

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos urbanos e o impacto do Projeto de Lei nº 5296/2005

SANEAMENTO PARA TODOS

3

APOIO



Secretaria Nacional de
Saneamento Ambiental

Ministério
das Cidades



An aerial photograph of a wide river with a dam in the middle ground. The river flows from the top left towards the bottom right. The landscape is hilly and green, with some agricultural fields visible. The sky is clear and blue. The text "SANEAMENTO PARA TODOS" is overlaid in white, bold, sans-serif font in the lower half of the image.

SANEAMENTO PARA TODOS

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos urbanos e o impacto do Projeto de Lei nº 5.296/2005

Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia

SANEAMENTO PARA TODOS

Brasília
outubro de 2005

Programa de Modernização do Setor Saneamento
Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental
Ministério das Cidades

Ministro das Cidades: *Márcio Fortes de Almeida*

Secretário Executivo: *Rodrigo José Pereira-Leite Figueiredo*

Secretário Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA): *Abelardo de Oliveira Filho*

Diretor de Desenvolvimento e Cooperação Técnica da SNSA: *Marcos Helano Fernandes Montenegro*

Diretor de Água e Esgotos da SNSA: *Márcio Galvão Fonseca*

Diretor de Articulação Institucional da SNSA: *Sérgio Antonio Gonçalves*

Coordenador do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS): *Ernani Ciríaco de Miranda*

Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS)

SCN, Quadra 1, Bloco F, 8º andar, Edifício America Office Tower – CEP 70711-905

Fone: (61) 3327-5006 FAX: (61) 3327-9339

pmss@cidadess.mss.gov.br

www.cidades.gov.br e www.snis.gov.br

Brasil. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos urbanos e o impacto do Projeto de Lei nº 5.296/2005. – Brasília: Ministério das Cidades, 2006.

84 p. (Saneamento para Todos ; 3º volume).

1. Saneamento básico. 2. Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL. 3. Empreendimentos. 5. Brasil. I Programa de Modernização do Setor Saneamento. II. Título. III. Título: O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos urbanos e o impacto do Projeto de Lei nº 5.296/2005. IV. Série.

Coordenação editorial e projeto gráfico: Rosana Lobo

Diagramação: Informe Comunicação

Fotolitos e impressão: Gráfica Brasil

Tiragem: 3.000 exemplares

Foto da folha de rosto: Vista aérea do Aterro Sanitário Bandeirantes, SP - Heleno & Fonseca Construtécnica S.A.

É permitida a reprodução total ou parcial desta publicação, desde que citada a fonte.

APRESENTAÇÃO

A presente publicação, terceira da série “Saneamento para todos”, dá continuidade aos esforços realizados pelo Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), de permitir ao público interessado nesse setor - em particular nos temas econômico-financeiros, institucionais, regulatórios e legais - amplo acesso aos estudos e às pesquisas desenvolvidas no âmbito da Secretaria pelo Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS).

Desta feita, o tema abordado é o impacto do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) nas ações de manejo de resíduos sólidos urbanos. Como é de conhecimento público, ainda são muitas as precariedades e deficiências enfrentadas pelos municípios brasileiros na destinação final adequada destes resíduos e a venda de certificados de redução da emissão de gás metano pode, sem dúvida, facilitar a viabilização econômica dos aterros sanitários. Interessante notar, por outro lado, que a decisão de aproveitar esta oportunidade exige dos prestadores de serviço a adoção de práticas de planejamento, projeto e operação mais exigentes que aquelas que hoje são correntes. Assim, se pode esperar que o MDL seja fator de indução da melhoria da qualidade nestes serviços públicos.

O aproveitamento das oportunidades do MDL no manejo dos resíduos sólidos faz parte das linhas de trabalho priorizadas pela SNSA com vistas ao tratamento de aspectos que se revelam críticos para o avanço na qualidade e abrangência destes serviços públicos, quais sejam:

- divulgação de gestão e estímulo à adoção da gestão associada destes serviços por meio do consorciamento intermunicipal, buscando a sustentabilidade e a qualidade na prestação que pode ser proporcionada pela economia de escala e pela gestão técnica que este tipo de gestão possibilita;
- nesta mesma linha, apoio aos estados interessados na regionalização planejada da prestação e regulação dos serviços de manejo de resíduos sólidos, em especial, aquelas relativas ao tratamento e à disposição final, por entidades públicas consorciadas;
- incentivo ao desenvolvimento de tecnologias apropriadas para a execução de aterros sanitários de pequeno porte;
- apoio aos municípios e aos demais interessados nas ações relativas à gestão correta dos resíduos da construção civil e de demolições, com vistas ao cumprimento da Resolução 307 do CONAMA;
- qualificação da aplicação de recursos públicos sob controle da União por intermédio de procedimentos de seleção pública, que incentivem o desenvolvimento institucional dos prestadores dos serviços públicos;
- retomada dos financiamentos onerosos para os prestadores públicos de serviços de saneamento básico, incluindo estados, municípios e suas autarquias e empresas, oportunidade que, infelizmente, foi até aqui pouco aproveitada para o financiamento das ações de manejo de resíduos sólidos urbanos;

- estruturação da Rede Nacional de Capacitação e Extensão Tecnológica em Saneamento Ambiental ReCESA, iniciativa para o desenvolvimento de políticas públicas integradas, na perspectiva da capacitação dos profissionais que atuam no saneamento e, por decorrência, no manejo de resíduos sólidos;
- suporte às iniciativas de coleta seletiva que se apóiam na inclusão social dos catadores de material reciclável e à organização autônoma destes trabalhadores em suas associações e cooperativas;
- a assistência técnica aos municípios brasileiros de maior porte na elaboração de projetos de tratamento e destinação final de resíduos sólidos urbanos que possam se candidatar à venda de certificados de redução de emissão de gases de efeito estufa no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo previsto no Protocolo de Quioto.

