



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DIREITO PÚBLICO E INFRAESTRUTURA

Jacinto Arruda Câmara

INTRODUÇÃO

A relação entre direito público e infraestrutura¹ é funcional. O direito público serve de ferramenta para propiciar que o Estado consiga efetivar seu objetivo de construir e manter infraestruturas. O presente verbete pretende expor os principais instrumentos jurídicos de direito público que são utilizados no Brasil para viabilizar a consecução de projetos de infraestrutura.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Instrumentos de Direito Público para viabilizar projetos de infraestrutura.....	3
2. Estruturação de infraestrutura a partir de contratações comuns	5
2.1. Investimento público.....	5
2.2. Projeto básico	6
2.3. Riscos do projeto assumidos pelo Poder Público.....	7
2.4. Modelos de contratação.....	9
2.5. Critério de julgamento da licitação	11
3. A infraestrutura no regime diferenciado de contratações.....	12
4. Construção e manutenção de infraestrutura no modelo geral das concessões	17
5. Infraestrutura no modelo de Parceria Público-Privada.....	23
6. Infraestrutura derivada da colaboração entre entes estatais.....	27
Referências	28

¹ A expressão será empregada no sentido proposto por Egon Bockmann Moreira, isto é, “como a base física sobre a qual os diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si”, como, “enfim, o suporte indispensável à fluidez dos demais setores econômicos” (A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas. *Parcerias público-privadas*, p. 118).

1. INSTRUMENTOS DE DIREITO PÚBLICO PARA VIABILIZAR PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

O Direito Público brasileiro dispõe atualmente de amplo leque de modelos para implantar projetos de infraestrutura (rodoviária, ferroviária, portuária, aeroportuária, sanitária etc.). A depender das circunstâncias de cada caso concreto – por exemplo, do prazo disponível para realização da obra e fruição de suas benfeitorias, da disponibilidade orçamentária, da intenção de assumir diretamente ou não a prestação do serviço – as opções legislativas serão mais ou menos adequadas aos objetivos perseguidos.

Mesmo diante de circunstâncias relativamente parecidas, há considerável espaço para que, de maneira absolutamente legítima, variem as soluções contratuais a adotar. Seguir um modelo ou outro, portanto, na maior parte das vezes, reflete uma opção discricionária do Poder Público.

Existem exemplos de projetos para construção de novas linhas de metrô que conjugam dois modelos distintos de estruturação de projetos. Foi o que ocorreu, por exemplo, na implantação da Linha 4 – Amarela, do Metrô de São Paulo. Para a construção da obra foi adotado o modelo convencional de contrato, a empreitada. O fornecimento de equipamentos e a prestação de parte dos serviços, contudo, foi objeto de outra contratação, com base na Lei de Parcerias Público-Privadas – Lei de PPP (Lei 11.079/2004). Embora tenha se optado por cindir o objeto da contratação no caso concreto, nada, do ponto de vista jurídico, impedia a adoção de um único modelo contratual para atingir os mesmos objetivos (construção, fornecimento de equipamentos e operação). A mesma entidade contratante, noutra oportunidade, realizou uma única contratação para viabilizar a implantação e operação de nova linha (a Linha 6 – Laranja).

Também foi observada variação de modelos contratuais pelos Estados que contrataram a construção de Arenas (estádios de futebol) para abrigar os jogos das copas das confederações e do mundo, organizadas pela FIFA. Houve Arena reformada por meio de contrato de empreitada e que, somente após a conclusão da obra, teve sua operação delegada a particulares (caso do Estádio do Maracanã). Outra, de porte semelhante (Mineirão), reuniu num só contrato de PPP a reforma e a operação do equipamento por prazo certo.

A adoção de soluções diferentes para situações-problema semelhantes reflete a

dificuldade em se apontar qual o modelo “correto” ou o “mais adequado” em cada caso. As opções são escolhidas em função de variáveis de diversos matizes. Optar por um modelo e não por outro, na maior parte das vezes, não depende de discussão jurídica (no sentido dogmático, de escolha baseada na *validade* da decisão tomada). A escolha decorre de avaliação de política pública e de técnica gerencial.

Contudo, ao escolher certo modelo, a Administração passa a se sujeitar às condições legalmente previstas para sua implementação. Tais regras vinculam e influenciam desde a forma de contratação de projetos, elaboração e divulgação de editais, até o nível de comprometimento orçamentário que o Poder Público terá com o empreendimento.

É fundamental, para orientar uma boa escolha, bem como para zelar pela legítima execução dos projetos, ter uma nítida perspectiva dessas regras de caráter geral.

O objetivo do presente verbete, como já salientado na introdução, é apresentar, de maneira comparativa, os principais modelos de estruturação jurídica que o Direito Público brasileiro dispõe para estruturar projetos de infraestrutura.

A análise pretende sublinhar as diferenças de regime jurídico que podem ser vistas como relevantes para informar a opção mais adequada diante das características de cada projeto. Não haverá, contudo, qualquer tentativa de indicação prévia de algum modelo que se sobreponha aos demais ou que seja, de antemão, contraindicado. Essa avaliação, como já salientado, depende tanto ou mais de análises de caráter gerencial, político, econômico e financeiro do que propriamente de características de regime jurídico.²

São cinco modelos jurídicos que podem, de maneira geral, ser empregados para implantar um projeto de infraestrutura. Há o regime mais convencional, regido atualmente pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas (Lei 8.666/1993), que disciplina diversos tipos de contratos firmados pela Administração Pública (dos de empreitada de obra pública aos de fornecimento de bens e de prestação de serviços). Mais recentemente esse modelo geral de contratação sofreu inovações, por intermédio do chamado Regime Diferenciado de Contratações – RDC, instituído pela Lei 12.462/2011. Um terceiro sistema jurídico, de grande relevância para projetos de infraestrutura, é o das

² Para uma abordagem mais ampla a respeito desse tipo de avaliação, que alia aspectos jurídicos e econômico-financeiros, de caráter estratégico, v. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – melhores práticas em licitação e contratos*.

concessões de serviço (precedidas ou não de construção de obra pública). O modelo é disciplinado pela Lei 8.987/1995, a primeira lei de caráter geral e nacional que tratou de contratos de concessão no País. Outro modelo contratual a ser apresentado é o que dispõe dos contratos de Parceria Público-Privado (disciplinados pela Lei 11.079/2004). São espécies de concessões (a administrativa e a patrocinada) que, somadas às concessões comuns (da Lei 8.987/1995), completam um quadro de opções de implementação de infraestrutura pública por meio de contratos que viabilizam a exploração econômica do empreendimento pelo particular. Por fim, há um modelo de parcerias entre entes estatais (envolvendo a colaboração entre entes estatais de regime público, como autarquias, e também de regime privado, como empresas estatais). Esse modelo de viabilização de projetos de infraestrutura é objeto da Lei 11.107/2005, que disciplina os consórcios públicos e os contratos de programa.

Apenas a título de registro, é importante ressaltar que, além desses regimes gerais, acima indicados, existem modelos específicos, ausentes do presente verbete. São mecanismos de formatação jurídica especificamente concebidos para certos segmentos econômicos, que foram objeto de leis específicas. Nesses casos, os projetos de infraestrutura são concebidos e implantados com base em lógica contratual própria e autônoma. É o que acontece, por exemplo, com os setores de telecomunicações, com regime contratual disciplinado pela Lei 9.472/1997, e de portos, com contratos regidos pela Lei 12.815/2013.

