do contrato, a qual pode ser definida como as áreas que serão cobertas por redes públicas de coleta de esgoto e abastecimento de água, a serem operadas, com exclusividade, pela Companhia. Consiste, portanto, na área de abrangência dos serviços contratados.

Em regra, redes públicas de esgotamento sanitário e abastecimento de água são instaladas no meio urbano, sendo certo que as áreas rurais se socorrem de soluções individuais para coleta e tratamento de seu esgoto (em geral, fossas sanitárias). Isso porque, em algumas localidades, há inviabilidade técnica ou econômica de estender a rede pública para atender a população rural ali residente.[280]

Porém, essa interpretação gera um conflito, em potencial, com o disposto no artigo 45 da Lei federal n. 11.445/2007, que traz a seguinte previsão:

> Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, **toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis** e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.
> § 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.
> § 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.. (grifo nosso)

Uma primeira interpretação possível seria no sentido de que, havendo a obrigatoriedade de toda edificação permanente urbana se conectar à rede pública, não seria possível delimitar a área atendível pelo contrato, sob o risco de exclusão de áreas urbanas que deveriam ser contempladas com a prestação dos serviços.

[280] É o caso, p.e., da discussão judicial envolvendo o distrito de Marsilac, no extremo sul da Capital paulista. Trata-se de área de preservação ambiental em que seus moradores não têm acesso à rede pública de coleta de esgoto e abastecimento de água. O Ministério Público Estadual ingressou com Ação Civil Pública para que a SABESP, em conjunto com o Estado e o Município de São Paulo, providenciasse a instalação de rede para os moradores do distrito. Na visão da Companhia, por se tratar de área de preservação ambiental, não seria possível a instalação de rede pública de água e esgoto, razão pela qual a opção seriam as fossas sépticas.

Ocorre que tal disposição deve ser interpretada à luz dos planos de saneamento dos entes contratantes, sendo certo que o próprio *caput* do dispositivo ressalva a existência das normas "editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos." O contrato deve ser aderente aos planos de saneamento básico, como determina o artigo 11, parágrafo 1º, da Lei federal n. 11.445/2007.[281]

Além disso, a prestação universal dos serviços deve possuir viabilidade técnica e econômico-financeira, nos termos do artigo 11, inciso II, da Lei federal n. 11.445/2007, razão pela qual a utilização de soluções individuais em determinadas localidades pode ser a (única) alternativa que resguarda o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Finalmente, a interpretação sistemática da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico permite concluir que as diretrizes de *gradualidade e progressividade* constituem temperamentos ao princípio fundamental de universalização do acesso. Válido, a esse respeito, transcrever os seguintes dispositivos:

> Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
> VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;
> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
> III - **universalização: ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico**;
> Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:
> § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:
> II - a inclusão, no contrato, das **metas progressivas e graduais de expansão dos serviços**, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados; (grifos nossos).

O capítulo IV da referida legislação trata do planejamento da prestação dos serviços de saneamento básico, trazendo a seguinte previsão:

> Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:
> II - **objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais**; (grifos nossos).

[281] "§1o - Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico."

Com efeito, a legislação setorial admite a possibilidade de o contrato incorporar *soluções progressivas e graduais* de expansão dos serviços, associando-as à noção de *planejamento*. O conceito de universalização incorporado na norma admite, portanto, a *ampliação progressiva do acesso*.

Assim, o Anexo I – Plano de Metas traz as seguintes metas de universalização para abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto[282]:

Quadro 2 – Metas para Abastecimento de Água - MSP

Ano/Período	Índice de Atendimento(1)	Índice de Cobertura(1)
2010-2012	96,5%	98,7%
2013-2018		
2019-2024	98%	100%
2025-2039	98%	100%

(1) Índice previsto para o último ano do período

Quadro 3 – Metas para Coleta de Esgoto - MSP

Ano/Período	Índice de Atendimento(1)	Índice de Cobertura(1)
2010-2012	91,6%	96,7%
2013-2018		
2019-2024	95%	100%
2025-2039	95%	100%

(1) Índice previsto para o último ano do período.

Quadro 4 – Metas para Tratamento de Esgoto - MSP

Ano/Período	Índice de Esgoto Tratado em relação ao Coletado(1)
2010-2012	93%
2013-2018	
2019-2024	100%
2025-2039	100%

(1) Índice previsto para o último ano do período; depende de ações conjuntas Sabesp/PMSP.

[282] A métrica dos indicadores utilizados para a fixação das metas está descrita no Anexo IX do contrato. No caso dos serviços de abastecimento de água, o índice de cobertura mede o percentual de domicílios com disponibilidade de acesso ao sistema público de abastecimento de água. Já o índice de atendimento mede de domicílios ligados ao sistema público de abastecimento de água. Em relação aos serviços de esgotamento sanitário, o índice de cobertura mede o percentual de domicílios com disponibilidade de acesso ao sistema público de coleta de esgotos, ao passo que o índice de atendimento mede o percentual de domicílios ligados ao sistema público de coleta de esgotos.

4.2.2. Os desafios da "cidade informal"

Um dos desafios para a universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário reside na extensão das redes públicas até a denominada "cidade informal". Isso porque há situações em que não se afigura tecnicamente viável instalar redes coletoras ou de água canalizada, em razão de obstáculos físicos. Em outros casos, os assentamentos precários estão localizados em áreas de risco, nas quais a população deve ser removida, razão pela qual não seria possível executar obras de infraestrutura de saneamento na região.

Nessa linha, o Anexo I – Plano de Metas elenca as seguintes premissas e condicionantes para o atingimento dos objetivos ali traçados:

> - Urbanização de favelas e de loteamentos irregulares, conforme Plano Municipal de Habitação;
> - População e domicílios: projeções da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE (2009);
> - Definição de área atendível no município;
> - Cenário de ampliação dos indicadores dos serviços, conforme conceitos definidos entre a Sabesp e a PMSP.

Além disso, a respeito das perdas de água resultantes de instalações irregulares ("gatos" ou "macarrão") nos assentamentos precários, o atual Diretor-Presidente da SABESP teceu as seguintes considerações:

> Além das obras para aumentar a oferta de água, também é necessário diminuir as perdas. Nos últimos anos a Sabesp tem feito importante esforço nessa direção. Mas é preciso fazer mais. A principal oportunidade consiste na eliminação da "macarronada" de tubos espalhados pelas vielas dos assentamentos irreversivelmente estabelecidos, embora irregulares. O sucesso dessa iniciativa depende não apenas da Sabesp, mas também das prefeituras e do Ministério Público.[283]

A referência à articulação com o *parquet* e as prefeituras se dá em razão da controvérsia envolvendo a implantação de equipamentos de saneamento básico em áreas irregulares, à luz do disposto na Lei federal n. 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano) e na legislação ambiental, em especial, o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei federal n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e a Lei federal n. 9.605/1998 (Lei de

[283] KELMAN, Jerson. Enfrentando a crise hídrica. **Jornal Estado de São Paulo**. Opinião. 20.01.2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,enfrentando-a-crise-hidrica,10000011700> . Acesso em 21.10.2016.

Crimes Ambientais). A preocupação da Companhia, nesse particular, é obter segurança jurídica para realizar investimentos em áreas em processo de regularização fundiária.

No tocante à Lei federal n. 6.766/1979, há um posicionamento, respaldado em algumas decisões do Poder Judiciário[284], no sentido de que seria *crime contra a Administração Pública a instalação de qualquer tipo de equipamento urbano em desacordo com a Lei de Parcelamento*.

Já em relação à legislação ambiental, haveria uma interpretação por parte dos órgãos de controle de que a instalação de equipamentos de abastecimento de água sem coletar o esgoto produzido tornaria a SABESP poluidora, passível de responsabilização à luz do princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente.

Em 25 de novembro de 2015, no Auditório do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, foi realizado o seminário "Saneamento Básico em São Paulo e no Brasil – Como chegar à universalização e o desafio das áreas irregulares", com o objetivo de traçar um panorama atual do setor e discutir os desafios envolvendo a universalização dos serviços e as intervenções em áreas irregulares.

Naquela ocasião, o atual Diretor-Presidente da SABESP, Jerson Kelman, no painel intitulado Áreas Irregulares de São Paulo e no Brasil – como avançar?", do qual participaram membros do Ministério Público, do instituto Trata Brasil, da Pastoral da Criança e da CETESB, manifestou a intenção da Companhia de avançar em investimentos nas áreas irregulares. Isso porque, em determinadas localidades, há viabilidade técnica para a instalação de infraestrutura de abastecimento de água, o que permitiria à população local ter acesso à água encanada. No entanto, externou a sua preocupação quanto à falta de segurança jurídica que lastreia tais investimentos, notadamente em razão do entendimento

[284] Como exemplo, vale citar recente decisão proferida na Ação Civil Pública n.º 0055445-24.2012.8.26.0053, proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face da SABESP, do Estado e do Município, em trâmite na 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Asseverou, nesse sentido, que a implantação de infraestrutura de abastecimento de água e esgotamento sanitário em áreas passíveis de regularização tem ocorrido somente se houver determinação judicial. No caso analisado, foi deferido o pedido de antecipação de tutela para determinar a realização das obras de infraestrutura, decisão essa confirmada pela 1ª Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça. Em cumprimento à decisão, a SABESP executou as obras para implantação de rede coletora de esgotos e de água encanada, em sua totalidade, conforme trecho da sentença. Assim consignou o i. Juízo:
"In casu, a ocupação da área em que se instalou a Comunidade Itajuíbe se deu de forma irregular e à revelia da legislação de parcelamento do solo. De forma que o fato lesivo comum, qual seja, a ausência de saneamento básico, ocorreu também virtude de ação desorganizada dos representados da autora, o que exclui a responsabilidade das corrés pelo dano moral. Ante a irregularidade da área ocupada, impedida estava a corré SABESP de atuar, até o momento da intervenção do Poder Judiciário determinando a implantação da infraestrutura.*"*

acima indicado por parte de alguns representantes do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Nas conclusões dos debates, o conceito proposto foi o da *regularização fundiária por estágios*, com o avanço da infraestrutura na medida em que for possível, a partir de um arranjo institucional que envolvesse os diversos atores competentes.[285] Além disso, o artigo 55 da Lei federal n. 11.977, de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, trouxe elementos que permitem avançar nesse sentido. Eis o teor do dispositivo:

> Art. 55. Na regularização fundiária de interesse social, caberá ao poder público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infraestrutura básica, previstos no § 6º do art. 2º da Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979, ainda que promovida pelos legitimados previstos nos incisos I e II do art. 50.
>
> Parágrafo único**. A realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo poder público, bem como sua manutenção, pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis**. (grifo nosso)

Reconheceu o legislador a lentidão que permeia os processos de regularização fundiária, os quais, via de regra, envolvem disputas dominiais, ocupações irregulares, pendências tributárias, questões sucessórias, dentre outros imbróglios jurídicos. O dispositivo legal permitiu, assim, a instalação de equipamentos públicos essenciais "antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis".