Esta última linha está sendo desenvolvida prioritariamente por intermédio do chamado “Projeto MDL”, que conta com recursos doados pelo Governo do Japão e com o apoio do Banco Mundial (BIRD) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) para sua implementação. A SNSA do Ministério das Cidades atua em parceria com a Secretaria de Qualidade Ambiental Urbana do Ministério do Meio Ambiente. Através de seleção pública, um conjunto de 30 municípios recebe assistência técnica para o diagnóstico e análise de viabilidade de seus projetos.

As discussões preliminares para a implementação do Projeto MDL identificaram a necessidade de estudos jurídicos que explorassem os aspectos relevantes da legislação brasileira aplicável a este contexto, em particular aquela que dispõe sobre serviços públicos, sua regulação, prestação e concessão bem como sobre licitação e contratação de serviços.

Essa publicação, intitulada “**O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos urbanos e o impacto do Projeto de Lei nº5.296/2005**”, discute o MDL nos empreendimentos de manejo de resíduos sólidos, em relatório preparado pela Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo Marques Advocacia. O trabalho foi realizado no contexto de consultoria jurídica para a confecção e a análise do Projeto de Lei nº. 5.296/05, que institui a Política Nacional de Saneamento Básico e define diretrizes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (ver a publicação nº 1 da série “Saneamento para todos”).

Assim, os interessados em empreendimentos de construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários encontrarão aqui abrangente análise de condicionantes e alternativas jurídicas que seguramente, ajudarão na viabilização de tais empreendimentos se utilizando do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

Abelardo de Oliveira Filho
Secretário Nacional de Saneamento Ambiental
Ministério das Cidades

SUMÁRIO

Introdução..... 13

I. O Projeto de Lei nº 5.296/05 e a possibilidade de aquisição de créditos de carbono 14

I.1. O impacto do Projeto de Lei sobre os empreendimentos de infra-estrutura sanitária 14

I.2. O impacto do Projeto de Lei sobre a utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) para viabilização econômica total ou parcial das infra-estruturas sanitárias..... 17

II. A situação atual dos aterros sanitários e as possibilidades de aquisição de créditos de carbono 19

II.1. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) e empreendimentos de regularização, construção,desativação e recuperação de aterros sanitários..... 19

II.1.1. Os objetivos do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)..... 20

II.1.2. Os Certificados de Redução de Emissão..... 21

II.1.3. Requisitos para a obtenção do CRE..... 21

II.1.3.1 A voluntariedade da participação 21

II.1.3.2 A efetividade dos benefícios 23

II.1.3.3 A adicionalidade dos benefícios advindos do Projeto..... 23

II.1.4. O aspecto processual do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. 23

II.1.5. Os projetos de MDL em aterros sanitários 25

II.2. A situação institucional dos aterros e as possibilidades de financiamento de sua construção, regularização, desativação e recuperação 26

II.2.1. A situação fática dos aterros 26

II.2.2. Atores envolvidos..... 29

III. A viabilização da construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários 32

III.1. Modelos de viabilização da construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários ou lixões 32

III.1.1. Execução dos serviços pelo próprio Poder Público 32

III.1.1.1. Execução direta sem contratação de particulares 32

III.1.1.2.	Execução por meio de contrato administrativo simples de prestação de serviços ou obra pública (Lei nº 8.666/93).....	32
III.1.2.	A Delegação Típica de serviços	33
III.1.2.1.	Permissão	35
III.1.2.2.	Concessão comum	37
III.1.2.2.1.	A questão do usuário único	38
III.1.3.	A Parceria Público-Privada.....	42
III.1.3.1.	Concessão Patrocinada.....	44
III.1.3.2.	Concessão Administrativa.....	45
III.1.4.	Gestão Associada.....	46
III.1.4.1.	Consórcio Público.....	47
III.1.4.2.	Convênios de cooperação entre entes federados	48
III.1.4.3.	Contrato de programa.....	50
III.2	O Financiamento para construção, regularização, desativação, recuperação de aterros sanitários.	51
III.2.1	O financiamento para o Poder Público	51
III.2.1.1	Programa Saneamento para Todos - FGTS	53
III.2.1.2	Operações de Crédito Externo.....	56
III.2.1.2.1	Organismos Internacionais de Crédito ▯ JBIC	56
III.2.1.2.2	Organizações Multilaterais de Crédito.....	59
III.2.2.	O financiamento para o particular	61
III.2.2.1	Programa Saneamento para Todos - FGTS - Mutuário Privado - SPE COM LOCAÇÃO DE ATIVOS	61
IV.	A viabilização da certificação de redução de emissões de carbono	63
IV.1.	Modelos de viabilização da certificação de redução de emissão de carbono.....	63
IV.1.1.	A titularidade dos créditos de carbono	63
IV.1.2.	A Exigência de Licitação e suas Exceções.....	58
IV.1.3.	A Inexigibilidade no caso de projeto singular.....	69
IV.1.4.	Organizações sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)	73
IV.1.5.	A realização de licitação	75
IV.1.6.	Conclusões.....	75
IV.2.	O financiamento da certificação do sequestro de carbono	76
IV.2.1.	Financiamento pelo concessionário ou pelo parceiro privado	76
IV.2.2.	Financiamento pelo Poder Público.....	77
V.	Principais Conclusões	78