2. ESTRUTURAÇÃO DE INFRAESTRUTURA A PARTIR DE CONTRATAÇÕES COMUNS

A maneira mais usual de viabilizar projetos de infraestrutura é por meio da celebração de contratos administrativos comuns, regidos pela Lei 8.666/1993.

Por esta via o Poder Público assume o protagonismo da viabilização do projeto, transferindo para a contratada basicamente a incumbência de executar as suas decisões. As características do regime jurídico desse tipo de contratação refletem de maneira clara o papel fundamental do Poder Público no desenvolvimento dos projetos.

Seguem tópicos relevantes desse regime jurídico.

2.1. Investimento público

A Lei 8.666/1993 não permite que a contratada assumira o ônus de conseguir um financiamento para a obra a ser executada (art. 7º, § 3º).³ Assim, desde a abertura da licitação, é posta como requisito de validade de todo o procedimento, a indicação da dotação orçamentária que suportará a remuneração da pessoa contratada (art. 7º, § 2º, III).⁴ Além disso, a lei determina um modo de pagamento para esse modelo de contratação. Ela deve ocorrer, paulatinamente, na medida em que a obra vem sendo executada (art. 40, XIV, “a”).⁵

Assim, o Poder Público só poderá implantar um projeto de infraestrutura com base na Lei 8.666/1993 quando seu orçamento comportar os ônus correspondentes. Mas não é só. O modelo pressupõe que o pagamento seja feito simultaneamente à execução da obra. A cada medição, a Administração deve pagar o correspondente ao que foi executado. Havendo atraso superior a 90 dias no pagamento, aliás, a lei autoriza a suspensão da execução do contrato por parte da contratada (ou a rescisão do contrato, caso seja de seu interesse).⁶

Requisito indispensável para a adoção desse modelo contratual, portanto, é a disponibilidade de recursos orçamentários para destinar à consecução da obra. Eventual financiamento haverá de ser tomado pela Administração contratante e não pela empresa contratada.

2.2. Projeto básico

³ “É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.”

⁴ “Art. 7º (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;”

⁵ “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: (...) XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela”.

⁶ É o que dispõe o art. 78, XV, da Lei 8.666/1993. Confira-se: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

A adoção do modelo de contratos regidos pela Lei 8.666/1993 também exige que a Administração apresente, juntamente com o edital, as características mais relevantes do projeto a ser executado pela empresa contratada.

Para tanto, a lei define, como requisito da licitação, a divulgação de, pelo menos, o projeto básico a ser executado (art. 7º, § 2º, I).⁷ Não é possível, por esse meio de contratação, transferir para a contratada o ônus de elaborar esse projeto, de modo a que este assuma, por consequência, a responsabilidade pelas soluções técnicas para melhor atingimento das finalidades públicas.

Mesmo quando a Administração não dispõe de equipe técnica apta a desenvolver diretamente referido projeto, há o dever de, indiretamente, obtê-lo para, depois, lançar a licitação destinada à execução da obra.⁸ Diante de projetos mais sofisticados, é bastante provável que a elaboração do projeto básico seja também contratada com terceiros.

Porém, a Lei 8.666/1993, apesar de aceitar que as duas atividades sejam desempenhadas por terceiros, não concebe que uma mesma pessoa seja responsável por ambas. Houve, por assim dizer, uma divisão de “mercados”. Pessoas que participem da elaboração do projeto básico não poderão ser contratadas para executar a obra. Poderão, no máximo, ser contratadas como consultores ou técnicos a serviço da Administração. Porém, a lei veda peremptoriamente a participação dos autores do projeto básico na licitação e no contrato para a respectiva obra (art. 9º, I e II, § 1º).⁹

2.3. Riscos do projeto assumidos pelo Poder Público

⁷ “Art. 7º (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”.

⁸ A contratação de projetos básicos está expressamente referida como hipótese de contratação de serviços técnicos profissionais especializados pela Administração Pública (art. 13, I, da Lei 8.666/1993).

⁹ “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; (...).§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada”.

Ao assumir a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, a Administração contratante acaba por assumir, como consequência necessária, os riscos decorrentes do projeto. Mas que tipo de riscos seriam esses?

Dizem respeito à assunção dos ônus inerentes às adaptações que o projeto tenha de sofrer em função de suas inconsistências. Transformou-se numa triste rotina dos projetos de infraestrutura do País, a constatação de imprecisões no projeto básico. A empresa contratada, ao elaborar o projeto executivo, percebe a impropriedade das definições oriundas do projeto básico e que se reproduziram no contrato.¹⁰ Constatada a necessidade de alteração do projeto, e não sendo a contratada responsável por sua elaboração, não resta alternativa a não ser modificar o contrato e, por consequência, recompor seu equilíbrio econômico-financeiro.

Órgãos de controle têm apontado as falhas na elaboração dos projetos básicos como uma das causas de perdas do Poder Público. Além de fraudes em “jogos de planilha” ou conluíus com administradores, a fiscalização aponta que, ao aditar em demasia os contratos, a Administração acaba por abrir mão da vantagem obtida na licitação. O projeto básico define o objeto da disputa, estabelecendo as especificações técnicas e as quantidades daquilo a ser contratado. Porém, mostrando-se inadequado para atender às demandas concretas, e sendo alterado em parte relevante, o objeto do contrato passa a ser definido em processo de negociação entre as partes. O rigor detalhista da licitação conduzida a partir de projeto básico se perde em virtude de inconsistências constatadas no momento de implementá-lo.

A disputa na licitação, do ponto de vista formal, se dá em termos bem objetivos,

¹⁰ Marçal Justen Filho reconhece a dificuldade de elaboração de projetos básicos pela Administração, mas alerta que esta deficiência não pode ser juridicamente reconhecida como fundamento para a adoção de outros modelos contratuais (notadamente a contratação integrada): “É fundamental destacar que não cabe adotar a contratação integrada simplesmente em virtude da constatação da incapacidade administrativa de promover contratação mais adequada e satisfatória. A advertência é relevante especificamente porque um dos problemas mais sérios enfrentados pela Administração Pública é a elaboração de projetos básicos. Tem sido usual a constatação de que a Administração Pública não logra produzir o projeto básico, o que se constitui em impedimento à instauração da fase externa da licitação. Em outros casos, existe um documento com a denominação de projeto básico, mas cujo conteúdo é imprestável e não satisfatório. Considerando que a contratação integrada não exige a existência de projeto básico, poderia imaginar-se que a solução mais rápida para contornar a exigência seria optar por essa modalidade de contratação. Então, a Administração passaria a promover apenas a contratação integrada, ainda quando não estivessem presentes os pressupostos correspondentes. Essa solução é antijurídica e descabida, e o problema não é de natureza formal. Trata-se de preservar a economicidade das contratações administrativas” (*Comentários ao RDC*, pp. 189-190).

pois o projeto básico teria definido os elementos suficientes para elaboração de uma proposta detalhada. Todavia, quando o projeto se mostra de má qualidade, a disputa acaba, em certa medida, sendo artificial. Os interessados disputam objetivamente itens e quantidades que, de antemão, já se sabe que não serão executados.

2.4. Modelos de contratação

A Lei 8.999/1993, ao disciplinar a execução indireta de obras pela Administração (ou seja, aquela por meio da qual a Administração contrata terceiro para executar a obra), indica quatro diferentes modelos: a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário, a tarefa e a empreitada integral (art. 6º, VIII).¹¹

Desses regimes contratuais, a tarefa não se mostra adequada para contratações de grandes obras, como aquelas necessárias à realização de projetos de infraestrutura. Deveras, por definição, esse regime se destina a “pequenos trabalhos”.