Nesse contexto, é imprescindível diferenciar os núcleos habitacionais *suscetíveis de regularização* daqueles que não podem ser regularizados por vedação legal, tais como áreas de proteção ambiental, áreas de risco, dentre outras. Nesses casos, as medidas possíveis são a realocação dos moradores e a inclusão dos desalojados em outras políticas habitacionais governamentais. Já no caso das áreas suscetíveis de regularização, é necessário o envolvimento de todos os atores, de forma concertada, para viabilizar a regularização fundiária, em todos os seus estágios (regularização da questão dominial, instalação de equipamentos públicos, licenciamentos, etc).

---

[285] Tal foi o elemento que norteou o projeto "Carta do Cariri", no Ceará, conduzido pelo Ministério Público do Estado do Ceará, o Instituto Trata Brasil, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Ceará – ARCE, a Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE, a Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos – COGERH – vinculada à Secretaria dos Recursos Hídricos do Governo do Estado do Ceará – e representantes da comunidade acadêmica, com o objetivo de articular soluções para o problema das áreas irregulares. A Carta do Cariri está disponível no seguinte link: <http://www.arce.ce.gov.br/index.php/publicacoes-saneamento?download=4885%3Acarta-do-cariri-2013>. Acesso em 24.05.2016.

4.3. Remuneração dos serviços

4.3.1. Tarifas e outras receitas

Previu o Convênio que cabe à ARSESP, com exclusividade, o exercício das funções de regulação, inclusive, tarifária, dos serviços a serem prestados pela SABESP. Nesse sentido, a Cláusula VIII do ajuste estabelece que "A SABESP será remunerada pela cobrança de tarifas e outros preços, bem como, se for o caso, pela obtenção de outras receitas, conforme o Contrato."

As Cláusulas IX e X do Convênio trazem as diretrizes para a fixação de tarifas pela Agência, de modo a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato:

> **Cláusula IX.** Não haverá subsídio fiscal à tarifa, cabendo à ARSESP fixar tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato, independentemente de alocação de recursos orçamentários do MUNICÍPIO ou do ESTADO.
> **Cláusula X.** Na fixação, reajuste e revisão de tarifas praticadas, serão observadas as diretrizes tarifárias definidas pela legislação estadual, por este convênio e no Contrato que vier a ser celebrado, tendo por objetivo assegurar tanto o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato, como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam à eficiência e eficácia dos serviços e que permitem a apropriação social dos ganhos de produtividade, observados os limites do Contrato.

Já a Cláusula XIX do Convênio estabelece a composição de receita da Companhia, de modo a cumprir os seguintes custos incorridos na prestação dos serviços:

> **Cláusula XIX.** Ficará assegurado às Partes o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato que vier a ser celebrado.
> **Parágrafo 1º.** A fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro, a receita da SABESP oriunda das tarifas e preços cobrados dos usuários deverá ser suficiente, no mínimo, para cobrar os dispêndios pertinentes:
> a) Às despesas gerais e administrativas;
> b) Aos encargos tributários diretos;
> c) Aos custos e às despesas relativos à operação e manutenção do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital;
> d) À universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente quanto aos investimentos e desembolsos mencionados nas alíneas 'b' e 'c' da Cláusula XV;
> e) À taxa de regulação, controle e fiscalização devida à ARSESP;
> f) Aos subsídios oferecidos, já existentes ou que venham a ser criados, inclusive para populações e localidades de baixa renda;
> g) À remuneração dos ativos existentes ainda não amortizados;
> h) À remuneração do capital próprio e de terceiros empregados pela SABESP.

Finalmente, a Cláusula 48 do Contrato estabelece que a ARSESP assegurará, a cada *revisão tarifária* (detalhada a partir da cláusula 51), o equilíbrio econômico-

financeiro. Nesse particular, cabe frisar que o contrato não admite qualquer forma de subsídio, razão pela qual todos os investimentos e custos são cobertos, integralmente, pela receita tarifária.

A Cláusula 52 do contrato estabelece os objetivos da revisão tarifária[286], que parecem estar em consonância com o disposto no artigo 29 da Lei federal n. 11.445/2007[287]. No entanto, conforme será visto no item subsequente, a fixação das tarifas da SABESP, em razão da *prestação regionalizada dos serviços*, leva em consideração a totalidade dos municípios atendidos pela empresa, e não cada contrato individualmente considerado.

---

[286] "Cláusula 52. Por meio das revisões, buscar-se-á, simultaneamente:
a) assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO;
b) a modicidade tarifária;
c) a incorporação parcial, para fins de modicidade tarifária, dos resultados obtidos com as OUTRAS RECEITAS indicadas na Cláusula 18;
d) a distribuição de ganhos de produtividade com os usuários, relativos à administração, operação e manutenção dos SERVIÇOS;
e) a transferência integral para as TARIFAS dos efeitos decorrentes de revisão das premissas demográficas;
f) considerar, para mais ou para menos, o comprovado impacto da posterior criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos sobre a renda, que não tenha sido objeto de revisões extraordinárias;
g) considerar os impactos decorrentes de modificações nos planos de investimentos
h) verificar a pertinência quanto à manutenção dos subsidies oferecidos e da criação de novos;
i) definir o custo médio ponderado do capital que será utilizado para a remuneração da SABESP;
j) considerar os impactos dos custos ambientais relativos à prevenção, à reparação e às compensações, salvo quando decorrentes de culpa ou dolo da SABESP;
k) considerar os impactos dos custos decorrentes de normas editadas pela ARSESP apurados mediante AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO."

[287] "Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:
I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;
II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;
III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.
§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:
I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;
II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;
III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;
IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;
V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;
VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;
VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;
VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.
§ 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços." (grifo nosso)

4.3.2. Desafios da regulação tarifária no Estado de São Paulo

O artigo 29, parágrafo 1º, V, da Lei federal n. 11.445/2007 estabelece que a instituição de tarifa para os serviços de saneamento básico deverá considerar a "recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência". Para dar cumprimento à determinação legislativa, a ARSESP elaborou o "Manual de Contabilidade Regulatória e Plano de Contas Regulatório a serem utilizados pelas empresas do setor de saneamento do Estado de São Paulo reguladas pela ARSESP."[288]

De acordo com o Manual, "o custo do serviço deve ter em conta os custos diretos e indiretos da prestação, portanto, o Regulador deve procurar identificar essa informação e conhecer detalhadamente as bases de distribuição que são utilizadas". Considerando esse aspecto, um dos objetivos da padronização dos procedimentos contábeis regulatórios, além de permitir o controle e acompanhamento das atividades das concessionárias, é "monitorar o desempenho real em comparação com as suposições adotadas para o estabelecimento e controle de tarifas."[289]

Por outro lado, para fins de reajuste anual tarifário, a agência segue as diretrizes da Deliberação ARSESP n. 147/2010, que estabelece prazos e regras para o procedimento de coleta de dados e informações, necessários ao cálculo e aplicação do reajuste tarifário anual.

No caso específico do Município de São Paulo, à luz da prestação regionalizada, há subsídio cruzado entre a Capital e as demais regiões em que a SABESP presta serviços, tal como a Região Metropolitana de São Paulo e a Baixada Santista. A esse respeito, merece destaque o seguinte esclarecimento do Anexo III, referente à Proposta Econômico-Financeira da SABESP:

---

[288] O Manual destaca as seguintes obrigações da ARSESP na condição de agência reguladora do setor no âmbito estadual: "Os Decretos Estaduais nº 41.446/96 e 52.455/07 combinados com a Lei Estadual n° 1025/07 e a Lei Federal nº. 11.445/07 estabelecem que compete à ARSESP executar as atividades relacionadas ao processo de fixação de tarifas iniciais e, quando for o caso, de revisões e reajustes tarifários dos serviços de saneamento incluindo o monitoramento e avaliação dos custos e a definição de metas que estimulem o aumento da eficiência na prestação dos serviços. Este marco legal estabelece também que será tarifário o regime de cobrança dos serviços de abastecimento de água, de coleta e disposição de esgotos bem como outros prestados pela SABESP, relacionados com seus objetivos." (MANUAL DE CONTABILIDADE REGULATÓRIA E PLANO DE CONTAS REGULATÓRIO A SEREM UTILIZADOS PELAS EMPRESAS DO SETOR DE SANEAMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO REGULADAS PELA ARSESP. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT_0001-2013.pdf >. Acesso em 01.12.2016, p.4-5). Já a Deliberação ARSESP n.°156, de 30 de julho de 2010, estabelece a metodologia e critérios gerais para definição da base de remuneração regulatória de ativos da SABESP.

[289] Ibidem, p .21.

> Desta forma, durante as discussões com a Secretaria Estadual de Saneamento e Energia e com a Prefeitura do Município de São Paulo, foi definido que, sem prejuízo aos compromissos e metas assumidos com o MUNICÍPIO, a avaliação econômico-financeira referencial do CONTRATO com o MUNICÍPIO será da REGIÃO METROPOLITANA na sua totalidade.

Nesse sentido, considerando que a tarifa da SABESP é fixada a partir de uma receita média que assegura o equilíbrio econômico-financeiro da Companhia (tarifa média de equilíbrio)[290], o munícipe paulistano paga uma tarifa mais elevada, de modo a subsidiar a tarifa de municípios em que, por razões técnicas (os custos são tão altos que tornam a tarifa proibitiva) ou sociais (a população não possui condições econômicas para arcar com a tarifa), não se afigura possível cobrar uma tarifa mais elevada.[291]

Com efeito, no primeiro ciclo tarifário, em que foi realizada a revisão tarifária da SABESP, não havia segurança jurídica quanto à base de ativos, despesas correntes, entre outros elementos, para a fixação da tarifa individualizada por contrato.[292] Por essa razão, a opção da ARSESP, naquele momento, foi manter a estrutura tarifária regionalizada praticada pela SABESP, de modo a preservar o equilíbrio da totalidade dos contratos e da Companhia. Assim, arbitrou uma tarifa média que torna a Companhia sustentável e evitou o colapso de alguns contratos deficitários, em homenagem aos princípios da universalização do acesso (artigo 2º, inciso I, da Lei federal n. 11.445/2007) e da eficiência e sustentabilidade econômica (artigo 2º, inciso VIII, da Lei federal n. 11.445/2007).