INTRODUÇÃO

A presente publicação baseia-se em um dos relatórios do amplo contexto de consultoria jurídica para a confecção e a análise do Projeto de Lei nº 5.296/05, que institui a Política Nacional de Saneamento Básico e define diretrizes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

Este documento tem por objeto específico a análise de condicionantes e alternativas jurídicas de viabilização de empreendimentos de infra-estrutura de saneamento básico – aqui entendido em sentido amplo, na definição adotada pelo Projeto de Lei, que compreende também as atividades municipais de limpeza urbana –, por meio da utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

Nesse propósito, este relatório tem interface com o Projeto MDL da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, que se insere no Projeto de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS), e conta com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e do Ministério do Meio Ambiente, em cooperação com o governo japonês.

O Projeto MDL pretende produzir estudos técnicos e econômicos sobre as possibilidades de viabilização total ou parcial de empreendimentos de construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários, por

meio da obtenção de recursos suplementares decorrentes da redução de emissões de gases de efeito estufa. Para isso, foram selecionados inicialmente 30 (trinta) municípios¹ que serão objeto de estudo de viabilidade e de identificação do potencial de utilização da redução do gás metano gerado pela decomposição dos resíduos sólidos para viabilizar empreendimentos de infra-estrutura sanitária.

Com efeito, como adiante se verá com mais detalhes, a partir da entrada em vigor do Protocolo de Quioto e da vigência do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), a redução de emissão de gases de efeito estufa pelos países em desenvolvimento pode ser certificada e se tornar objeto de comercialização para países desenvolvidos que têm metas de redução a cumprir.

Está-se, portanto, diante da possibilidade de aquisição de créditos de carbono por meio da queima ou do reaproveitamento de biogás proveniente de aterros sanitários, e de viabilização econômica total ou parcial da construção, da regularização, da desativação ou da recuperação de aterros por meio desse mecanismo. São essas alternativas que serão analisadas, do ponto de vista jurídico, neste documento.

Este relatório estrutura-se em quatro tópicos distintos, a saber:

O primeiro deles tem por objeto a análise do Projeto de Lei nº 5.296/05, que institui a Política Nacional de Saneamento Básico e define diretrizes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, no que diz respeito, especificamente, à viabilização total ou parcial de projetos de infra-estrutura sanitária por meio da utilização de créditos de carbono. Trata-se,

¹ Foram selecionados os seguintes municípios: Americana-SP, Belém-PA, Belo Horizonte-MG, Camaçari-BA, Campo Grande-MS, Caucaia-CE, Curitiba-PR, Distrito Federal-DF, Duque de Caxias-RJ, Florianópolis-SC, Fortaleza-CE, Goiânia-GO, Gravataí-RS, Guarulhos-SP, Lauro de Freitas-BA, Londrina-PR, Maceió-AL, Manaus-AM, Maringá-PR, Mesquita-RJ, Niterói-RJ, Nova Iguaçu-RJ, Olinda-PE, Passo Fundo-RS, Porto Alegre-RS, Recife-PE, Santo André-SP, Santos-SP, São Gonçalo-RJ e São Luís-MA.

essencialmente, de verificar quais as disposições atualmente constantes do Projeto de Lei que incentivam ou impõem condicionamentos à realização de tais empreendimentos **(Tópico I)**.

Em seguida, efetuaremos uma descrição rápida e objetiva do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) e de como ele poderia auxiliar na construção, na regularização, na desativação e na recuperação de aterros sanitários. Essa análise pressupõe igualmente a apreciação, ainda que sumária, da situação fática dos aterros e dos lixões que poderiam ser objeto de empreendimentos, bem como dos atores e das relações jurídicas que podem eventualmente estar presentes em tais aterros e lixões **(Tópico II)**.

Somente então nos dedicaremos especificamente às questões relacionadas à viabilização dos empreendimentos em si **(Tópico III)** e da certificação da redução de emissões de carbono, que pressupõe procedimento específico **(Tópico IV)**. Embora esta última seja tratada, no presente Relatório, como uma alternativa para viabilizar economicamente os empreendimentos de infraestrutura de saneamento básico, deve-se atentar ao fato de que também esse procedimento – formal e bastante custoso – deve ter sua viabilidade econômica solucionada. Diante de sua especificidade, preferimos tratar a viabilização da certificação de redução de emissão de gases de efeito estufa e do empreendimento em si separadamente, embora, evidentemente, as duas questões estejam relacionadas.

Observe-se, finalmente, que a presente publicação tem como principal objetivo relacionar todas as alternativas de viabilização dos empreendimentos de infraestrutura sanitária e analisar cada uma delas para instruir as decisões dos municípios na implementação de tais projetos. Trata-se, portanto, de documento com intuito eminentemente prático, que não pretende esgotar as discussões teóricas a respeito das questões jurídicas envolvidas.