O regime de empreitada, seja por preço unitário, seja por preço global, é adotado com maior habitualidade nas contratações brasileiras. Em ambos os casos a Administração contrata com terceiro a execução completa da obra. O que varia, fundamentalmente, é a forma de remuneração. É o que esclarece Marçal Justen Filho:

“Na empreitada por preço global, existe um preço global pela obra ou serviço. O licitante obriga-se a executar a obra ou serviço, mediante remuneração calculada como um valor determinado.

Já na empreitada por preço unitário, o empreiteiro é contratado para executar o objeto, sendo o preço fixado por preço certo por unidades determinadas. Portanto, a remuneração do particular é obtida pelo somatório dos diferentes itens contemplados numa estimativa de execução.”¹²

¹¹ “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) (VETADO) d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada”.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993*, p. 157.

O Tribunal de Contas da União tem lançado orientações aos gestores, no sentido de adotar cada regime em função das características do objeto contratado. Em projetos em que parem incertezas latentes, como os que envolvam reforma ou grandes volumes de serviços de terraplanagem, o recomendável seria uma empreitada por preço unitário. A empreitada por preço global demandaria a contratação de objetos com alto grau de certeza quanto à sua dimensão.¹³

A empreitada integral é uma espécie de contratação reservada a projetos mais sofisticados.¹⁴ Nesse modelo a contratada assume o compromisso de atender a todas as

¹³ Confira-se: “De fato, existem certos tipos de obras e sistemas construtivos que, por suas características, não possibilitam uma quantificação absolutamente acurada dos exatos volumes a executar. Há uma imprecisão nata nesses afazeres. São os casos, por exemplo, da execução de grandes volumes de terraplanagem. Quando se compacta um material, o volume in natura é reduzido; e cada solo, em razão de suas características geotécnicas, possui um comportamento diferenciado para essa retração. Tal medida pode ser traduzida por um índice, chamado ‘fator de contração’ ou ‘fator de homogeneização’. Quanto maior esse índice, mais escavações devem ser feitas para viabilizar a construção dos respectivos aterros. O valor da obra, portanto, é altamente impactado em decorrência dessa particularidade.

Em uma jazida de solos é comum existirem vários extratos de material com ‘fatores de contração’ distintos. Quer dizer que, não obstante a realização prévia de ensaios geotécnicos, é inviável oferecer uma acurácia absoluta no projeto. Até porque existe, também, um fator perdas nas operações de transporte (dos cortes para os aterros). Essas perdas, claro, também são relevantemente imprecisas. Sem contar a existência de uma capa orgânica nos cortes (de espessura irregular) imprestável para servir de suporte nos aterros. Quanto maior essa capa, mais escavações serão necessárias. Outra camada superficial no leito dos aterros (mais uma vez de medida indeterminada, a priori) também deve ser retirada, o que ocasionará mais ou menos volumes de material aterrado para atender as cotas de projeto.

Natural concluir que, não obstante os cuidados no projeto básico para adequadamente quantificar os volumes de terraplanagem, sempre haverá uma boa margem de indeterminação.

Idêntica afirmativa pode ser imposta em contratos de reforma de edificação (como é o presente caso). Não há como prever o exato estado das tubulações no interior dos pisos e paredes, sem antes demoli-las. Em restaurações de prédios históricos, igualmente tortuoso identificar, com antecedência, a perfeita quantidade de pisos, portas, esquadrias e janelas a serem totalmente substituídos e quais serão recuperados. Obras urbanas, que intuem interferências diversas, possuirão mesma peculiaridade. Alguns tipos de fundações, principalmente as cravadas, também. Recuperações estruturais e manutenção rodoviária são outro exemplo. Existe uma gama de outras situações.

Caso utilizada uma empreitada por preço global nesses tipos de objetos, as medições serão realizadas por etapas; não por quantitativos medidos. Resultado: os construtores irão alocar uma parcela muito alta de risco para adimplir, com segurança, o objeto licitado. Na verdade, essa segurança não existirá, porque o imponderável é muito alto. A melhor proposta para a administração mais se voltará para a aleatoriedade que propriamente a uma boa oferta licitatória.

Por esse motivo, nesses empreendimentos eivados de imprecisão congênita, é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição. Nisso, concordo inteiramente com as conclusões tomadas pela unidade instrutiva.” (Acórdão 1.978/2013, rel. Min. Valmir Campelo, julgado em 31.07.2013).

¹⁴ Marçal Justen Filho consideraria ilegal a celebração de contrato de empreitada integral que não demandasse certas características, que impusessem algum nível de complexidade ao objeto a ser executado: “não se admite um contrato de empreitada integral para um edifício residencial, porque o objeto a ser executado se exaure na construção da infraestrutura. Não existe uma atividade a ser desempenhada a partir do edifício residencial” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993*, p. 165).

etapas de construção da obra, fornecimento e instalação de equipamentos, que permitam a utilização da infraestrutura contratada, desde a entrega do objeto do contrato. É também conhecido pela denominação em inglês *turn key*, que remete à ideia de contrato por meio do qual a entrega do empreendimento pronto, apto a “ligar na chave”. Seria o caso, por exemplo, da contratação da construção de uma estação de tratamento de esgoto, a ser entregue em pleno funcionamento.

2.5. Critério de julgamento da licitação

Os projetos de infraestrutura contratados com base na Lei 8.666/1993 são escolhidos, quase que exclusivamente, em julgamento baseado no preço. Salvo hipótese excepcional, as obras e serviços de engenharia (base dos projetos de infraestrutura) devem ser licitados com base no menor preço.¹⁵

Não há, portanto, como balizar a escolha da contratada com base na comparação do desempenho de potenciais fornecedores (comparação entre propostas técnicas) ou mesmo entre o currículo das pessoas aptas a contratar (comparação entre acervos técnicos ou corpo profissional das licitantes). O que a lei faculta, nesse modelo, é a fixação de condições objetivas, como requisitos de habilitação.

Atributos de ordem econômico-financeira ou de capacidade técnica, prazos de execução, fórmulas de pagamento, só podem ser lançados no processo licitatório como requisitos da contratação. Os interessados atenderão ou não às condições postas como necessárias ao atendimento do interesse público.

Quem atender tais exigências poderá participar da disputa. Quem não atender, estará excluído. O modelo licitatório, contudo, não variará. A escolha recairá sobre aquele

¹⁵ A exceção vem disposta, com rigor, no § 3º do art. 46, da Lei 8.666/1993. Confira-se: “§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.”. Nessas restritas situações a contratação de obra poderia ser decidida em licitação por meio dos critérios de “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

que, atendendo às condições previstas no edital, ofereça a proposta de menor preço. É inviável, portanto, comparar atributos técnicos da proposta ou do proponente. A contratação por meio do regime da Lei 8.666/1993 impõe um modelo fechado de escolha. Nesse modelo, como já afirmado, a definição do que será executado passa, necessariamente, pela definição centralizada do modelo de projeto por parte da Administração contratante.