Dessa forma, os valores a serem cobrados de cada município são arbitrados, inicialmente, pela SABESP, e chancelados pela ARSESP, de modo a garantir que a Companhia não ultrapasse a tarifa média máxima fixada pela Agência. Assim, no modelo de regulação vigente, as tarifas garantem o equilíbrio econômico-financeiro da Companhia, e não de cada contrato celebrado por ela com os entes federativos contratantes.[293]

---

[290] Atualmente, a tarifa média máxima da Companhia foi estabelecida pela Deliberação ARSESP 561, de 04 de maio de 2015.

[291] Essa alternativa parece encontrar respaldo no disposto no artigo 31, inciso III, da Lei federal 11.445/2007:
"Art. 31. Os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos:
I - diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços;
II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções;
III - internos a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional."

[292] A Deliberação ARSESP n. 156, de 30 de julho de 2010, estabelece a metodologia e critérios gerais para definição da base de remuneração regulatória de ativos da SABESP para o processo de revisão tarifária da concessionaria, bem como a definição de parâmetros iniciais para as auditorias a serem realizadas pela Agência.

[293] "Art. 22. São objetivos da regulação:
(…)

4.4. Dinâmica contratual de longo prazo e seus mecanismos de ajuste

4.4.1. Planos de Investimentos (Anexo II)

O plano de investimentos é um instrumento para o atingimento das metas pactuadas no plano de metas, à semelhança de uma *contratação por resultados*. Esse o sentido da redação da Cláusula 6 do Contrato, a qual estabelece que "Os planos de investimento a serem apresentados pela SABESP ao longo da execução do CONTRATO objetivarão alcançar o disposto no ANEXO I (Plano de metas de atendimento e qualidade dos serviços) (...)."

Não se trata, portanto, de uma obrigação de meio, mas sim de realização dos objetivos pactuados, vale dizer, das "metas de atendimento e qualidade dos serviços". O plano de investimentos consiste, portanto, em um *instrumento de gestão contratual*, que permite aos contratantes influenciar e acompanhar o planejamento e a execução das obrigações assumidas pela Companhia.

Outro aspecto relevante em relação ao Plano de Investimentos se refere à classificação, contida no Anexo II, entre *investimentos compartilhados* (inseridos no contexto da Região Metropolitana de São Paulo) e *investimentos exclusivos* para a área do Município de São Paulo. Essa segmentação reflete os desafios resultantes do grau de integração dos municípios metropolitanos, que compartilham o Sistema Integrado de Abastecimento de Água e o Sistema Principal de Esgoto. Tais dificuldades técnicas foram sintetizadas no referido anexo nos seguintes termos:

> **IV – CRITÉRIOS DE RATEIO PARA OBRAS COMPARTILHADAS**
> (...)
> A consideração do compartilhamento fundamenta-se no próprio conceito de integração dos sistemas metropolitanos, assumido quando da concepção do sistema de abastecimento de água e do sistema de esgotos sanitários da RMSP. A concepção do Sistema Integrado de Abastecimento de Água, com 8 (oito) sistemas produtores, se consolidou ao longo do tempo por ser a única forma de viabilizar o atendimento à população da região. A decisão pela concepção do Sistema Principal de Esgoto, com os 5 (cinco) grandes sistemas, também foi sendo consolidada com os vários estudos desenvolvidos ao longo do tempo, se mostrando a solução mais adequada sob os aspectos técnico, econômico e ambiental, e principalmente, considerando-se o ganho de escala, a dificuldade de disponibilidade de áreas para implantação de ETE, frente à intensa conurbação entre os municípios e da própria região, e as características da rede hídrica existente na região (baixa vazão, existência de mananciais urbanos, etc.).

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade."

> É importante observar que, em relação ao abastecimento de água, nenhum município da RMSP pode ser considerado autossuficiente em relação à produção de água tratada em seu próprio território, assim como a própria RMSP, que necessita de aporte de água de outras bacias vizinhas para suprir a demanda da população nela residente. Neste contexto, todos os sistemas produtores, de forma direta ou indireta, atendem todos os municípios do Sistema Integrado. A redução da área de influência de qualquer sistema produtor, seja por queda de produção ou aumento da demanda, implica no "avanço" de outro sistema, de forma a equalizar o abastecimento na área deficitária. Esse "avanço" pode significar uma menor disponibilidade de água tratada na área de influência desse sistema expandido, por vezes exigindo um rearranjo das áreas de influência de outros sistemas produtores vizinhos, até que se retome a situação de atendimento adequado para a área do sistema deficitário. Quando a deficiência se dá por aumento da demanda, uma das soluções viáveis é a ampliação da capacidade de produção do Sistema Integrado, seja por meio da ampliação de Estações de Tratamento existentes ou implantação de novo sistema produtor. Dessa forma, qualquer ocorrência no âmbito do Sistema Integrado tem repercussão direta ou indireta em todos os municípios atendidos, evidenciando o compartilhamento metropolitano de qualquer interferência nesse sistema.

Por tais razões, estabeleceu-se um *critério de rateio* para as obras e ações classificadas como compartilhadas para definição da parcela relativa ao Município de São Paulo. Esclarece o Anexo II que a premissa básica do critério de compartilhamento metropolitano é retratar o uso (volume/vazão) de cada Município em relação ao total. O Anexo traz, ainda, uma *Matriz de Cálculo das Parcelas Anuais de Investimento relativas ao MSP*, resumida nos seguintes termos: a partir do cronograma previsto para o investimento global, "referente à ação no Sistema Integrado ou Principal, a cada parcela anual investida aplica-se o coeficiente de participação ao longo do período. A média do valor no período é assumida no ano considerado do cronograma."

Dessa forma, o critério de rateio foi o mecanismo utilizado para compatibilizar a necessidade de investimentos no sistema metropolitano com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato referente ao Município de São Paulo.

4.4.1.1. A interdependência entre o Plano de Metas de Atendimento e Qualidade dos Serviços (Anexo I) e a Estratégia de Compatibilização dos Investimentos (Anexo VII)

Para que o objetivo de universalização dos serviços de saneamento básico seja alcançado (artigo 2º, inciso I, da Lei federal n. 11.445/2007), revelam-se imprescindíveis investimentos em infraestrutura urbana. O desenvolvimento caótico da cidade pode, em determinadas situações, inviabilizar a expansão da rede de coleta e abastecimento de água.

Necessária, portanto, a coordenação entre a atuação do prestador dos serviços e das autoridades responsáveis pelo desenvolvimento urbano.

Essa a diretriz consubstanciada na Cláusula XX do Convênio e Cláusula 1, parágrafo 3º, do Contrato, bem como na elaboração do Anexo VII – Estratégia de Compatibilização dos Investimentos Estaduais, Municipais e da SABESP.[294] Consoante visto no item 4.4.1, dispõe o parágrafo 3º que o alcance das metas dependerá da realização de investimentos pelo Município, por meio das estratégias previstas no Anexo VII. Nesse particular, válido transcrever o objetivo descrito no Anexo VII:

> **Este anexo tem em conta que o planejamento original para atingir essas metas considera o alinhamento e a consonância dos investimentos a cargo da Sabesp, com os planos de regularização e urbanização de assentamentos precários do MUNICIPIO**. Especial atenção deve ser dada às faixas lindeiras aos rios e córregos e fundos de vale, que devem estar preferencialmente desocupadas para que se possam implantar os coletores tronco, necessários ao encaminhamento dos esgotos ao tratamento. Essas metas podem ser comprometidas caso essas condições se alterem. (grifo nosso)

O objetivo do Anexo VII foi estabelecer um mecanismo de coordenação entre a Prefeitura e a SABESP no tocante à realização dos investimentos, especialmente aqueles custeados por recursos do Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura (FMSAI). Entretanto, o caráter genérico e aberto da redação do Anexo trouxe pouca efetividade para a compatibilização ali preconizada, demandando um aperfeiçoamento da sua redação por ocasião da primeira revisão quadrienal, de modo a dar maior concretude a tal objetivo.

Finalmente, a sintetizar a importância da coordenação de esforços entre SABESP e Município para atingimento das metas avençadas, válido transcrever o disposto na Cláusula 1, parágrafo 3º , bem como na Cláusula 10 do Contrato:

> Par. 3º. A SABESP implementará as metas do ANEXO I (Plano de metas de atendimento e qualidade dos serviços), com vistas ao atendimento ao disposto na Cláusula 6 deste CONTRATO; o alcance das metas, contudo, dependerá da realização de investimentos pelo MUNICÍPIO por meio das estratégias previstas no ANEXO VII (Estratégia de Compatibilização dos Investimentos Municipais e da Sabesp).
>
> **Cláusula 10.** As PARTES reconhecem que parcela dos investimentos previstos no ANEXO II (Plano de Investimentos) apenas poderá ser realizada pela SABESP se o Estado e o MUNICÍPIO executarem seus planos de habitação,

[294] De acordo com o Parecer CJ n. 233/10, da SABESP: "A consciência de que as metas não serão alcançadas se o Município não realizar seus investimentos em favelas, núcleos habitacionais e loteamentos irregulares, está prevista na Cláusula 1, par. 3º, Cláusula 11 e no anexo que detalha a estratégia de compatibilização dos investimentos municipais, estaduais e da Sabesp."

> dentre outros, nos termos do Anexo VII (Estratégia de Compatibilização dos Investimentos Estaduais, Municipais e da Sabesp).

Dessa forma, é imprescindível que os investimentos em saneamento sejam aderentes às intervenções da prefeitura, especialmente no tocante a processos de regularização fundiária, operações urbanas, alterações nos planos de habitação, dentre outros. Do contrário, a falta de articulação da companhia com o planejamento urbano da gestão municipal pode inviabilizar o atingimento da meta de universalização dos serviços.

4.4.1.2. Custeio dos investimentos

A Cláusula 35 do contrato prevê, como encargos da SABESP, os seguintes percentuais de destinação de receitas:

> a) destinar trimestralmente, 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital para o FUNDO MUNICIPAL, até 5 (cinco) dias úteis após a publicação das demonstrações contábeis trimestrais e/ou anual, conforme previsto no CONVÊNIO, especialmente sua Cláusula II;
> b) investir nos SERVIÇOS, no mínimo, o equivalente a 13% (treze por cento) da receita bruta obtida na Capital, sem prejuízo de que esse percentual seja revisado para mais ou para menos, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO (...)

Tais percentuais foram estabelecidos pela Lei Municipal n. 14.934/2009, previamente à celebração da avença. Tais recursos são destinados, essencialmente, à realização de investimentos em saneamento (no caso dos 13% da SABESP) e em infraestrutura urbana (no caso dos 7,5% destinados ao FMSAI).