I. O PROJETO DE LEI Nº 5.296/05 E A POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS DE CARBONO

A aprovação do Projeto de Lei nº 5.296/05, atualmente em discussão no Congresso, teria impacto significativo sobre a viabilização dos empreendimentos de infraestrutura sanitária e sobre a aquisição e a comercialização de créditos de carbono como forma de financiar total ou parcialmente tais empreendimentos.

O impacto do Projeto é diferente no que diz respeito aos empreendimentos de infraestrutura sanitária, especialmente quanto à possibilidade de delegação desses serviços à iniciativa privada (I.1) e à aquisição e à comercialização dos créditos de carbono (I.2). Por um lado, o Projeto de Lei estabelece condicionantes para as atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, bem como procedimentos que devem ser adotados pelos titulares dos serviços de manejo de resíduos sólidos. Por outro lado, o Projeto estabelece uma base conceitual intensa no sentido de favorecer e incentivar a queima e o reaproveitamento econômico do biogás.

I.1. O IMPACTO DO PROJETO DE LEI SOBRE OS EMPREENDIMENTOS DE INFRA-ESTRUTURA SANITÁRIA

O art. 2º, inciso IV, do Projeto de Lei que traz a definição dos serviços públicos de saneamento básico inclui o manejo de resíduos sólidos. Em consequência, os procedimentos estabelecidos no Projeto para o saneamento básico devem ser atendidos para os projetos de limpeza urbana.

Assim, em primeiro lugar, a obrigação geral de planejamento das atividades antes da implementação dos projetos de infraestrutura aplica-se ao setor de limpeza urbana, exigindo-

se a realização de plano de saneamento ambiental, “com a participação da comunidade, sendo obrigatória a realização de audiência e consulta públicas.” (art. 14, § 2º).

Conforme o art. 16, §1º, do Projeto, as disposições de plano de saneamento ambiental vinculam os projetos básicos e as contratações de obras e serviços relativos às ações de saneamento ambiental, inclusive os de limpeza urbana. O art. 24 do Projeto reforça tal exigência.

Assim, em conformidade com o Projeto de Lei, **para que seja contratada a realização de empreendimentos de infra-estrutura sanitária (aterros sanitários), com ou sem a delegação de serviços correspondentes (a gestão do aterro e a disposição final dos resíduos sólidos), faz-se necessária a realização prévia de plano de saneamento ambiental.**

Entre outros requisitos, o plano deverá conter a proposição de programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas da Política Nacional de Saneamento, com identificação das respectivas fontes de financiamento, bem como: (i) a confecção do relatório de salubridade ambiental no âmbito local, com a identificação das demandas atuais e futuras, incluindo outros aspectos relevantes da prestação dos serviços; (ii) o estabelecimento de prioridades e metas temporais; (iii) a identificação e a seleção de alternativas para a ampliação, a melhoria e a atualização da oferta dos serviços públicos de saneamento básico e respectivos custos; (iv) os planos de investimentos com a previsão e a identificação das fontes de financiamento.

Conforme o art. 24 do Projeto, além do plano de saneamento ambiental válido por oca-

sião da contratação, são condições para a validade dos contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico: (i) a realização de **estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira da delegação** com vista à prestação universal e integral dos serviços nos termos do plano de saneamento ambiental; (ii) a existência de **legislação** que preveja os meios para o cumprimento das diretrizes dessa lei, inclusive o órgão ou entidade de regulação e fiscalização; e (iii) a **realização prévia de audiência e de consulta públicas** sobre o edital de licitação, ou seu termo de dispensa ou inexigibilidade, e a minuta do contrato. Ressalte-se que boa parte dessas exigências já consta da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei impede que a delegação de serviços públicos de limpeza urbana seja formalizada por meio de convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária, exigindo a forma contratual para a delegação (art. 23).²

Sob outra perspectiva, o Projeto de Lei propõe a adesão dos municípios à Política Nacional de Saneamento (PNS) e ao Sistema Nacional de Saneamento Ambiental (Sisnasa), condicionando vários benefícios a essa adesão, notadamente o recebimento de transferências voluntárias da União destinadas a ações de saneamento básico (art. 38, § 2º, inciso I). A adesão dos municípios ao Sisnasa implica as obrigações de cumprir fielmente as diretrizes previstas nessa lei, e também: (i) assegurar adequadas regulação, fiscalização e avaliação dos serviços de que é titular; (ii) criar ou manter órgãos colegiados; (iii) adequar o planejamento; (iv) fornecer dados e informações sobre os serviços e da situação de

² O próprio Projeto excetua, nos parágrafos do mesmo art. 23, as hipóteses de prestação dos serviços por pessoa jurídica que, integrando a administração indireta do titular, tenha recebido a outorga dessa atribuição mediante lei e ainda os serviços públicos de saneamento básico de interesse local cuja prestação o Poder Público, nos termos da lei, autorizar para os usuários organizados em cooperativa ou associação, desde que os serviços se limitem a determinado condomínio ou localidade de pequeno porte.

salubridade ambiental; e (v) instituir e manter o fundo especial de universalização (art. 40).