3. A INFRAESTRUTURA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

O chamado Regime Diferenciado de Contratações – RDC, aprovado pela Lei 12.462/2011, foi concebido inicialmente como instrumento para viabilizar a construção de obras vinculadas à realização de eventos de repercussão mundial, sediados no Brasil. A Copa das Confederações e a Copa do Mundo, organizadas pela FIFA, em 2013 e 2014, bem como as Olimpíadas e Paraolimpíadas, em 2016. As obras envolvidas nesses eventos e aquelas concernentes à infraestrutura aeroportuária em raio de até 350 km destas cidades poderiam se sujeitar ao novo regime jurídico de contratações (art. 1º, I a III). A medida, porém, logo deixou de ser prerrogativa desses eventos transitórios, passando também a ser aplicável a obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC do Governo Federal (art. 1º, IV, incluído pela Lei 12.688/2012), a obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (art. 1º, § 3º, incluído pela Lei 12.722/2012), a obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 1º, V, incluído pela Lei 12.745/2012) e para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, VI, incluído pela Lei 12.980/2014). Houve, inclusive, proposta de se estender a abrangência do RDC para as contratações em geral.¹⁶

A maior parte das regras desse diploma tem como escopo o procedimento licitatório. Criou-se um modelo alternativo ao tradicional procedimento consolidado na Lei 8.666/1993. Em matéria de contratos, preservou-se muito do regime da legislação geral então vigente.

¹⁶ A medida foi proposta pela senadora Gleisi Hoffmann, no curso do processo de conversão em lei da Medida Provisória 630/2013.

As inovações que afetam projetos de infraestrutura guardam relação direta ou indireta com as mudanças no procedimento licitatório. Embora pontuais, elas são relevantes e podem configurar o ponto central da escolha desse regime em detrimento do tradicional. Elas dizem respeito, preponderantemente, à chamada *contratação integrada*.¹⁷

3.1. O conceito de contratação integrada e a mudança na concepção dos projetos

O RDC admitiu que a Administração transferisse à contratada, além da execução da obra, a elaboração do projeto básico.

Para tanto, a contratação deve atender a pelo menos uma dessas três características: inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9º, I a III). Além disso, a Administração ainda deve justificar técnica e economicamente a escolha do modelo (art. 9º, *caput*).

Na contratação integrada, a Administração define apenas o *anteprojeto de engenharia*, no qual estabelecerá as características gerais da obra a ser executada.¹⁸ A elaboração do projeto básico – e os riscos daí advindos – é transferida para a contratada.

Uma consequência imediata da mudança remete à redução do tempo destinado à contratação da obra de infraestrutura. Não estando incumbida de oferecer o projeto

¹⁷ Além da contratação integrada, as espécies contratuais previstas no RDC apropriadas a projetos de infraestrutura, são aquelas mesmas já previstas na Lei 8.666/1993: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa e empreitada integral (art. 8º, I a IV, da Lei 12.462/2011). A peculiaridade do RDC é a declarada preferência pela adoção da empreitada por preço global, da empreitada integral ou da contratação integrada em detrimento da empreitada por preço unitário (art. 8º, § 1º da Lei 12.462/2011). Sobre o tema, v. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. *O Regime diferenciado de contratações públicas – Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581*, pp. 139-148.

¹⁸ O anteprojeto de engenharia é menos detalhado do que o projeto básico. Essa característica, porém, não pode ser confundida com uma autorização para a Administração licitar objeto indeterminado. Aliás, a própria Lei do RDC estabelece que o “o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório” (art. 5º). Nesse sentido é a advertência de Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer: “em qualquer caso, o que será essencial e imprescindível é que o edital da contratação integrada disponha de um grau de objetividade suficiente para possibilitar: (i) a identificação do objeto licitado; e (ii) a elaboração, a seleção e o controle das propostas. É a estipulação concreta de critérios de seleção das propostas e de definição dos aspectos essenciais da contratação em relação aos fins e resultados a ser atingidos que poderá confirmar a adequação da utilização do regime de contratação integrada” (A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. *O Regime diferenciado de contratações públicas – Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581*, p. 157).

básico, a Administração pode, em tese, lançar a licitação e celebrar o contrato em prazo menor do que o necessário nas contratações tradicionais. Esse efeito imediato, embora pareça insignificante em termos de resultado, acaba sendo muito sedutor para autoridades premidas por questões de prazo: a efêmera disponibilidade orçamentária, o fim de mandato dos governantes, a emergência na eliminação de gargalos em processos produtivos, entre outras tantas contingências.

Porém, além da pragmática velocidade no processo de contratação, o modelo de contratação integrada proporciona uma significativa mudança na filosofia das contratações envolvendo projetos de infraestrutura. Nas contratações tradicionais, como apontado no tópico anterior, a Administração não só define as prioridades a contemplar, mas também assume o papel de fornecer a solução técnica para melhor atender a essa demanda.

Tome-se, por exemplo, a decisão de contratar a construção de uma ponte. A Administração define essa obra como prioritária, incluindo a previsão de gastos no orçamento, e elabora os projetos necessários à licitação no modelo da Lei 8.666/1993, definindo inclusive os detalhes técnicos da futura obra: as características de traçado, o local preciso da construção, a forma de sustentação da obra de arte, o material a ser empregado e seus quantitativos, as características de suas fundações, entre inúmeras outras características técnicas, necessárias à concepção de um projeto de engenharia.

Numa contratação integrada, essas escolhas são cindidas e, parte delas, passa a ser responsabilidade da empresa contratada. A Administração continua responsável pelas decisões mais gerais, vinculadas à definição das políticas públicas. Contudo, questões técnicas, que demandem a escolha da melhor solução para os objetivos traçados pela Administração, passam a ser responsabilidade da empresa contratada para executar a obra.

Essa mudança de concepção do enfrentamento dos desafios de um projeto de infraestrutura está imbrincada com outras características peculiares do modelo introduzido pelo RDC. Serão esses os temas abordados nos próximos itens.

3.2. Transferência dos riscos inerentes ao projeto

A incumbência de elaborar o projeto básico confere à contratada, por óbvio,

maiores responsabilidades. Cabe a ele indicar no detalhe as características técnicas da obra a ser executada. Os detalhes referentes à forma de execução não terão sido previamente indicados pelo contratante, mas sim definidos pela própria contratada.

Nesse cenário, eventuais alterações que tenham de ser feitas em virtude de falhas no projeto básico que a própria contratada definiu, serão de responsabilidade dela. A lei foi expressa ao afastar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato na hipótese de inconsistências do projeto básico. Veja-se:

Lei 12.462/2011

“Art. 9º (...)

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, *desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado*, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”.

A transferência de risco, contudo, não é absoluta. Como se percebe, a ressalva quanto à possibilidade de reequilíbrio do contrato atinge apenas as alterações de projeto decorrentes de erros ou omissões da contratada. O risco é do contratante, portanto, se houver alteração motivada por falhas na elaboração do anteprojeto de engenharia ou ainda se for motivada a pedido da Administração. Eventos alheios à atuação da contratada que caracterizem caso fortuito ou força maior também são riscos assumidos pela Administração.¹⁹

¹⁹ Nessa linha é a observação de Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

“Como se indicou anteriormente, a atribuição de uma maior margem de autonomia para a definição das especificações do objeto contratado às propostas parece refletir o propósito de atribuir os riscos inerentes às opções técnicas e de execução ao futuro particular contratado. No entanto, a contratação integrada não implica a imputação plena e irrestrita dos riscos envolvidos na contratação ao particular. Afinal, é atribuição irrenunciável da Administração caracterizar e definir os aspectos essenciais da contratação.