Em relação ao percentual de 7,5% destinado ao Fundo Municipal[295], na revisão tarifária, a entidade reguladora se deparou com a seguinte questão: o encargo de 7,5% (sete

[295] O Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura – FMSAI foi instituído pela Lei Municipal n. 14.934, de 18 de junho de 2009, que também autorizou o Poder Executivo a celebrar o convênio e o contrato com o Estado e a SABESP. O artigo 6º da Lei traz as finalidades do Fundo:
"Art. 6º. Fica instituído o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, junto à Secretaria Municipal de Habitação, destinado a apoiar e suportar ações de saneamento básico e ambiental e de infraestrutura no Município.
Parágrafo único. Sem prejuízo das ações de saneamento básico e ambiental de responsabilidade da SABESP, os recursos do Fundo deverão ser aplicados no custeio de obras e serviços relativos a:
I – intervenções em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;
II - limpeza, despoluição e canalização de córregos;

e meio por cento), incidente sobre a receita bruta obtida a partir da exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município, a ser repassado trimestralmente pela SABESP ao FMSAI, constitui encargo a ser repassado aos usuários por meio da tarifa ou deve ser arcado pela SABESP?

A Deliberação ARSESP n. 407, de 2014, autorizou a SABESP a repassar na fatura dos "serviços dos valores referentes aos encargos municipais, legalmente estabelecidos, que, por força dos Contratos de Programa e Contratos de Prestação de Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, devam ser considerados na Revisão Tarifária" (artigo 1º).

4.4.2. *Stakeholders* e arranjos institucionais: a criação do "Comitê Gestor"

O objeto do Convênio (Cláusula I do Capítulo segundo) indica que um dos seus objetivos é criar *mecanismos de gestão das atividades de planejamento e investimento*. Nessa linha, a Cláusula III do Capítulo 3 traz os contornos do Comitê Gestor, arranjo concebido de modo a permitir a integração entre Estado e Município no planejamento e execução do ajuste. O Comitê Gestor constitui um colegiado de articulação dos interesses das partes contratantes, permitindo a concretização de suas políticas públicas por meio da integração e coordenação dos entes federativos.

O Comitê foi modelado da seguinte forma:

> **Cláusula III.** O Comitê Gestor, que será formado por 3 (três) membros indicados pelo Estado e outros 3 (três) pelo MUNICÍPIO sempre para um mandato de 2 (dois) anos, reunir-se-á, pelo menos, uma vez por mês e terá como atribuições, além de outras previstas neste Convênio, as seguintes:
> a) propor processos de articulação dos planos de saneamento básico tanto no que se refere à elaboração, quanto no que tange à sua execução;

III - abertura ou melhoria do viário principal e secundário, vielas, escadarias e congêneres, em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;
IV – provisão habitacional para atendimento de famílias em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;
V - implantação de parques e de outras unidades de conservação necessárias à proteção das condições naturais e de produção de água no Município, de reservatórios para o amortecimento de picos de cheias, de áreas de esporte, de obras de paisagismo e de áreas de lazer;
VI – drenagem, contenção de encostas e eliminação de riscos de deslizamentos;
VII - desapropriação de áreas para implantação das ações de responsabilidade do Fundo."

> b) deliberar, anteriormente a cada revisão quadrienal, sobre os investimentos a serem feitos pela SABESP no período subsequente, bem como autorizar modificações no planejamento já aprovado;
> c) opinar sobre as políticas estaduais e municipais relacionadas ao saneamento básico que lhe forem submetidas;
> d) elaborar e aprovar seu regimento interno, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da indicação dos membros do Comitê Gestor;
> e) eleger, dentre seus membros, o seu presidente;
> f) estabelecer relação institucional com o CONESAN – Conselho Estadual de Saneamento[296], tendo em vista a plena integração entre os interesses local e metropolitano quanto à prestação dos serviços de saneamento básico; e,
> g) elaborar, aprovar e divulgar relatório anual sobre as ações desempenhadas e sobre a situação do saneamento básico na Capital.
> **Parágrafo único.** O COMITÊ GESTOR deverá dar total transparência a suas manifestações e deliberações, mediante publicação na imprensa oficial e divulgação de informações na rede mundial de computadores.
>
> **Cláusula IV.** O mandato do presidente do Comitê será de 2 (dois) anos; não será admitida recondução e a escolha recairá, a cada período, alternadamente, entre os representantes indicados pelo ESTADO ou pelo MUNICÍPIO, iniciando-se a presidência pelo representante do ESTADO.
>
> **Cláusula V.** O Comitê Gestor apenas decidirá pela maioria absoluta de seus membros.
> **Parágrafo primeiro.** Se o Comitê Gestor não alcançar maioria absoluta para decidir sobre investimentos, o voto de desempate caberá ao seu Presidente.
> **Parágrafo segundo.** O Presidente do Comitê Gestor, ao exercer a competência de desempate prevista no parágrafo anterior, não poderá comprometer o cronograma de universalização dos serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto nos demais municípios da região metropolitana.
> **Parágrafo terceiro.** A SABESP terá direito de participar de suas reuniões e de se manifestar sobre as pautas e decisões do Comitê, conforme dispuser o regimento interno, sem direito de voto.

Sobre a interveniência do Comitê Gestor, o Parecer SubG. Cons. 44-2010, da PGE, teceu as seguintes considerações:

> Direitos e obrigações que possam ser tidos como decorrentes do poder concedente – que o Estado não reconhece ao Município – são temperados pela interveniência do Comitê Gestor previsto pela Cláusula III da minuta de Convênio, de natureza paritária entre Estado e Município. Como os interessados entendem imprescindível o Município assumi-los no contrato, são eles, primeiro, gerados no convênio e, só depois, transportados para o contrato, fazendo-se a remissão à sua origem. A atividade de planejamento deveria ser desempenhada pelo titular dos serviços de saneamento conforme o disposto no art. 9º da Lei 11.445/2007. Como essa questão não está resolvida no plano judicial, entendo não haver impedimento a que o Estado possa articular-se com o Município por meio do convênio, visando realizar ações conjuntas de planejamento. De fato, ressalta dos instrumentos trazidos a exame, o caráter de convergência dos interesses de Estado e Município. As metas são as mesmas, a universalização do

[296] O Conselho Estadual de Saneamento (CONESAN) é um órgão colegiado de caráter consultivo e deliberativo, com a missão de definir e implementar a política de saneamento básico do Estado. Sua composição e funcionamento foram definidos pelos artigos 39 e 40 da Lei Complementar estadual 1.025/2007, e pelo Decreto estadual n. 54.644, de 05 de agosto de 2009. O CONESAN é composto por Secretários de Estado, Prefeitos, membros da sociedade civil, representantes do Ministério Público Estadual, dentre outros.

> abastecimento de água e do esgotamento sanitário, o que permite aos entes firmadores sustentar a juridicidade em face da melhor doutrina.
> (...)
> Nesse sentido, também no contrato que Estado e Município pretendem celebrar com a SABESP, as pessoas políticas estão do mesmo lado, na exigência dos serviços, enquanto a contratada, por seu turno, aparece como prestadora dos serviços desejados por Estado e Município, mediante pagamento de tarifas. Alerto que a articulação não deve se traduzir em delegação, nem em compartilhamento de competência. A figura do Comitê Gestor, caracterizada pela representação paritária do Estado e do Município, cujos representantes exercerão a presidência de forma rotativa, com funções de planejamento, deverá ser interpretada sob o viés da cooperação pelo interesse público, visando afastá-la do prisma do compartilhamento de competências.

Já o Parecer CJ n. 233/10, da SABESP, sintetiza a figura do Comitê Gestor nos seguintes termos:

> Pode-se perceber, portanto, que o Comitê Gestor é um órgão criado pelos dois potenciais titulares dos serviços que terá a função de harmonizar o planejamento dos investimentos a serem executados pela Sabesp, tendo em vista as diretrizes previstas nos planos produzidos pelos titulares. O Comitê Gestor é o órgão que capta e filtra os interesses públicos municipal e estadual, sintetizando a harmonização destes interesses em medidas de investimentos que salvaguardem as perspectivas municipal e estadual dos serviços objeto do Contrato.

O Comitê Gestor foi o mecanismo decisório concebido para contornar a controvérsia decorrente da titularidade, a qual repercute diretamente nos direitos e obrigações inerentes ao poder concedente dos serviços, o que não está pacificado na esfera judicial. A sua composição paritária bem como a alternância na Presidência do Comitê são indicativos de que não há a predominância de uma parte contratante sobre a outra.

Além disso, seja pelo viés interpretativo do compartilhamento de competência, seja pelo da convergência e articulação de interesses, fato é que o Comitê Gestor é um arranjo idealizado para permitir que as partes contratantes dialoguem e conduzam a execução contratual de forma integrada. Estabelece, assim, um mecanismo de tomada de decisão futura apto a permitir a adaptação do ajuste e a manutenção da sua atualidade ao longo do tempo.

4.4.3. Revisão quadrienal

A revisão quadrienal do contrato está prevista, de forma expressa, nas Cláusulas III e XIX do Convênio e na Cláusula 6 do Contrato. As Cláusulas indicadas foram redigidas nos seguintes termos:

> CLÁUSULA III – O Comitê Gestor, que será formado por 3 (três) membros, indicados pelo ESTADO e outros 3 (três) pelo MUNICÍPIO, sempre para um mandato de 2 (dois) anos, reunir-se-á, pelo menos, a cada dois meses e terá como atribuições, além de outras previstas neste Convênio, as seguintes:
> [...]
> b) deliberar, anteriormente a cada revisão quadrienal, sobre os investimentos a serem feitos pela SABESP no período subsequente, bem como autorizar modificações no planejamento já aprovado;
> [...]
> "CLÁUSULA XIX – Ficará assegurado às Partes o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato que vier a ser celebrado
> [...]
> Parágrafo 2º – Sem prejuízo de revisões extraordinárias porventura necessárias, o mecanismo contratual de revisão ordinária de tarifa e dos investimentos deverá observar, dentre outras, as seguintes regras:
> a) a revisão será realizada com periodicidade não superior a 4 (quatro) anos;
> [...]
> Contrato:
> Cláusula 6 – Os planos de investimento a serem apresentados pela SABESP ao longo da execução do CONTRATO objetivarão alcançar o disposto no Anexo I (Plano de metas de atendimento e qualidade dos serviços), com vistas a:
> a) universalização dos serviços;
> b) manutenção da universalização de tais serviços até o final do CONTRATO;
> c) a melhoria contínua da qualidade dos serviços prestados, especialmente da salubridade ambiental, conforme estabelecido neste Contrato.
> § 1º. Os planos de investimentos a serem executados pela SABESP deverão ser compatíveis com as atividades e programas previstos nos Planos de Saneamento Estadual, Municipal e, se for o caso, Metropolitano.
> § 2º. Com antecedência mínima de ao menos 180 dias de cada revisão quadrienal deste CONTRATO, **a SABESP encaminhará ao COMITÊ GESTOR as atualizações do Anexo II (Plano de Investimentos), principalmente quanto aos investimentos a serem executados no período subsequente**, com vistas à verificação do atendimento do disposto nesta Cláusula.
> § 3º. O COMITÊ GESTOR poderá, em até 60 dias após o recebimento da proposta de investimentos no termos do parágrafo anterior, sugerir à SABESP alterações no ANEXO II (Plano de Investimentos), devidamente justificadas.
> § 4º. As sugestões do COMITÊ GESTOR de alteração do ANEXO II (Plano de Investimentos) serão imediatamente comunicadas à ARSESP, acompanhadas de manifestação da SABESP, cabendo à ARSESP analisar os impactos das propostas pretendidas pelo COMITÊ GESTOR no equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, indicando, se for o caso, as medidas de reequilíbrio possíveis.
> § 5º. De posse da posição da ARSESP, o COMITÊ GESTOR deliberará em definitivo sobre a questão, sendo-lhe facultado optar por quaisquer das medidas de reequilíbrio indicadas pela ARSESP. (grifo nosso)