Em decorrência, **para que os municípios tenham acesso a recursos da União destinados a empreendimentos de infra-estrutura sanitária, deverão, ainda, criar os órgãos colegiados referidos na lei, notadamente a Conferência da Cidade e o Conselho da Cidade**, ou instâncias colegiadas equivalentes (art. 44, inciso II). Tais órgãos deverão, ainda segundo o Projeto, ser instituídos por lei.

A Conferência da Cidade deverá ter competência para: (i) propor medidas para a implementação e o aperfeiçoamento da PNS; (ii) indicar prioridades de atuação do governo federal; e (iii) avaliar a execução da PNS e do PNSA e o funcionamento do Sisnasa. Já o Conselho da Cidade deverá ter competências para: (i) formular e manifestar-se sobre estratégias e prioridades para implementação e alteração da política municipal de saneamento básico; (ii) acompanhar e avaliar a política municipal de saneamento básico e o plano municipal de saneamento ambiental, bem como as respectivas ações e projetos; (iii) propor diretrizes e prioridades para a alocação de recursos sob gestão municipal em ações de saneamento básico, inclusive sob a forma de subsídios; (iv) articular-se com outros conselhos para a integração de ações; (v) manifestar-se previamente, no que se refere a serviço público de saneamento básico, dentro dos prazos estabelecidos na legislação, sobre anteprojetos de lei e minutas de decretos, de regulamentos, de editais, de convênios, de contratos e de propostas referentes à gestão associada do serviço, à organização e à prestação de serviço integrado e à delegação de serviços; e (vi) proceder à revisão de preços públicos ou de taxas. (art. 48, inciso II). Ainda segundo o mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, a composição desses órgãos colegiados “deve contemplar ao menos representações das instituições públicas com atuação

relevante no saneamento básico no município, dos prestadores, dos trabalhadores e dos usuários de serviço público de saneamento básico.”

Observe-se ainda que o art. 66 do Projeto altera a Lei nº 8.666/93, para nela incluir a infração penal de “outorgar concessão, permissão ou outra forma de delegação de serviços públicos essenciais, sem prévia autorização de lei que disponha sobre a regulação dos serviços, inclusive suas tarifas e outros preços públicos, e os instrumentos de fiscalização permanente dos serviços”, o que reforça a necessidade de lei anterior à delegação dos serviços de limpeza urbana. O Projeto propõe também a alteração do art. 2º da Lei nº 9.074/95, que isentava de autorização legislativa as delegações dos serviços públicos de saneamento básico e de limpeza urbana. **Deverá, portanto, haver lei que autorize a delegação.**

Conclui-se, portanto, que, em relação aos empreendimentos de infra-estrutura sanitária, o Projeto de Lei nº 5.296/05 tem impacto, essencialmente, na fixação de condições prévias para a realização do empreendimento. No que diz respeito à **contratação**, o Projeto exige a existência prévia de um **Plano de Saneamento Ambiental**, que preveja o empreendimento e suas fontes de financiamento, e que seja precedido de audiência e consulta pública. Caso envolva, ainda, a **delegação do serviço público**, esta deverá ainda ser precedida:

- (i) de estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira da delegação;**
- (ii) de legislação** que preveja os meios para o cumprimento das diretrizes fixadas na legislação federal, inclusive o órgão ou a entidade de regulação e fiscalização;
- (iii) da realização prévia de audiência e de consultas públicas** sobre o edital de licitação e a minuta do contrato.

Caso os municípios pretendam ainda aderir ao Sisnasa e à PNS, deverão ainda:

- (i) **criar os órgãos colegiados previstos na Lei** (a Conferência da Cidade e o Conselho da Cidade);
- (ii) **fornecer dados e informações sobre os serviços** e a situação de salubridade ambiental;
- (iii) instituir e manter o **fundo especial de universalização**.

I.2. O IMPACTO DO PROJETO DE LEI SOBRE A UTILIZAÇÃO DO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO (MDL) PARA VIABILIZAÇÃO ECONÔMICA TOTAL OU PARCIAL DAS INFRA-ESTRUTURAS SANITÁRIAS

No que diz respeito à utilização do MDL para a viabilização econômica total ou parcial das infra-estruturas sanitárias, o Projeto de Lei contém diversas disposições que incentivam e favorecem tal mecanismo, tanto sob a perspectiva de proteção ambiental, quanto sob o prisma de sustentabilidade econômica do serviço.

Sob a **perspectiva ambiental**, o art. 3º reconhece o “direito à vida em ambiente salubre, cuja promoção e preservação é dever do Poder Público e de toda a coletividade”. O parágrafo único do mesmo artigo reforça a obrigação do Poder Público de promover a salubridade ambiental, enquanto o art. 4º reconhece aos cidadãos o direito de exigir dos responsáveis as “medidas preventivas, mitigadoras, compensatórias ou reparadoras em face de atividades prejudiciais ou potencialmente prejudiciais à salubridade humana”. A responsabilidade ambiental na execução dos serviços públicos de saneamento básico, aí incluídos os de limpeza urbana, é prevista expressamente no Projeto, o que favoreceria a implementação de mecanismos destinados a compensar os danos ambientais (no caso, a emissão do gás metano) decorrentes do desempenho desses serviços.