Sendo assim, o Poder Público detém responsabilidade sobre todos os temas relativos à execução do contrato que venham a ser por ele delineados. Além disso, a Lei 12.462 mantém a responsabilidade da Administração Pública pelo reequilíbrio contratual em face de casos fortuitos ou de força maior (art. 9º, § 4º, I)” (A

A Administração, nesse modelo, se exime do risco que a elaboração de projetos básicos insubsistentes lhe acarretaria. Como visto, esse tem sido um dos motivos recorrentes para a celebração de aditamentos contratuais, com os consequentes reequilíbrios de ordem econômico-financeira. Mesmo contratando com terceiros a elaboração do projeto básico, a Administração acabava assumindo, perante a contratada para executar a obra, o ônus de recompor o valor do contrato alterado. No modelo da Lei 8.666/1993 não se dava, pelo menos de modo automático, a responsabilização do autor do projeto básico, necessariamente pessoa distinta da do executor da obra. Com a concentração das funções de autoria dos projetos e execução da obra no mesmo contrato, esse relevante risco deixa de ser suportado pela Administração.

3.3. Critério de julgamento da licitação

Outra relevante mudança envolvendo os projetos de infraestrutura implementados por meio da contratação integrada diz respeito ao modo de escolha da contratada.

Diferentemente das contratações de obra pública regidas pela Lei 8.666/1993, que praticamente só podem ser licitadas com base no critério de julgamento do menor preço, nas contratações integradas admite-se a contratação baseada em critério técnico. Na sua redação original, a Lei 12.462/2011 determinava, de maneira rígida, a adoção do critério de julgamento baseado na “técnica e preço” (art. 9º, § 2º, III). O dispositivo, porém, foi revogado pela Lei 12.980/2014.

Embora tenha havido a citada revogação, há de reconhecer-se que ainda é perfeitamente aplicável à contratação integrada o critério de julgamento baseado na conjugação de critérios técnicos e de preço.²⁰ Deveras, o RDC admite a aplicação desse tipo de critério para contratações que tenham objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica ou que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 20, § 1º, I e

contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. *O Regime diferenciado de contratações públicas – Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581*, pp. 160-1).

²⁰ A licitação com critério apenas em critério técnico (ou artístico) é reservado pelo RDC a contratações em que a Administração determine um prêmio ou remuneração a ser conferida ao vencedor (art. 21). Não parece ser este um modelo compatível com a execução de obras de infraestrutura.

II). Há, como se vê, perfeita aderência entre essas hipóteses e as características que uma contratação integrada deve, necessariamente, apresentar (art. 9º, I a III). Com a revogação, constata-se apenas que passou a ser possível, também, a contratação baseada no menor preço (art. 19).

A contratação integrada, portanto, admite que a Administração escolha a contratada a partir de critérios técnicos. Além do mínimo necessário a atender aos requisitos de habilitação, atributos da proposta técnica podem ser determinantes para definição do vencedor do certame. A lei apenas define uma ponderação entre o critério técnico e o de preço (podendo, o peso máximo, chegar a 70%).²¹

3.4. Remuneração variável

O RDC apresenta ainda uma peculiaridade de regime jurídico, que pode ser adotada em quaisquer contratações de obras e serviços. Não se trata, pois, de característica exclusiva da contratação integrada. Trata-se da possibilidade de prever uma remuneração variável à contratada (art. 10).²²

O contrato poderá estabelecer diferentes critérios de desempenho e a eles vincular algum nível variável de remuneração, proporcional ao resultado atingido pela contratada. A margem de opções prevista na lei é ampla: “metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega”.

Trata-se de uma tendência, já presente em modelos contratuais de delegação de serviços públicos, e que foi incorporado a contratações de obras e serviços em geral pelo RDC.

4. CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE INFRAESTRUTURA NO MODELO GERAL DAS CONCESSÕES

²¹ É o que determina o § 2º do art. 20. Veja-se: “É permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento)”.

²² Para aprofundar o assunto, v. SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *O Regime diferenciado de contratações públicas – Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581*, pp. 169-192.

Os modelos jurídicos vistos até agora para constituição ou manutenção de infraestrutura pressupõem o pagamento, pelo Poder Público, da infraestrutura executada por terceiro. Mas há outro caminho. No caso de infraestrutura pública que admita exploração econômica, é possível contratar particulares para que estes assumam o ônus do investimento, em troca do direito à exploração econômica dos serviços atrelados àquela infraestrutura.

A transferência do direito de explorar economicamente serviços públicos a particulares, por meio de concessões, constitui uma grande alteração no modo de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada para a viabilização de projetos de infraestrutura.

Com esse sistema, o Estado reconhece que dada atividade é relevante para a sociedade e, por este motivo, exerce sobre ela uma forte intervenção, assumindo o dever de assegurar sua existência (dever de continuidade dos serviços públicos). Não obstante o reconhecimento de seu caráter público, a prestação do serviço é transferida para particulares, que, em contrapartida, recebem o direito de explorá-lo economicamente (mediante a cobrança de tarifas dos usuários).

O tema foi tratado legislativamente, em nível nacional e geral, pela primeira vez por meio da Lei 8.987/1995. É um diploma de abrangência muito grande, aplicável desde a estruturas burocráticas imensas e sofisticadas, como a União e grandes Estados da Federação, como a milhares de Municípios de pequeno porte espalhados pelo País. Serve, também, a serviços com características muito diversas. Com maior ou menor relevância social; afetados a infraestrutura complexa ou desvinculados a elas; fadados à exploração em regime de exclusividade (monopólio) ou passíveis de prestação em regime de competição. São múltiplas as variáveis entre as modalidades de serviços públicos sujeitos à mesma legislação geral. Com tal variedade de objeto,²³ é natural que as regras da Lei 8.987/1995 sejam abertas e propiciem a adoção de modelos muito diferentes entre si. Para fins didáticos, apresentarei dois sistemas de condução de projetos de infraestrutura, que podem ser adotados por meio do referido regime jurídico: um modelo em que a concessão

²³ A Lei 8.987/1995, contudo, não se aplica às concessões de uso de bem público, instrumento contratual que também pode ser empregado para a consecução de alguns projetos de infraestrutura. Mário Engler PINTO JÚNIOR analisa a utilização do instrumento bem como relata algumas experiências já implementadas pela Administração do Estado de São Paulo (Experiências em Parcerias no Estado de São Paulo. *Parcerias Público-Privadas*, pp. 553-556).

se daria com maior intervenção do Poder Concedente e outro, no qual o projeto propiciaria maior espaço à atuação da concessionária.

De todo modo, seguindo um ou outro modelo, é possível indicar algumas características gerais, que já permitem diferenciar esse regime de implementação de projetos de infraestrutura daqueles baseados em contratos de mera execução de obras, mediante remuneração paga pelo Poder Público.

A maior de todas, como já indicada no início do tópico, é a própria característica central do regime de concessão, que é a remuneração da contratada ser baseada na exploração do serviço ou infraestrutura delegada. Mas além dessa, outras características relacionadas à própria maneira de constituição do modelo contratual separam as concessões das contratações de obra.

A implantação de projetos de infraestrutura no modelo de concessão proporciona uma maior participação da iniciativa privada na propositura de soluções. Nesse modelo admite-se a participação dos particulares inclusive na formulação de projetos e na definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos.