Interessante observar que não há uma delimitação expressa do objeto da revisão, bem como da sua amplitude. No entanto, a partir da leitura das cláusulas acima transcritas, é possível extrair que a revisão será do Plano de Investimentos (Anexo II) e do Plano de atendimento de metas e qualidade dos serviços (Anexo I), considerando que o primeiro é um instrumento para o atingimento das metas pactuadas no segundo, conforme dispõe a Cláusula 6.

Para a condução dos trabalhos da primeira revisão, foi constituída, no âmbito do Comitê Gestor dos Serviços de Água e Esgoto da Capital Paulista, a Comissão Temática Integrada de Revisão de Investimentos e Metas pactuados no Contrato, a qual procedeu à revisão dos Anexos I e II.

4.4.4. Indicadores de Desempenho (Anexo IX)

Determina a Cláusula 15 que os serviços deverão ser prestados de forma a satisfazer as "condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, nos termos do Anexo IX – Indicadores de Desempenho."

Dessa forma, a noção de serviço adequado deve ser harmonizada com o Anexo IX. Vale dizer: *serviço adequado é aquele prestado de acordo com o contrato*, ou seja, é aquele que atende aos indicadores de qualidade insertos no ajuste.

Outrossim, a ARSESP, na qualidade de entidade reguladora do contrato, também poderá editar normas técnicas relacionadas a padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços, conforme prevê o artigo 23, inciso I, da Lei n. 11.445/2007.

4.5. Desafios do primeiro ciclo de vida do contrato

4.5.1. Crise hídrica

No biênio 2014-2015, a cidade de São Paulo enfrentou condições hidrológicas adversas que resultaram na pior seca de sua história.[297] Para enfrentar a crise hídrica, a SABESP reordenou investimentos, canalizou recursos e esforços para projetos de abastecimento de água (em detrimento de obras de esgotamento sanitário) e executou

[297] No Ofício P – 0048/2014, de 31 de janeiro de 2014, enviado pela SABESP à ARSESP com o objetivo de expor o cenário de escassez vivido pela cidade, foram relatados os seguintes dados:
"a) no ano de 2013 foram registrados apenas 1.090 milímetros de chuva nas quatro represas que formam o Sistema Cantareira, sendo a média histórica anual de 1.566 milímetros;
b) o mês de dezembro de 2013 teve a menor média de chuvas desde que a medição começou a ser feita, há 84 anos, e as temperaturas estão 5% acima da média, o que aumenta o consumo;
c) o reservatório da Cantareira, que é o principal fornecedor de água para a Grande São Paulo, atendendo a 9,3 milhões de pessoas, atinge seu menor nível nos últimos dez anos."

inúmeras ações emergenciais e medidas de redução de perdas.[298] O atual Diretor-Presidente da Companhia sintetizou os dilemas envolvendo a priorização de investimentos na crise hídrica nos seguintes termos:

> Como os recursos da Sabesp para investimento são limitados, dar prioridade às obras de reforço da segurança hídrica implica inescapavelmente o adiamento de outros investimentos igualmente importantes, mas menos urgentes. Outros países passaram por dilemas semelhantes e fizeram o mesmo tipo de opção. Na Sabesp, os recursos para investimentos provêm exclusivamente dos lucros. Esse fato é mal compreendido por muitos, que supõem equivocadamente que o lucro da Sabesp serve apenas para engordar os bolsos dos acionistas. Na realidade, apenas o mínimo legalmente obrigatório é que tem esse destino. Mais de 70% do lucro é reinvestido. Isso porque, ao contrário da maioria das empresas de saneamento, a Sabesp não recebe subsídios governamentais e, portanto, depende inteiramente das contas de água pagas pelos consumidores, e não dos impostos pagos pelos contribuintes. Claro, é sempre possível antecipar investimentos por meio de financiamentos. Mas, como é óbvio, os empréstimos têm de ser pagos.

A reorganização do Plano de Investimentos contou com a chancela do Comitê Gestor, que analisa os planos bienais de investimentos da companhia. Além disso, as obras emergenciais foram objeto de resolução do Conselho Estadual de Saneamento, o qual reconheceu a sua efetiva necessidade.

Por outro lado, a população também desempenhou papel decisivo no enfrentamento da crise. No entanto, além das campanhas de divulgação de medidas de economia e uso racional da água, algumas iniciativas da Companhia geraram polêmica, como o programa de bônus na tarifa de água (Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água da SABESP), a tarifa de contingência e a interrupção do bombeamento de água em diversas regiões da cidade.

Sob o viés tarifário, tanto o programa de bônus quanto a criação da tarifa de contingência foram objeto de apreciação pela ARSESP.

A Deliberação ARSESP n. 545, de 08 de janeiro de 2015, autorizou a implantação da tarifa de contingência pela SABESP, visando à redução do consumo de água em face de grave escassez de recursos hídricos, nos termos dos artigos 23, inciso XI, e 46 da Lei federal n. 11.445/2007.[299] A aplicação da tarifa de contingência foi prorrogada pela

---

[298] KELMAN, Jerson. Enfrentando a crise hídrica. **Jornal Estado de São Paulo**, Opinião. 20.01.2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,enfrentando-a-crise-hidrica,10000011700> . Acesso em 21.10.2016.

[299] "Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:
XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;"
"Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar

Deliberação ARSESP n. 614, de 23 de dezembro de 2015, e cancelada por meio da Deliberação ARSESP n. 640, de 30 de março de 2016.

Para autorizar a sua criação, a ARSESP realizou audiência pública, bem como colheu parecer de sua Consultoria Jurídica, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, que considerou estarem presentes os requisitos do artigo 46 da Lei federal n. 11.445/2007 para a implantação da medida (Parecer CJ-ARSESP 52-2014)[300]. Dessa forma, considerando, em especial,

> (...) as medidas restritivas explicitadas nos Comunicados Conjuntos e outros atos expedidos pela Agência Nacional de Águas - ANA e Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE do Estado de São Paulo, órgãos gestores de recursos hídricos federal e estadual, respectivamente, que reduziram progressivamente a autorização para a captação de água pela SABESP nos reservatórios do Sistema Cantareira,

a agência autorizou que a SABESP adotasse a tarifa.[301]

Já o "Programa de Bônus" foi autorizado pela Deliberação ARSESP n. 469, de 03 de fevereiro de 2014, prorrogado pela Deliberação ARSESP n. 615, de 23 de dezembro de 2015, e cancelado por meio da Deliberação ARSESP n. 641, de 30 de março de 2016. O objetivo do programa era bonificar, com 30% de redução nas tarifas de água e esgoto, os usuários atendidos pelo Sistema Cantareira que reduzissem em 20% do seu consumo mensal, durante a vigência do programa. De acordo com o artigo 2º da Deliberação, "a redução das tarifas será de 30% para os usuários do Sistema Cantareira cujo consumo

---

mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda."

[300] Válido transcrever, nesse particular, o seguinte trecho da ementa da peça opinativa: "A previsão para a adoção de mecanismos tarifários de contingência encontra-se no art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, que impôs como requisito a existência de situação crítica de escassez declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos. […] É possível a instituição de tarifa de contingência como mecanismo ou instrumento de indução do usuário a reduzir o consume de água, permitindo a adequada e racional gestão da demanda pela concessionária. A declaração de racionamento pela autoridade gestora dos recursos hídricos não deve ser confundida com a instituição do racionamento na distribuição da água tratada para os usuários desse serviço. A pretensão da SABESP é justamente a de adotar tarifa de contingência para evitar a redução da distribuição de água aos usuários da Região Metropolitana de São Paulo mediante a instituição de racionamento. As gestoras dos recursos hídricos dos quais provêm a água bruta captada pela SABESP para o Sistema Cantareira editaram vários atos determinando a redução da vazão de retirada prevista na outorga, sob fundamento da escassez dos recursos hídricos. Reduzir a quota de retirada de água nada mais é do que racionar ou declarar o racionamento, na dicção do art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007. (…)"

[301] A Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE) ingressou com ação judicial contra a denominada "multa da água" nas tarifas de água, ao argumento de que não havia sido decretado formalmente o racionamento de água por meio de decreto. Trata-se do processo n. 1000295-36.2015.8.26-0053, ainda pendente de julgamento. Foi concedida liminar em primeira instância para suspender a aplicação da tarifa de contingência "até o cumprimento dos termos da Lei federal 11.445/07, em seu artigo 46", posteriormente cassada pela Presidência do Tribunal de Justiça.

mensal seja reduzido em 20% em relação à média de consumo do período de fevereiro/2013 a janeiro/2014."

A Companhia também optou por não repassar aos usuários o reajuste de 5,4408% concedido pela ARSESP no ano de 2014, conforme autorizado pela Deliberação n. 484, de 10 de abril de 2014.

4.5.2. Advento do novo Plano Diretor Estratégico – PDE da Cidade de São Paulo

Consoante visto nos itens precedentes, as metas de universalização de serviços só serão atingidas se os investimentos em saneamento básico forem acompanhados do desenvolvimento da infraestrutura urbana. Imperioso, portanto, o casamento desses investimentos para o sucesso do contrato.

Nesse contexto, o Plano Diretor é um panorama da situação atual da cidade, bem como dos projetos de desenvolvimento para os próximos dez anos. No caso do Município de São Paulo, o Novo Plano Diretor Estratégico, aprovado pela Lei Municipal n. 16.050/2014, trouxe novos eixos de desenvolvimento, alterou regras de zoneamento e fixou uma nova divisão do território municipal.