Nesse mesmo sentido, constitui diretriz básica da prestação dos serviços públicos de sa-

neamento a intersetorialidade (art. 6º, inciso XII do Projeto), bem como a preservação e a conservação do meio ambiente, “*mediante ações orientadas para a utilização dos recursos naturais de forma sustentável e a reversão da degradação ambiental, observadas as normas ambientais e de recursos hídricos e as disposições dos planos de recursos hídricos*” (inciso XVII). O mesmo princípio é ainda sustentado pelas diretrizes específicas dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, que prevêm “*a garantia do manejo dos resíduos sólidos de forma sanitária e ambientalmente adequada, a fim de promover a saúde pública e prevenir a poluição das águas superficiais e subterrâneas, do solo e do ar*” (art. 9º, inciso I). O Projeto ainda estabelece que a Política Nacional de Saneamento Básico –(PNS) deverá ter como objetivo “*minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços de saneamento básico e assegurar que sejam implementadas de acordo com as normas relativas à proteção ao meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde*” (art. 37, inciso X).

De maneira mais específica, o art. 9º prevê expressamente que os serviços de manejo de resíduos sólidos possuem como diretriz o incentivo e a promoção “*da não-geração, redução, minimização da geração, coleta seletiva, reutilização, reciclagem, inclusive por compostagem, e aproveitamento energético do biogás, objetivando a utilização adequada dos recursos ambientais e a sustentabilidade ambiental dos respectivos sistemas de gestão.*” (inciso II, “a”).

Sob a **perspectiva econômica**, o Projeto estabelece a sustentabilidade econômica como diretriz básica dos serviços públicos de saneamento básico (art. 6º, inciso XI) e como diretriz específica dos serviços de manejo de resíduos sólidos (art. 9º, inciso II, ‘a’). O Projeto também prevê que a Política Nacional de Saneamento Básico –(PNS) deverá assegurar que a aplicação dos

recursos financeiros administrados pelo Poder Público se dê segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo e de maior retorno social, bem como deve *“promover alternativas de gestão que viabilizem a auto-sustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico”* (art. 37, incisos V e VII).

Assim, tanto do ponto de vista ambiental quanto econômico, o Projeto contém base conceitual que favorece a utilização de tal mecanismo, como forma de minimizar o impacto ambiental e econômico da prestação do serviço.

Além desse incentivo expresso ao mecanismo, o Projeto contém ainda importante definição quanto à natureza jurídica desse aproveitamento. O art. 2º, inciso XVIII, ‘e’, do Projeto inclui expressamente entre as hipóteses de projetos associados aos serviços públicos de saneamento básico: *“o aproveitamento de energia de qualquer fonte potencial vinculada aos serviços, inclusive do biogás resultante de tratamento de esgoto sanitário ou de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos.”* O mesmo inciso define os projetos associados como aqueles *“desenvolvidos em caráter acessório ou correlato à prestação dos serviços, capazes de gerar benefícios sociais, ambientais ou econômicos adicionais”*.

Em consequência, **o aproveitamento da energia gerada pela queima do biogás resultante do tratamento e da disposição final de resíduos sólidos não é considerado integrante da própria definição de serviços públicos de saneamento**, mas tão-somente atividade “acessória ou correlata” à prestação desses serviços. Não integrará o núcleo de eventual concessão e deverá ser contabilizado, portanto, como uma receita acessória. Assim prevê o art. 33, parágrafo único do Projeto, ao afirmar que, *“nos casos de serviços delegados, os resultados financeiros de projetos associados à prestação*

de serviço público de saneamento básico devem ser contabilizados separadamente, e somente poderão ser considerados na equação econômico-financeira adotada para o cálculo dos preços públicos do serviço delegado se excederem a respectiva taxa de retorno ou de remuneração.”

Deve-se, no entanto, observar que esse enquadramento somente se refere ao aproveitamento da energia resultante da queima do biogás, e não da atividade da queima em si. Ou seja: se a geração de energia em decorrência dessa queima é considerada apenas acessória à prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos, a queima do biogás em si parece integrar o serviço público, pois é imperativo de salubridade ambiental dessa atividade. Parece-nos, portanto, evidente que **a atividade de queima do biogás resultante do tratamento e da destinação final dos resíduos sólidos integra os serviços públicos de limpeza urbana**, já que se insere no conceito mais amplo de tratamento e destinação final dos resíduos sólidos.

Conclui-se, portanto, que, em relação à utilização do MDL para a viabilização econômica total ou parcial das infra-estruturas sanitárias, o Projeto de Lei incentiva e favorece tal mecanismo, tanto sob a perspectiva de proteção ambiental, quanto sob o aspecto de sustentabilidade econômica do serviço. Ele oferece, igualmente, parâmetros jurídicos para o desempenho de tal atividade, ao estabelecer que o aproveitamento da energia resultante do biogás consistirá em projeto associado à prestação do serviço, o que dá a entender que a queima do biogás em si integra os serviços públicos de manejo de resíduos sólidos.

II. A SITUAÇÃO ATUAL DOS ATERROS SANITÁRIOS E AS POSSIBILIDADES DE AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS DE CARBONO

II.1. O MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO (MDL) E EMPREENDIMENTOS DE REGULARIZAÇÃO, CONSTRUÇÃO, DESATIVAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE ATERROS SANITÁRIOS

Da preocupação com a irreversibilidade dos efeitos produzidos no clima, na vegetação, na fauna e no povoamento humano, surgiu a idéia do “desenvolvimento sustentável”. Busca-se conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, por meio da conscientização sobre o risco do consumo desenfreado de matérias-primas, da emissão de poluentes e de outros comportamentos de risco para o meio ambiente.