Uma das formas de permitir essa maior participação envolve certas diferenças do regime de licitação. A licitação pode ser lançada, mesmo quando a contratação envolver a construção de obras, sem a definição de um projeto básico. A Lei de Concessões admite que a especificação do objeto a ser licitado indique apenas “elementos” do projeto básico (art. 18, XV).

Tal fator, agregado à admissão de critérios técnicos de julgamento das propostas (art. 15, IV, V e VI), tornam juridicamente viável que a Administração defina a empresa a ser contratada a partir da avaliação da melhor solução proposta para certa demanda de infraestrutura. A avaliação técnica das propostas pode considerar justamente a solução que o licitante ofereça para a execução de determinada obra ou a prestação de um serviço. Ou seja, a lei admite que a concessão seja entregue àquele que ofereça a melhor solução técnica para a prestação de um dado serviço público.

Além disso, a legislação sobre concessões alterou a regra geral da Lei 8.666/1993, segundo a qual o responsável pela elaboração do projeto a ser licitado não pode participar de sua execução. A Lei 9.074/1995 (art. 31), editada em complementação à Lei 8.987/1995, autorizou expressamente que o autor do projeto pudesse participar de licitações para concessões ou permissões de obra ou serviço público. Outro importante

mecanismo de absorção de soluções no âmbito privado, é a autorização para particulares realizarem estudos e projetos, para posterior ressarcimento da concessionária (art. 21 da Lei 8.987/1995). Essa alternativa tem gerado procedimentos de manifestação de interesse conduzidos pela Administração Pública, a fim de que particulares apresentem projetos e propostas para implantação de infraestrutura pública.²⁴

4.1. Concessão de serviço “interventiva”

Mesmo adotando-se um regime mais interventivo de concessão, o particular sempre assumirá o serviço em nome próprio. Ou seja, passará a ser o responsável pelas ações realizadas na execução do empreendimento. Muito embora haja a assunção dessa responsabilidade por parte da empresa concessionária e, conseqüentemente, de uma série de riscos que a ela são inerentes, não se pode dizer que o Estado tenha passado a ocupar uma posição secundária, no que diz respeito à consecução do serviço. Ao contrário. As decisões centrais quanto à estruturação do serviço objeto de concessão são tomadas, nesse modelo interventivo, pelo Poder Concedente (Estado) e não pela concessionária.

É o Poder Concedente quem dita as principais regras da atividade a ser explorada. Normalmente, é o Estado que define o projeto a ser executado, também é o responsável por fixar as regras básicas de oferta do serviço, bem como suas condições operacionais, o cronograma de expansão do serviço, entre vários outros aspectos fundamentais da *gestão* do empreendimento. À concessionária cabe *executar*, do modo mais eficiente possível, as diretrizes fixadas pelo titular do serviço, ou seja, pelo Estado (Poder Concedente).

De certo modo, nesse modelo interventivo de concessão, cabe ao Estado a responsabilidade pelas decisões estratégicas da *atividade*, enquanto a concessionária dirige a *empresa* responsável pela implementação das diretrizes estatais.

A divisão de responsabilidades inerentes à contratação, até por uma questão de lógica, obedece à repartição de atribuições acima descrita. O Estado acaba assumindo o risco pela viabilidade do empreendimento. Isso tem uma razão de ser: o investimento a

²⁴ Sobre o tema v. LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*.

ser feito pelo particular recai sobre soluções determinadas pelo Estado e, nesse contexto, passa a ter retorno assegurado por quem fixou um dado modelo de exploração econômica. Ao particular cabe a responsabilidade pela gestão de sua empresa. A ele é atribuído o risco por aquilo que se sujeita a suas deliberações, ou seja, lhe é reservada a responsabilidade sobre as ações que são tomadas por decisão própria e não por mera execução de determinação estatal.

Neste ambiente, o risco assumido pelo particular, mesmo em se tratando de contrato de concessão, é reduzido. A adoção desse modelo segue uma equação bastante simples e compreensível: quanto maior a intervenção do Estado na definição do empreendimento a ser explorado, menor será a assunção de risco do empresário que implementará as decisões estatais.

Nesse modelo intervencionista, o Estado delega a função de prestar os serviços públicos e de investir em sua infraestrutura, mas preserva grande influência. A concessão servirá, basicamente, para o Estado transferir à iniciativa privada a gestão da empresa prestadora do serviço e o ônus do financiamento do empreendimento (quando a estrutura ainda precisa ser constituída ou ampliada), todavia, as decisões estratégicas continuavam sendo assumidas por ele próprio e, por isso, não se exime dos riscos derivados dessa atribuição.

Parte das reflexões feitas do regime jurídico da Lei 8.987/1995, assume a equivocada premissa de que o modelo interventivo seja o único compatível com o Direito brasileiro. É claro que, em relação a alguns serviços, a identificação é pertinente.²⁵ Todavia, existem fórmulas de implantação de projetos de infraestrutura extremamente liberais, aplicando-se a mesma Lei 8.987/1995.

4.2. Concessão de serviço “liberal”

²⁵ Tomem-se como exemplo os serviços de transporte coletivo municipal. De um modo geral os contratos de concessão (ou permissão) preveem uma grande concentração de atribuições ao próprio Poder Concedente. É o município que estipula as linhas, o número de ônibus por linha, com que frequência os ônibus devem atender aos pontos, quais os equipamentos obrigatórios e assim por diante. À concessionária cabe tão somente administrar sua empresa, pois o modelo de prestação de serviço é todo concebido pelo Poder Público. Nesse contexto, o risco contratualmente assumido pelos empresários tende a ser reduzido. Envolve basicamente o risco referente à administração de sua empresa. Sequer a variação no preço dos insumos afeta, ordinariamente, a margem de lucro pactuada inicialmente, uma vez que a maioria dos contratos adota, como fórmula de reajuste, a apreciação de planilhas de custos das empresas.

A depender do modelo de concessão que venha a ser adotado pelo Poder Público, a concessionária poderá assumir papel mais decisivo na condução dos serviços e da infraestrutura a ser constituída.

Uma das consequências dessa opção importará maior transferência de risco à concessionária. A Lei 8.987/1995 parece ter apontado como tendência a adoção de projetos por meio dos quais as responsabilidades e riscos fossem assumidos pela concessionária. Deixou isso marcado ao definir que, nesses contratos, a concessionária assumia o empreendimento “por sua conta e risco”.²⁶ Mais. O legislador chegou a afirmar que, estando mantidas as condições contratuais, haveria de se considerar como respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (o que pode se interpretar como uma transferência, à concessionária, dos riscos alheios ao contrato).²⁷

De qualquer modo, ainda caberia ao contrato, ou à regulamentação aplicável ao serviço objeto de concessão, fixar uma divisão de riscos entre Poder Concedente e empresa concessionária. Em alguns casos, quando se adota um modelo de maior intervenção, os riscos da concessionária praticamente se limitam à gestão de sua empresa.

Mas existem modelos nos quais o Poder Concedente opta por intervir menos e, com isso, transferir mais risco às concessionárias. Tome-se o exemplo da telefonia celular que, no início de sua implantação no País, foi objeto de delegação com base na Lei 8.987/1995.²⁸ A regulamentação aplicável previa ampla liberdade para as concessionárias implantarem suas redes de telecomunicações (infraestrutura vinculada aos serviços). A estratégia de atuação no mercado e mesmo o padrão tecnológico a adotar eram temas assumidos pelas próprias empresas. Também havia o risco da demanda pelo serviço. Num ambiente em que se introduzia a competição, o Poder Concedente não se comprometia com a demanda de usuários pelo serviço delegado. Esse era um risco assumido pela concessionária, que poderia ou não conquistar o número necessário de clientes para amortizar seus investimentos. Assim, analisando os contratos de concessão de telefonia

²⁶ Esta noção veio encartada na própria definição legal de concessão. Confira-se: “Art. 2.º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado”.