Dessa forma, na revisão quadrienal, houve a necessidade de compatibilização da área atendível pela SABESP com as macroáreas definidas no Capítulo I da Lei n. 16.050/2014. No entanto, em algumas macroáreas, a prestação dos serviços pela Companhia não se afigura técnica ou economicamente sustentável, sendo necessário delimitar o tipo de assistência a ser oferecido pela SABESP nessas áreas.

Além disso, as operações urbanas contam, via de regra, com a realização de investimentos em saneamento básico na área de intervenção.

Por todo o exposto, para evitar antecipações ou atrasos de investimentos, bem como sucessivas revisões do plano de investimentos, com possíveis impactos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o cenário ideal é que a execução de obras de saneamento pela Companhia já esteja aderente ao planejamento urbano estabelecido no novo Plano Diretor.

4.5.3. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara Municipal de São Paulo

No dia 20 de agosto de 2014, a Comissão Parlamentar de Inquérito iniciou seus trabalhos para investigar o contrato firmado entre a SABESP e a Prefeitura de São Paulo. A Comissão ouviu o atual e os dois ex-presidentes da Companhia, diretores da empresa, promotores de justiça, especialistas, dentre outros.

Dentre as providências e encaminhamentos previstos no item 26 do Relatório Final da CPI, merecem destaque os seguintes trechos:

> 1- O Contrato celebrado entre o Município e a SABESP prevê em diversas cláusulas, como contratante, o próprio Estado de São Paulo, que não é titular dos serviços.
> 2- O contrato celebrado é um contrato de programa, e conclui-se que o contrato de programa não pode ser utilizado para contratar empresa que distribua lucros ou dividendos, mesmo que tal empresa esteja sob controle público, onde a modalidade mais adequada seria de concessão.
> 3- O contrato deveria ter sido celebrado após prévia licitação, permitindo a livre concorrência, possibilitando ao Município de São Paulo opções contratuais.
> 4- A receita excedente deve ser revertida em investimentos em saneamento básico, seja na Capital, seja em outros Municípios.
> 5- Na estrutura administrativa do Município de São Paulo, não há uma unidade técnica especializada em planejar, monitorar e acompanhar a execução da política de saneamento básico, no que se refere aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Uma agência estadual regular um prestador também estadual traz o claro risco da captura, comprometendo a independência da regulação. O custo de implantação e manutenção de um regulador do próprio Município é zero: a remuneração regulatória hoje já paga pela SABESP para a ARSESP, para regular o Município de São Paulo, é valor suficiente para manter o regulador municipal. Que a Câmara Municipal de São Paulo oficie a PMSP para criação de uma Agência Reguladora Municipal.
> 6- Encaminhamento mais evidente seria ampliar as competências de uma Autoridade Municipal, transformando-a em Autoridade Reguladora e Fiscalizadora Municipal de Saneamento Básico. Pois a lei No 14.934, de 18 de junho de 2009 (Autoriza o Poder Executivo a celebrar contratos, convênios), Art. 1o, § 1o. "A ARSESP PODERÁ exercer as funções de regulação e fiscalização do ajuste, ressalvadas as competências do Estado e do Município.

Até o momento, não houve qualquer movimentação por parte do Executivo Municipal para adotar as medidas preconizadas pelo relatório final da CPI. Ao revés, na 43ª reunião do Comitê Gestor, foi aprovada a etapa final dos trabalhos da Comissão Temática constituída para a revisão quadrienal do contrato.[302]

4.6. Conclusão parcial

[302] A ata da reunião pode ser acessada no seguinte link: <http://www.saneamento.sp.gov.br/comitegestor/documentos/Atas/2016/Ata%20da%2043%C2%BA%20RCG%20de%2026-04-2016.pdf> . Acesso em 24.10.2016.

O contrato de prestação de serviços na Capital traçou as bases para a implementação de uma política pública de saneamento básico no Município de São Paulo. No caso específico desse setor, a dificuldade adicional relativa à disputa jurídica quanto à titularidade dos serviços torna a contratualização ainda mais significativa. Nesse aspecto, o ajuste articulou três atores fundamentais na formulação de uma política pública setorial consistente: o Estado, o Município e a companhia estadual de saneamento.

A contratualização dos serviços trouxe estabilidade jurídica para a realização de investimentos pela SABESP, viabilizando a definição de um plano de longo prazo para o atingimento de metas de universalização e de qualidade dos serviços. Por outro lado, o ajuste trouxe uma metodologia própria de rateio para viabilizar o compartilhamento de investimentos entre a Capital e os demais municípios da Região Metropolitana, de modo a permitir que projetos que beneficiem a região como um todo sejam contabilizados nas obrigações de investimento da companhia.

Ademais, o contrato de saneamento básico da Capital demonstra como um ajuste pode costurar missões de políticas públicas diversas, conduzidas pelos entes federativos contratantes e pela própria SABESP.

A corroborar o argumento, a idealização do Anexo VII do contrato ("Compatibilização de Investimentos") demonstra a necessidade de articular as políticas públicas municipais nos setores de habitação e mobilidade urbana, o atingimento das metas de universalização e qualidade dos serviços impostas contratualmente à SABESP e o planejamento metropolitano capitaneado pelo Estado. Essa articulação revela-se particularmente desafiadora na "cidade informal", em que as políticas estaduais de proteção ao meio ambiente – por meio do licenciamento ambiental e da fiscalização conduzidos pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), as políticas municipais de regularização fundiária e a política de investimentos da SABESP entram em conflito.

Finalmente, merece destaque o papel desempenhado pela ARSESP na garantia de estabilidade do contrato. Parece possível afirmar, nesse particular, que a existência de uma entidade reguladora no setor ameniza a ausência de determinados mecanismos de ajuste contratual, tais como as cláusulas de alocação de riscos e de submissão de conflitos à arbitragem.

De fato, o contrato de prestação de serviços da Capital não traz uma matriz clara de distribuição de riscos, albergando apenas disposição no sentido de que, na hipótese de

ocorrência de quaisquer das hipóteses ali traçadas, o contrato poderá ser reequilibrado, a favor da SABESP ou do Estado e do Município. Caso haja a necessidade de reequilibrar o contrato, a revisão extraordinária poderá ser iniciada pela SABESP, pelo Comitê Gestor ou pela própria ARSESP.[303]

Outro exemplo de interferência da agência nos termos do ajuste ocorre na definição dos critérios de indenização por bens reversíveis não amortizados. O Capítulo 4 ("Indenizações Devidas") do contrato é omisso quanto à metodologia a ser utilizada para o cálculo de eventual indenização a ser paga à SABESP por investimentos em bens reversíveis não amortizados. Considerando a competência da ARSESP para definir critérios de depreciação de bens, dentre outros aspectos, as decisões tomadas no Manual de Contabilidade Regulatória impactarão diretamente o montante devido a título indenizatório. O parágrafo 6º da Cláusula 82 do contrato dispõe, inclusive, que eventuais disputas que impeçam a celebração amigável do Termo Provisório ou Definitivo de Devolução dos Serviços serão submetidas à ARSESP para definição provisória. De forma semelhante, o parágrafo quarto da Cláusula 81 alude à competência da ARSESP para definir provisoriamente o valor da indenização e a forma de pagamento caso não haja acordo entre as partes.

Ainda em relação à ingerência da ARSESP nos termos do ajuste, no tocante à resolução de conflitos, o artigo 7º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual n. 1.025/2007 atribui à ARSESP a competência para "deliberar, no âmbito de suas atribuições, quanto à interpretação das leis, normas e contratos, bem como sobre os casos

---

[303] "Cláusula 53. Sem prejuízo de poderem ser consideradas por ocasião das revisões ordinárias, as seguintes hipóteses ensejarão reequilíbrio contratual, a ser processado por meio de revisão extraordinária:

a) se houver criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, quando comprovado seu impacto, ressalvadas as disposições legais expressas;
b) se forem alteradas as metas para a prestação dos serviços ou o plano de investimentos;
c) se houver modificação unilateral das condições do CONTRATO, desde que, como resultado direto dessa modificação, verifique-se uma significativa alteração dos custos, das receitas ou dos investimentos para mais ou para menos;
d) situações críticas de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obriguem à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, que tenham gerado a necessidade de adoção de mecanismos tarifários de contingência, com o objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes e as perdas de receitas verificadas;
e) correção de danos ambientais ocasionados, excluídas as situações de culpa ou dolo da SABESP, que impactarem os encargos econômicos da SABESP;
f) outros eventos relacionados à prestação dos SERVIÇOS na Capital que, a critério da ARSESP, tenham impacto relevante no fluxo de caixa da Sabesp.

Parágrafo único. A revisão extraordinária poderá ser iniciada por iniciativa da SABESP, da ARSESP ou do COMITÊ GESTOR."

omissos". Dessa forma, quer parecer que a própria agência poderá atuar como uma instância de composição das partes.[304]

Por todo o exposto, o contrato de saneamento básico da Capital é um exemplo de como a contratualização pode viabilizar a implementação de políticas públicas de infraestrutura, articulando, por meio de direitos e obrigações, os diversos atores envolvidos em determinado projeto para alcançar um planejamento de longo prazo. Traz, ainda, mecanismos de revisão e adaptação desse planejamento, de modo a garantir a sua aderência às escolhas públicas.

[304] Cabe lembrar que a Cláusula 86 estimula as partes a buscarem uma solução amigável para eventuais divergências decorrentes do contrato, ao passo que a Cláusula 94 traz cláusula de foro estabelecendo que todas as questões relativas ao contrato serão dirimidas pelo foro da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

CONCLUSÃO: ONDE ESTAMOS E AONDE QUEREMOS CHEGAR?

1. Contratos resguardam a estabilidade e o planejamento necessários à execução de políticas públicas de infraestrutura

O objetivo deste trabalho foi demonstrar que as contratações públicas contemporâneas são ferramentas úteis para a implementação de políticas públicas em setores de infraestrutura.

Contratos de longo prazo incorporam planos de governo, sendo certo que o planejamento e a estabilidade decorrem da própria força normativa e vinculante do ajuste. Nesse contexto, os mecanismos indicados no Capítulo 3 incorporam ao contrato a maleabilidade necessária para que ele permaneça aderente à política pública que inspirou a sua celebração.

Essa flexibilidade permite que o ajuste sofra adequações ao longo do tempo, de modo a refletir a própria experiência de *trial and error* das políticas públicas setoriais. Dessa forma, determinadas decisões assumidas na fase de modelagem do projeto podem, dentro de certos limites jurídicos, ser revistas no curso da execução contratual, em decorrência de mudanças de rumo na política pública.