No Brasil, pelo menos do ponto de vista do direito positivo, a reação tardou a desabrochar. Como primeiros diplomas normativos a versar sobre o tema, podem-se citar a Lei nº 6.938, de 31.8.81, conhecida como Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), e a Lei nº 7.347, de 24.7.85, a Lei de Ação Civil Pública. Posteriormente, e de maneira mais relevante, reservou a Constituição Federal de 1988 todo um capítulo do Título VIII para o tema do Meio Ambiente, qualificando-o como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225).³

No contexto internacional, as preocupações com o meio ambiente ganharam progressivo relevo a partir especialmente da década de

70. Destacam-se encontros como a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente (1972), a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1983) e a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Unced), esta última no Rio de Janeiro, conhecida também como ECO-92.

Foi esta última Conferência a que mais resultados efetivos obteve. Em seu âmbito, mais de 160 Estados assinaram a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática (UNFCCC), com o fim de “evitar interferências antropogênicas perigosas no sistema climático” (art. 2º). À época, incluiu-se meta para que os países industrializados mantivessem, até o ano 2000, suas emissões de gases geradores de efeito estufa nos níveis de 1990. Contudo, estudos publicados por cientistas do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC), grupo de peritos de vários países que dão subsídio técnico às negociações de redução de emissão de gases de efeito estufa, sugeriram a revisão das metas, em 1995, diante da evidência dos primeiros sinais de mudança climática planetária.

A preocupação culminou com a elaboração do Protocolo de Quioto, em 1997, no qual ficou estabelecido, para o quinquênio compreendido entre 2008 e 2012, o compromisso de diminuição de emissões totais dos gases geradores do efeito estufa.⁴ A meta, no entanto, não é uniforme para todos os países.

Estabeleceu-se, com o Protocolo, uma espécie de regulação assimétrica, a partir da concepção do princípio da “responsabilidade comum,

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴ De acordo com o Anexo A do Protocolo de Quioto, são gases de efeito estufa: o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄), o óxido nítrico (N₂O), os hidrofluorcarbonos (HFCs), os perfluorcarbonos (PFCs) e o hexafluoreto de enxofre (SF₆).

mas diferenciada”. Derivação das idéias de “poluidor pagador” e da “equidade”, esse princípio justifica-se diante do fato de que os países que detêm um maior desenvolvimento industrial contribuem mais intensa e longamente para a poluição ambiental, devendo, pela mesma razão, assumir maiores ônus na sua preservação.⁵ Além disso, a sua aplicação visa a impedir que as regras de preservação ambiental desestimulem o desenvolvimento industrial dos países mais pobres.

Como resultado, os países listados no Anexo I do Protocolo (países desenvolvidos) deverão reduzir a sua emissão em, ao menos, 5% abaixo dos níveis verificados em 1990 (cf. art. 3º). Em contrapartida, os demais países (em desenvolvimento), com baixos índices históricos de emissão, podem até aumentá-los, possuindo uma espécie de “saldo positivo negociável”.

O Protocolo estabelece ainda três mecanismos de “flexibilidade”, os quais permitem que os países desenvolvidos cumpram com as exigências de redução de emissões fora dos seus territórios: (i) a Implementação Conjunta (*Joint Implementation*); (ii) o Comércio de Emissões (*Emission Trading*); e (iii) o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (*Clean Development Mechanism*). Para os fins do presente estudo, interessa analisar, especificamente, este último.

II.1.1. Os objetivos do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo está previsto e regulamentado no art. 12 do Protocolo de Quioto. O item 2 do referido dispositivo explicita o seu duplo objetivo: de um lado, busca-se assistir os países em desenvolvimento quanto a atingir o desenvolvimento sustentável e contribuir para o objetivo final da Convenção; de outro, permite-se que os países desenvolvidos cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões.

Desse modo, contemplam-se simultaneamente os interesses de países poluidores e dos em desenvolvimento. Enquanto estes recebem investimentos para recuperação de suas áreas naturais degradadas, beneficiando-se de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões e da transferência de tecnologias sustentáveis ecologicamente, aqueles pagam as suas dívidas ambientais, podendo utilizar-se das reduções certificadas de emissões para contribuir com o cumprimento de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões (cf. art. 3º)⁶. Dito de outra forma, uma vez que é irrelevante para o planeta o local onde as emissões serão reduzidas, os

⁵ Sobre o princípio da Responsabilidade Comum, Porém Diferenciada”, manifestam-se Flavia Witkowski FRANGETTO e Flavio Rufino GAZANI: “Esse princípio afirma que as necessidades específicas e circunstâncias especiais das Partes “países em desenvolvimento” sejam consideradas, e que, tendo em vista a situação mais frágil destes últimos, a iniciativa de ações de combate à mudança do clima e seus efeitos advenha dos países desenvolvidos. Em consonância com o Princípio do Poluidor-Pagador, prega que aquele que utiliza técnica poluidora (os países desenvolvidos) há mais tempo que os menos desenvolvidos, por uma questão de equidade, tem o dever de contribuir proporcionalmente à poluição que causou, arcando com a maior parte do ônus de mitigar os efeitos adversos da mudança do clima. Daí, a adoção do Princípio da Responsabilidade Comum, porém Diferenciada, de acordo com o grau de poluição causado pelos países desenvolvidos” (in Viabilização jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. Brasília, IIEB, 2002, p.38).