²⁷ Esta outra disposição está prevista no art. 10 da Lei 8.987/1995. Veja-se: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

²⁸ Posteriormente, foi editada lei específica para o setor, a Lei 9.472/1997 que previu modelo de delegação de serviços próprio para o setor.

celular, é possível identificar uma forte transferência de responsabilidades e riscos à concessionária. Houve, indiscutivelmente, a transferência de responsabilidades de gestão do empreendimento, bem como de riscos que lhe são inerentes, para a empresa concessionária. E isto tudo foi implantado com arrimo na Lei 8.987/1995.

Depois de uma fase inicial de implantação de projetos de infraestrutura (ainda na década de noventa), em que o Poder Concedente se reservava o papel de grande protagonista na definição dos modelos, percebe-se a adoção paulatina de projetos de infraestrutura com maior abertura ao protagonismo das concessionárias.

A Lei 8.987/1995 não é, em si, obstáculo a essa tendência. Ao contrário, percebe-se claramente uma inclinação, em seu texto, a servir de base a modelos contratuais de cunho mais liberal, no sentido de deixar para a concessionária a iniciativa e o risco inerentes à definição das características do projeto de infraestrutura a ser implementado.²⁹

5. INFRAESTRUTURA NO MODELO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A Lei de PPP (Lei 11.079/2004) cria duas novas espécies de contrato de concessão (que tanto podem abarcar obras como serviços públicos): as *concessões patrocinadas* e as *concessões administrativas*.³⁰

As *concessões patrocinadas* apresentam como peculiaridade a previsão legal de participação do parceiro público no pagamento da concessionária, juntamente com o usuário, de quem são cobradas as tarifas.³¹ As *concessões administrativas* são assim definidas porque o parceiro público (Administração) é quem recebe, direta ou indiretamente, o serviço a ser prestado pelo parceiro privado e, nessa condição, assume o

²⁹ Para um panorama sobre as influências e tendências legislativas encampadas na legislação brasileira de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, v. meu: *A experiência brasileira nas concessões de serviços público e as Parcerias Público-Privadas. Parcerias Público-Privadas*, pp.159-181. As análises aqui empreendidas sobre o regime das concessões e das PPP's têm origem nas reflexões expostas naquele estudo, havendo sido adaptadas, revistas e atualizadas, de acordo com a proposta da presente obra.

³⁰ Sobre o tema, aprofundar em RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*.

³¹ “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, § 1º da Lei de PPP).

ônus relativo ao seu pagamento.³²

As novas espécies de concessões, introduzidas formalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei de PPP, trazem como ponto comum a previsão de que a Administração responda financeiramente pelo custo do empreendimento a ser delegado a particulares. Ou seja, o particular constrói a obra ou presta o serviço, adquire com isso o direito de explorar economicamente o empreendimento por período determinado, mas sua remuneração não recairá exclusivamente nos usuários do serviço, como tradicionalmente se dá. As concessões definidas como PPP preveem que o Poder Público assumirá (total ou parcialmente) a obrigação de remunerar o investidor privado (prestador do serviço ou mantenedor da obra pública). É justamente essa peculiaridade que aponta o campo de aplicação propício para esse modelo contratual.

As PPP's são úteis para viabilizar a delegação à iniciativa privada de empreendimentos que, sob prisma técnico ou econômico, não tenham como se viabilizar mediante remuneração provinda exclusivamente de tarifas cobradas de usuários. São casos em que, pela baixa capacidade contributiva dos usuários ou pela insuficiente demanda prevista para determinado serviço, não se tenha como remunerar o investimento necessário à oferta do serviço com base exclusivamente na receita derivada de tarifas. Os novos modelos contratuais permitem que, mesmo em situações como essas – em que os empreendimentos não seriam autossustentáveis economicamente – a concessão venha a ser implementada, pois o próprio Poder Público assume o pagamento ao investidor privado.

A legislação impõe, como condição à celebração de uma PPP, a realização de uma série de estudos técnicos que demonstrem a viabilidade econômica de cada projeto, bem como o atendimento ao interesse público. Além disso, existem rígidas restrições sob o prisma fiscal, que condicionam a celebração de tais contratos à comprovação de disponibilidade orçamentária da Administração.³³ Com essa lembrança buscamos ressaltar que não será para todos os serviços públicos que apresentem dificuldade de autofinanciamento que os contratos de PPP servirão. É necessário que, individualmente,

³² “Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2.º, § 2º da Lei de PPP).

³³ Mostra dessas exigências estão encartadas no art. 10 da Lei de PPP, que arrola uma série de providências prévias que devem ser tomadas para abrir uma licitação que envolva contrato de PPP.

seja demonstrada a viabilidade do projeto e o proveito que se extrai com a adoção do referido modelo de contratação. Dito isto, vejamos algumas situações que, em tese, poderiam ensejar a implementação de uma PPP.

É propícia, para figurar como objeto de um contrato de *concessão patrocinada*, a delegação de um serviço público de grande importância social que, ao mesmo tempo, demandasse um vultoso investimento para sua implementação ou expansão. Em condições normais, para viabilizar uma concessão a particular seria necessário prever-se contratualmente uma tarifa alta, que fosse suficiente para amortizar, ao longo do prazo de execução do contrato, os investimentos necessários à criação e à manutenção da infraestrutura, bem como para remunerar o capital e o trabalho do investidor privado. O valor a ser cobrado como contraprestação dos usuários, num exemplo como esse, poderia ser muito alto, inibindo o acesso de parte dos cidadãos ao serviço ou diminuindo substancialmente a possibilidade de sua fruição. Essa realidade pode muito bem ser encontrada em serviços de saneamento básico ou mesmo no serviço de transporte coletivo. Seriam casos em que a acessibilidade ao serviço só poderia ser implementada com base na utilização de alguma espécie de subsídio.³⁴

Referido cenário seria propício à celebração de uma concessão patrocinada, na medida em que o déficit oriundo da insuficiência da receita tarifária seria suprido pelo Poder Público. Isto porque, como foi visto, com a concessão patrocinada, parte da obrigação de remunerar a concessionária é assumida pelo próprio Poder Público, que poderá, inclusive, oferecer garantias especiais de seu adimplemento ao parceiro privado.