O contrato assume, assim, a função de efetivar programas estatais traçados em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo, incorporando escolhas específicas de políticas públicas e suas metas de longo prazo.

2. Alternância de poder e vinculação de futuros governos

A celebração de contratos de longo prazo desafia a alternância de projetos políticos e prioridades governamentais decorrente dos ciclos eleitorais.

A título de exemplo, um contrato de PPP celebrado por um governante eleito perdurará por diversos mandatos, vinculando os futuros mandatários ao programa plasmado no ajuste. Na hipótese de um governante eleito discordar da política pública levada a efeito por seu antecessor, poderá encerrar o contrato – em regra, por encampação

–, mas arcará com o pagamento de valores indenizatórios relevantes, além de assumir riscos reputacionais e prejudicar a confiança de investidores em futuros projetos.

Essa constatação leva à formulação de duas diretrizes relevantes na tomada de decisão, pelo governante, de celebrar ou não contratações dessa envergadura: (i) a vinculação por meio de ajustes deve, preferencialmente, estar atrelada a *políticas públicas de Estado*, que não se restrinjam a programas governamentais de curto prazo, mas sim a um planejamento estratégico de desenvolvimento de determinado setor de infraestrutura; e, (ii) contratações de longo prazo geram impactos relevantes no orçamento do Poder Público, razão pela qual a decisão de assumir determinado investimento deve ser precedida de uma análise à luz da *realidade fiscal* do ente federativo e das suas projeções futuras.

No tocante ao primeiro aspecto, ao atrelar a celebração de contratos a decisões estatais que ambicionem perdurar no tempo, fixando diretrizes de desenvolvimento para um determinado setor, evita-se a descontinuidade de programas governamentais e o dispêndio inadequado de recursos públicos.

Em relação ao segundo ponto, a celebração de contratos complexos e de longo prazo, com comprometimento de recursos orçamentários, deve ser precedida de estudos aderentes à realidade fiscal do ente contratante[305], bem como às perspectivas para os anos subsequentes consubstanciadas nas leis orçamentárias.[306] O contrato de concessão é um contrato intergeracional e a atual geração tem responsabilidade pela conta que deixará para as gerações futuras.

3. Lealdade e boa-fé como valores jurídicos a serem perseguidos pelas partes

[305] "A previsão da responsabilidade fiscal como uma das diretrizes da parceria já indica que não se criará despesa sem a correspondente previsão orçamentária, embora a tônica seja vencer a falta de disponibilidade orçamentária no momento da assinatura do contrato, mas que deverá estar disponível, na parcela que couber ao Estado, no momento do recebimento do objeto. Nesta oportunidade, a obra poderá ser alienada, locada ou arrendada ao Poder Público contratante, como previsto no art. 4º, desde que num pacote de bens e serviços." (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 42-43).

[306] No caso específico das PPPs, importa destacar o limite de comprometimento de 5% da receita corrente líquida prevista no artigo 28 da Lei de PPPs: "Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios."

Para que o contrato seja um instrumento efetivo de viabilização de políticas públicas e realização de direitos fundamentais, as partes contratantes devem assumir posturas contratuais compatíveis com esse propósito.

Por um lado, o contratado deve compreender o seu papel central de colaborador e executor de um projeto relevante para o interesse público[307], que impactará de forma significativa a vida de parcela da sociedade, seja no momento da implementação da infraestrutura, seja no curso da operação do ativo.

Em contrapartida, o poder público deve se profissionalizar para lidar com contratos de alta complexidade, não se afigurando recomendável que agentes sem experiência ou sem vínculo permanente com o Estado (comissionados, por exemplo) sejam designados como gestores de tais ajustes. Além do risco de captura – do ponto de vista técnico – pelo setor privado, tais agentes públicos tendem a adotar interpretações conservadoras de determinadas disposições contratuais, à luz da Lei de Licitações, sem atentar para o seu caráter flexível e colaborativo.

Ademais, em ajustes de longo prazo marcados pela processualização da tomada de decisões futuras, a transparência e a motivação dos atos relacionados ao contrato são fundamentais para orientar a atuação das partes, bem como a fiscalização exercida pelos órgãos de controle.

Não há espaço, nessas contratações, para condutas oportunistas de qualquer das partes. Lealdade e boa-fé são pressupostos para um relacionamento colaborativo, de modo a substituir a desconfiança recíproca por um ambiente real de parceria e cooperação. Tais valores são, assim, premissas *sine qua non* para que essas contratações sejam bem sucedidas.[308]

Consoante visto, não há como o contrato prever, de antemão, todas as situações de conflito ou adversidade que irão impactar a sua execução. Nesse particular, a eficácia dos

---

[307] Fernando Dias Menezes de Almeida descreve a visão de Gaston Jèze acerca da essência do regime especial dos contratos administrativos, destacando o seguinte aspecto: "'o fato de que o contratante torna-se, em maior ou menor medida, um verdadeiro colaborador da administração para o funcionamento do serviço público' tem por consequência que deva ele [o contratante privado] cumprir suas obrigações segundo regras mais estritas: 'o interesse geral do funcionamento regular do serviço público exige uma interpretação mais rigorosa' de suas obrigações (1930a:681-682)." (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo.** São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 145).

[308] "O princípio fundamental que domina a teoria da execução dos contratos da administração é o mesmo que domina o Direito moderno: é o respeito à palavra dada. As partes contratantes são obrigadas a executar suas obrigações respectivas de boa fé, nas condições em que elas foram estipuladas. O princípio essencial não comporta desenvolvimentos especiais. Ele é capital." (JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contracts de l'Administration. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**. Années 1930 a 1936. Paris: Marcel Giard, 1930 (a), p. 680, 1933 - tradução extraída de ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. cit., p. 145.

mecanismos contratuais de ajuste – tais como a matriz de riscos e as revisões ordinárias, por exemplo – pressupõe o alinhamento de entendimentos a respeito do seu alcance e operacionalização.

Constatada a insuficiência do contrato para lidar com essas situações, a observância de valores jurídicos consagrados na teoria dos contratos e nos princípios da Administração Pública, como a vedação ao comportamento contraditório, a transparência e a boa-fé contratual, revela-se fundamental para remediá-las e permitir o sucesso do ajuste.

4. O papel dos órgãos de controle e da advocacia pública

Buscou-se demonstrar que o contrato passou a incorporar decisões estratégicas de políticas públicas, diretamente relacionadas a programas de governo conduzidos pelo mandatário eleito. Como consequência inexorável, os órgãos de controle assumiram protagonismo em sua função de fiscalizar e influenciar as escolhas do Poder Executivo. Sua atuação adquiriu, em alguns aspectos, contornos de instância revisora das decisões governamentais, não mais se restringindo à verificação de índices exigidos no edital de licitação ou da consistência dos estudos de *Value for Money*.

Consoante visto nos capítulos precedentes, a modelagem de projetos envolve decisões fundamentais de políticas públicas, desde a eleição do investimento, passando pela forma de execução do projeto até a seleção da parcela da população a ser beneficiada pela implantação da infraestrutura.

Nesse contexto, na atividade de fiscalização dos órgãos de controle, defende-se a prevalência, *prima facie*, das decisões administrativas intimamente relacionadas a escolhas de política pública – como a escolha de um modal de transporte, por exemplo –, por envolverem questões eminentemente técnicas e relacionadas a um projeto político sufragado nas urnas. Parece possível invocar, assim, uma *reserva da Administração* na matéria.

Sob esse viés, o órgão de controle não pode se substituir ao administrador público, assumindo uma determinada opção que considere mais adequada em relação àquela adotada na política pública setorial.[309]

[309] Gustavo Binenbojm traça *standards* para o controle judicial de atos administrativos, os quais podem, *mutatis mutandis*, proporcionar reflexões relevantes na análise ora empreendida:
"(...)

Na avaliação de projetos governamentais, o controle da opção administrativa deve ser feito sob o prisma do processo administrativo, por meio do qual são avaliadas a finalidade do ato e a sua motivação, de modo a demonstrar a *razoabilidade* da solução adotada. O controle sob o viés do processo implica submissão das decisões administrativas a um crivo de razoabilidade e motivação, com ênfase na análise, pelo controlador, da *congruência* da decisão adotada.

Por essa lógica de deferência, decisões teratológicas podem – e devem – ser revistas pelos órgãos de controle, mas opções devidamente justificadas, inseridas num espectro razoável de possibilidades, devem ser mantidas.

Dessa forma, a justificativa da decisão tomada, bem como o seu *iter* procedimental – realização de estudos consistentes, diálogo com os interessados, análise de impactos fiscais, etc –, são fundamentais para comprovar a racionalidade do projeto e a sua adequação à política pública que se visa adotar.

Para o adequado cumprimento desse rito, os órgãos de advocacia pública assumem papel de relevo na modelagem e no acompanhamento de projetos.

O advogado público torna-se mais um ator no processo de formulação e execução de uma política pública por meio da celebração de contratos, fornecendo elementos para a formatação jurídica mais adequada de um projeto, bem como redigindo, lado a lado com gestores públicos, minutas de edital e contrato. Nota-se, assim, uma alteração na sua forma de atuação, afastando-se de um modelo rígido de controle, apartado dos gestores e da tomada de decisão administrativa, para um assessoramento jurídico efetivo, marcado pela integração e especialização.

II) quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *especialização funcional* e *eficiência* na organização e funcionamento dos órgãos de Estado.
III) quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática* e *responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.
IV) quanto maior o grau de efetiva *participação social* (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este *standard* é aplicável também aos atos legislativos, conforme o grau de consenso democrático obtido para sua aprovação (emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória). Em relação aos atos administrativos, aponta-se no sentido da valorização da participação em processos de consulta ou audiência pública, dentre outros que possam demonstrar uma ampla consensualidade em torno da medida. Este parâmetro privilegia o valor *legitimidade democrática*, em seus diferentes graus, na organização e funcionamento dos órgãos de Estado. (...)" (grifos no original). (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 254).

5. Diálogo, aprendizado e articulação: o papel das instituições

O processo de aprendizado das instituições passa pela sua capacidade de armazenar o conhecimento produzido, de modo a permitir a transmissão da expertise aos futuros governos e o aprimoramento da modelagem dos projetos.

Com efeito, a existência de um sistema bem estruturado de acompanhamento dos contratos em execução permite a troca de experiências entre os setores responsáveis pela concepção do projeto e aqueles encarregados da sua execução. Dessa forma, o resgate do histórico de determinadas decisões na fase de modelagem pode se revelar fundamental na solução de problemas futuros no momento de implementação do ajuste. Somente assim será possível conservar a memória dos mecanismos que obtiveram êxito, rever instrumentos que não se revelaram adequados e acumular *expertise* para os projetos futuros.

Não basta, apenas, a formalização de um fluxo procedimental para o desenvolvimento de projetos, envolvendo os diversos órgãos e entidades que nele atuam (como, por exemplo, o órgão de advocacia pública, a unidade de acompanhamento de PPPs e a Pasta Tutelar relacionada ao projeto). Deve ser concebido um repositório fidedigno de documentos, estudos e pareceres, de modo a perpetuar o conhecimento para os futuros gestores.[310]

Além disso, ainda que tais atividades demandem, na maior parte dos casos, o envolvimento de pessoas ligadas diretamente ao governante eleito (como Secretários de Estado ou assessores comissionados) – o que se afigura de todo compreensível, considerando se tratar da implementação de uma política de governo –, parece fazer sentido incorporar às equipes de modelagem e acompanhamento contratual servidores de carreira, que permanecerão na Administração Pública ao longo da sua execução. Essa diretriz confere perenidade às políticas públicas traçadas pelo governo, bem como traz segurança jurídica e confiança para os futuros investidores.

Por outro lado, determinadas instituições devem assumir o papel de *locus* de discussão dos problemas de modelagem e/ou execução do contrato, com a função de

[310] No Estado de São Paulo, há a Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPP (CAC-PPP), instituída pelo Decreto Estadual n. 52.152/2007 cuja atribuição é monitorar a execução dos contratos de PPP celebrados pelo Estado, mormente no tocante ao cumprimento das etapas de investimento e ao seu equilíbrio econômico-financeiro. A CAC-PPP é uma comissão de caráter permanente e multidisciplinar.

capitanear o processo e articular entendimentos entre os diversos atores envolvidos (como a Pasta Tutelar, o contratado e os órgãos de controle).[311]

Tais aprimoramentos conferem estabilidade, especialização e confiança às instituições envolvidas na implementação de políticas públicas por meio da celebração de contratos de longo prazo.

[311] Esse foi o papel atribuído à Secretaria de Governo no Estado de São Paulo, organizada pelo Decreto Estadual n. 61.036, de 01 de janeiro de 2015.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 21, p. 57-82, jan-mar 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

AUBY, Jean-Bernard. L'influence du Droit Européen sur les categories du droit public. Paris: Dalloz, 2010.

AUBY, Jean-Bernard; ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. **Droit Administratif Européen**. Paris: Bruylant, 2007.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **O investimento em infraestrutura no Brasil** – Parcerias Público-Privadas e Operações Urbanas Consorciadas. Série: Ciclo de Debates – Alianças Público-Privadas para o Desenvolvimento. Brasília: BID, 2015.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Riv. Trim. Dir. Pubbl.,** vol. 118, 1952.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Políticas públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133, p. 95, jan./mar. 1997.

CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse/PMIs. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (Org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CASSESE, Sabino. A arena pública: Novos paradigmas para o Estado. In _____. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

_____. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways. In: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dalloz, 2013.

CE 30 mars 1916, Compagnie generale d'éclairage de Bordeaux. In: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dalloz, 2013.

CEMIG pode ir à Justiça contra a União. **Valor Econômico**, 23.01.2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3404316/cemig-pode-ir-justica-contra-uniao>. Acesso em 24.09.2014.

CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship between institutions and economic development – some key theoretical issues.** Discussion Paper n. 2006/05, UNU-WIDER, 2006.

CHANG, Ha-Joon; EVANS, Peter. The Role of Institutions in Economic Change. In: PAULA, Silvana de; DYMSKI, Gary A. (orgs.). **Reimagining Growth:** Towards a Renewal of Development Theory. Londres: Zed Books, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-Moderne**. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

CHITI, Edoardo. **La dimensione funzionale del procedimento**. Disponível em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/procedimento-Chiti.pdf> . Acesso em 27.06.2016.

CONSEIL D'ÉTAT. **Rapport public 2008 – Le contrat, mode d'action publique et de production de normes**. Paris: La documentation française, 2008.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario. Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). **Direito:** Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

COUTINHO, Diogo R.; TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a New Law and Development – new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **The World Bank Legal Review. Legal Innovation and Empowerment for Development**, 4: 281-314, 2013.

CRETELLA JR., José. **Tratado de Direito Administrativo** – (Contratos administrativos). Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. III.

DAVIES, A. C. L. **The Public Law of Government Contracts.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

DELMON, Jeffrey. **Private Sector Investment in Infrastructure – Project Finance, PPP projects and Risk.** Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

DELVOLVÉ, Pierre. Un droit des contrats sans summa division serait-il possible? In: DEUMIER, Pascale; BONNET, Baptiste. **De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?** Paris: Dalloz, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel – Théorie Générale de l'État – Organisation politique.** Paris: Fontemoing, 1907, p. 68 Disponível em: <https://ia902605.us.archive.org/7/items/manueldedroitco00dugugoog/manueldedroitco00dugugoog.pdf> . Acesso em 01.12.2016.

EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif** – Tome I. Paris: L.G.D.J., 2014.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 56, p. 54-55, 1959.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003.

EVANS, Peter. The State as Problem and Solution: Predation, Embedded Autonomy, and Structural Change. In: HAGGARDM Stephan; KAUFMAN, Robert R. (orgs.). **The Politics of Economic Adjustment:** International Constraints, Distributive Conflicts and the State. Princeton University Press, 1992.

FREEMAN, Jody. **The Contracting State**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248860> . Acesso em 30.06.2016.

_____. The Contracting State. **Florida State University Law Review**, vol. 58:155, p. 159, 2000.

FROMONT, Michel. "L'évolution du droit des contrats de l'Administration – Différences théoriques et convergences de fait". In: NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Ulrich. **Droit Comparé des Contrats Publics**. Bruxelas: Bruylant, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo – Tomo I**. Madrid: Civitas, 1977.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos (casos e polêmicas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat.** Paris: Presses de Sciences Po, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: _____; _____ (ed.). **Capacidades estatais e democracia:** arranjos institucionais de políticas públicas. Brasília: Ipea, 2014.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – Parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 3 – El acto administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions** – doing it right. Washington: WBI Development Studies, 2004.

GUYOMAR, Mattias; SEILLER, Bertrand. **Contentieux Administratif**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional -** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil> . Acesso em 18.12.2016.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Amministrazione Pubblica e Diritto Privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contracts de l'Administration. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**. Années 1930 a 1936. Paris: Marcel Giard, 1930 (a), p. 680, 1933 - tradução extraída de ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

KELMAN, Jerson. Enfrentando a crise hídrica. **Jornal Estado de São Paulo**. Opinião. 20.01.2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,enfrentando-a-crise-hidrica,10000011700> . Acesso em 21.10.2016.

_____. Enfrentando a crise hídrica. **Jornal Estado de São Paulo**, Opinião. 20.01.2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,enfrentando-a-crise-hidrica,10000011700> . Acesso em 21.10.2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos relacionais no Direito Brasileiro.** (1997). Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>, p. 5. Acesso em 01.12.2016.

_____. **Contratos relacionais no Direito Brasileiro**. In LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>. Acesso em 01.12.2016.

MACNEIL, Ian R. Contracts: Adjustement of Long-Term Economics Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law. **Northwestern Law Review**, 72/854-905, 1977-1978.

MANUAL DE CONTABILIDADE REGULATÓRIA E PLANO DE CONTAS REGULATÓRIO A SEREM UTILIZADOS PELAS EMPRESAS DO SETOR DE SANEAMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO REGULADAS PELA ARSESP. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT_0001-2013.pdf >. Acesso em 01.12.2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo.** Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

_____. A superação do ato administrativo autista. In: SCHIRATO, Vitor R.; MEDAUAR, Odete. (coord.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

_____. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício do poder estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodium, 2008.

MASTROBUONO, Cristina M. W. MIP/PMI – A Parceria na relação Público-Privada. In: SENNES, Ricardo et al. **Novos Rumos para a infraestrutura**: eficiência, inovação e desenvolvimento. São Paulo: Lex, 2014.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

METAS do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB. Disponível em <https://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/plansab/89-secretaria-nacional-de-saneamento/3297-6-metas-de-curto-medio-e-longo-prazos> . Acesso em 18.12.2016.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 13. ed. Paris: L.G.D.J, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por contratos**. PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>. Acesso em 20.09.2016.

_____. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 61-74, set.2012/fev. 2013.
_____. O contrato como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Contratação Pública – IV.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 2, abr./jun. 2011.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A causa do contrato administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUELLOU, Rozen. "Les catégories du droit des contrats administratifs". In: AUBY, Jean-Bernard. **L'influence du droit européen sur les categories du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2010.

NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **Lecture to the memory of Alfred Nobel**, Sweden, December 9, 1993.

_____. The New Institutional Economics and the Third World Development. In: HARISS, John; HUNTER, Janet; LEWIS, Colin M. (orgs.)**. The New Institutional Economics and the Third World Development**. London, New York: Routledge, 1995.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Opinião. “A urgência do saneamento”. 15 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-urgencia-do-saneamento,10000016305> . Acesso em 18.12.2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2012). **Public Governance of Public-Private Partnerships**. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>. Acesso em 20.09.2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e políticas públicas – O debate atual. In: ALMEIDA, Fernando M.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Direito Público em evolução** – Estudos em homenagem a Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.0790/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Confiança Legítima no relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada. In: _____; CORRÊA, André Rodrigues. **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexes sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal n. 8.987/95 In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. (org.). **Parcerias Público-Privadas** – Experiências, Desafios e Propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs** – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Proibição de indenização por investimentos não amortizados**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/slideshow/embed_code/34799177?hostedIn=slideshare&referer=http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 15.06.2014.

SABESP. **A evolução do Planasa em São Paulo no ano de 1975**. Disponível em: <http://revistadae.com.br/artigos/artigo_edicao_104_n_352.pdf> . Acesso em 24.10.2016.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, 138, ano 12, 2013, Belo Horizonte, p. 51-69.

_____. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 51-69, jun. 2013.

_____. A Noção de Serviço Público nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 20, p. 219, 2007.

_____. A participação de particulares na fase interna dos processos licitatórios**. Boletim de Licitações e Contratos,** p. 222-223, março.2014.

_____. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas** – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública. Contratos Administrativos e Contratos da Administração - Pertinência da Diferenciação. **Revista de Contratos Públicos**, v. 02, p. 177-188, 2013.

_____. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário:** concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. Capítulo 2.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. Parecer n. 06/2007. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial), p. 481, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Indenização de investimentos não amortizados. In: _____. **Pareceres** – Vol. II – Direito Administrativo Contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

VINCENT-JONES, Peter. The New Public Contracting: Public versus Private Ordering. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 14#2, p. 259, 2007.