A concessão administrativa pode ser adotada quando houver dificuldade para

³⁴ Uma forma possível de subsídio é extraída dos próprios usuários: é o denominado subsídio cruzado. Nesta fórmula um segmento de usuário paga mais pelo serviço que lhe ofertado do que o que seria necessário. O objetivo é propiciar, com o excedente de recursos extraído daquele grupo de usuários, o financiamento da oferta de serviço a outro seguimento, menos favorecido economicamente, para que este pague um valor menor do que aquele que seria necessário. É prática muito frequente em vários serviços públicos, principalmente naqueles em que não há competição (como o são os referidos serviços de transporte coletivo e de saneamento básico). Também é adotado (mesmo em concessões tradicionais) o subsídio diretamente conferido pela Administração Pública. A diferença entre esse subsídio estatal e aquele que se prevê na concessão patrocinada é que, neste último, o subsídio é previsto contratualmente como obrigação do Poder Público, admitindo, inclusive, o oferecimento de garantia especial de seu adimplemento. No subsídio estatal que já vem sendo implementado com base na legislação geral, esse fator depende da adoção de uma política pública, que pode ser a qualquer tempo ser revista pela Administração. A alteração no subsídio, nesses casos, seria apenas um fator a ser considerado numa reavaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem ensejar, todavia, execução de garantia especial contra o Poder Público.

estabelecer uma relação individualizada com os destinatários finais dos serviços, o que inviabilizaria a cobrança por meio de tarifa. Seria o caso dos serviços de iluminação pública ou de limpeza urbana. Em tais serviços, a dificuldade para caracterizar a singular fruição do serviço pelos usuários finais, na prática, acabou se tornando uma barreira à outorga dos serviços mediante concessão. Sem a individualização, que seria pressuposto para a cobrança, o único remédio seria a Administração pagar pelos serviços e, nesse caso, ter-se-ia afastado, em princípio, o regime de concessão.³⁵ Com a concessão administrativa esse problema resta superado, uma vez que é plenamente possível considerar a Administração como beneficiária indireta do serviço a ser delegado, arcando, assim, com a obrigação de remunerar a concessionária.³⁶

Vale destacar, por fim, uma relevante alteração no regime jurídico das contratações de projetos de PPP, que foi implementada devido à experiência dos primeiros anos de aplicação do modelo. A Lei de PPP impõe como condição para o recebimento de remuneração da concessionária, a disponibilidade da infraestrutura ao Poder Público ou aos usuários (art. 7º). Tal condição, contudo, provocava necessidade de assunção de um grande ônus financeiro à concessionária, que seria obrigada a financiar a execução de grandes obras, em alguns casos durante anos, sem o recebimento de qualquer contrapartida. O custo do projeto, nesse cenário, obviamente se mostrava muito maior do que em outros modelos de contratação, nos quais se realizasse o pagamento pela obra concomitantemente à sua execução. O resultado prático desse modelo foi o de, para certos projetos, a contratação de uma PPP ter sido preterida pela cisão de contratos. Primeiramente se licitava e executava a obra para, depois, celebrar-se um contrato de concessão comum. Para contornar esse obstáculo, a Lei de PPP foi alterada. Agora se

³⁵ O Município de São Paulo, antes mesmo da edição da Lei de PPP, buscou com criatividade superar esta barreira em relação aos serviços de limpeza urbana. A concessão desse serviço estaria viabilizada com base na legislação local, que considerou a própria Administração Municipal usuária única de parcela dos serviços (como o de limpeza de ruas e calçadas, por exemplo). Referida solução tem base na Lei 13.478/2002, do Município de São Paulo, que cria o Sistema de Limpeza Urbana do Município de São Paulo e, entre outras disposições, autoriza o Poder Público a delegar a execução dos serviços públicos mediante concessão ou permissão. Como instrumento de viabilização da outorga do serviço a particulares, mediante concessão, a Prefeitura também é arrolada como usuária do Sistema de Limpeza Urbana, na condição de representante da coletividade ou de parte dela (art. 8.º, III).

³⁶ O exemplo acima é de concessão administrativa de “serviços públicos”, isto é, quando o serviço é prestado ao público em geral e apenas *indiretamente* à Administração. Além desse modelo, existe a possibilidade de concessão administrativa de “serviços ao Estado”, hipótese em que os serviços seriam prestados *diretamente* à Administração (art. 2º, § 2º, da Lei de PPP). V. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*, pp. 30-31.

permite que o Poder Público, antes mesmo de a infraestrutura estar à disposição, transfira recursos à concessionária, por meio de aporte (art. 6º §§ 2º e ss., com a redação dada pela Lei 12.766/2012).

6. INFRAESTRUTURA DERIVADA DA COLABORAÇÃO ENTRE ENTES ESTATAIS

A chamada Lei de Consórcios Públicos, Lei 11.107/2005, conclui o leque de modelos legislativos de aplicação geral, concernentes à implementação de projetos de infraestrutura, ao qual o presente estudo se propôs a abordar. Esse diploma legislativo pretende viabilizar a atuação conjunta de entes federativos para, de maneira mais eficiente, solucionar problemas comuns.

Uma primeira fórmula para a viabilização de projetos de infraestrutura com base nessa legislação seria por meio da constituição de um consórcio público que venha a assumir, diretamente, a incumbência de constituir a infraestrutura e prestar os serviços. Para tanto, o consórcio poderá firmar convênios, contratos ou acordos de qualquer natureza com entes governamentais (art. 2º, § 1º, I). Poderá também assumir as competências instrumentais à instalação de projetos de infraestrutura, tal como a de desapropriar (art. 2º, § 1º, II). O consórcio, como prestador e titular de direitos sobre certa infraestrutura pública, também poderá ser contratado, sem licitação, pelos entes federativos que o integrarem (art. 2º, § 1º, III).

Veja-se, como mera ilustração, a hipótese de Municípios que tenham o interesse comum de solucionar a questão da destinação dos resíduos sólidos produzidos em seus territórios. Constituindo consórcio, eles poderão, por meio desse novo ente, pactuar financiamentos, receber recursos de outros entes estatais por meio de convênios, realizar as desapropriações necessárias (para implantação de aterros, por exemplo), firmar contratos com os próprios (para a realização de serviços específicos) e assim por diante.

Há também a possibilidade de a constituição do consórcio ser apenas um instrumento para a delegação do serviço a particulares, por meio de concessão (art. 2º, § 3º). A vantagem proporcionada pelo modelo é a de incrementar a viabilidade de adoção do regime de concessão. Em certos casos, por falta de escala econômica, ou devido à escassez de recursos naturais ou de infraestrutura, a delegação de serviços à iniciativa privada seria inviável isoladamente, por um único ente federativo. O consórcio pode

proporcionar as condições materiais que viabilizem a constituição de um projeto a ser desenvolvido por meio de concessão.

Por fim, é possível, a partir do consórcio, viabilizar a delegação do serviço a ente estatal vinculado a um dos entes consorciados. Isso se dá por meio de contrato de programa (art. 13). O modelo tem sido adotado com notável adesão no setor de saneamento. Municípios e Estados constituem consórcios, ou celebram convênios de cooperação (art. 13, § 5º), e, a partir desse pacto federativo, formalizam a atuação da companhia estadual de saneamento nos municípios. A celebração desses contratos de programa é direta, ou seja, sem licitação.³⁷

O contrato de programa confere rigor formal e jurídico ao relacionamento entre os entes (que, no passado, era firmado de maneira simplória), reservando atuação importante ao ente titular do serviço ou da infraestrutura delegada. A lei proíbe, por exemplo, a previsão de cláusula que confira à contratada as funções de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços (art. 13, § 3º). Em relação ao conteúdo da avença, o contrato de programa se identifica com uma concessão de serviço público regida pela Lei 8.987/1995; a Lei 11.107/2005, aliás, foi expressa ao fazer essa identificação (art. 13, § 1º, I).

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviços público e as Parcerias Público-Privadas. *Parcerias público-privadas*. Carlos Ari Sunfeld (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.

LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz*

³⁷ A previsão de dispensa foi inserida no art. 24 da Lei 8.666/1993 (inciso XXVI), pela própria Lei 11.107/2005.

do ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (coords.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (coords.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs – melhores práticas em licitação e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (coords.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias público-privadas*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.