⁶ Há, desse modo, e por via do Protocolo de Quioto, um impulso à idéia de cooperação internacional. “Nesse sentido, os projetos de MDL – diga-se os projetos envolvendo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), passíveis de gerar Certificados de Emissões Reduzidas (CER) – viabilizam a cooperação internacional na medida em que, de um lado, parcela da obrigação de um País do Anexo I da UNFCCC pode ser cumprida, e, de outro, haja um aumento de investimento nos países em desenvolvimento (medida macroeconômica), mediante entrada de capital externo e incremento dos internos destinados à causa ambiental, especialmente ao combate às mudanças climáticas” (in Flavia Witkowski FRANGETTO e Flavio Rufino GAZANI, Viabilização jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. Brasília, IIEB, 2002, p.38).

países desenvolvidos podem optar por financiar a redução da emissão fora de seus territórios, em países em desenvolvimento onde, em geral, os custos de tal redução são menores (mão-de-obra, custo de materiais, etc.), por meio da aquisição de Certificados de Redução de Emissão.

II.1.2. Os Certificados de Redução de Emissões

Os Certificados de Redução de Emissões (CRE) são documentos emitidos pelo Conselho Executivo da UNFCCC no âmbito do Protocolo de Quioto. Tais documentos atestam que determinado projeto produziu o seqüestro ou a absorção de gás carbônico ou a redução de emissão de gases de efeito estufa por meio de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

Como observa Renata de Assis Calsing, *“com a redução efetiva das emissões de GEE [gases de efeito estufa], são proferidos certificados de carbono (CRE), que são a garantia de que os países aplicaram projetos de redução de poluição e foram bem-sucedidos. Esses certificados deverão ser usados no cálculo das taxas de redução quando da avaliação dos Relatórios que os Estados apresentam à COP. A novidade do mecanismo é o comércio desses certificados, que poderão ser comprados e vendidos entre os países. Quem possuir mais certificados do que precisa poderá vendê-los a quem ainda não alcançou sua meta”*.⁷

O CRE é, então, um bem negociável no recém-concebido “Mercado de Carbono”. Trata-se de promissora novidade para o mercado financeiro, na medida em que os certificados de redução de emissão e outras *commodities* ambientais passam a ter valor no mercado de capitais.

Por conta do estabelecimento desse mercado, o cumprimento das metas de preservação do meio ambiente e de redução de emissões, do ponto de vista dos países desenvolvidos, pode ser atingido direta ou indiretamente. No primeiro caso, quando os países desenvolvidos desenvolverem projetos que atuem como “sumidouros” de carbono, reduzindo, assim, as suas próprias emissões (ação doméstica). No segundo, quando, ao invés de promoverem, por si próprios, projetos de que resulte a obtenção de CRE, adquiram tais títulos de outros países que os estejam negociando (ação não-doméstica).

II.1.3. Requisitos para a obtenção do CRE

O item 5 do art. 12 do Protocolo de Quioto relaciona os requisitos essenciais para que os projetos de MDL resultem na obtenção de Certificados de Redução de Emissão de Carbono, negociáveis no Mercado de Carbono. São eles: (i) participação voluntária aprovada por cada parte envolvida; (ii) benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo, relacionados com a mitigação da mudança do clima; e (iii) reduções de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto. Analisemo-los separadamente.

II.1.3.1 A voluntariedade da participação

O primeiro dos requisitos para que se possa cogitar da validade do projeto de MDL é a participação voluntária das partes envolvidas. Dito de outro modo, para dar ensejo à obtenção de CRE, a implantação de projetos de

⁷ Renata de Assis CALSING. O protocolo de Quioto e o Direito ao Desenvolvimento Sustentável. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MDL não pode ser imposta; deve decorrer do livre arbítrio daqueles que neles se envolverão.⁸ Esse requisito vale tanto para as relações entre dois Estados distintos (relações de Direito Internacional), quanto para as relações envolvendo um Estado e os particulares interessados em praticar as atividades de MDL (relações de Direito Interno).

Do ponto de vista das relações entre Estados distintos, esse requisito se traduz na vedação à utilização de quaisquer medidas que visem a pressionar um Estado parceiro a implementar o projeto. Refutam-se, por exemplo, a aplicação de medidas restritivas comerciais como forma de coação, ou mesmo a celebração de acordos internacionais bilaterais que imponham participação em projetos inespecíficos, inquinando de invalidez (ou ineficácia para a obtenção de CRE) os projetos que forem implementados por essas razões.

A regra também se reflete nas relações entre um Estado e as instituições públicas ou privadas que implementem o projeto de MDL. Também aqui veda-se qualquer imposição unilateral. O Estado não poderá, portanto, obrigar

(por lei, contrato ou por qualquer espécie de medida restritiva) nenhuma instituição a participar de projetos de MDL.

Note-se que **não se vedam quaisquer normatizações internas que prevejam, para as empresas e fábricas nacionais, a obrigação de reduzir as emissões** de gases estufa, até mesmo porque o próprio sistema da Convenção-Quadro é claro ao exigir que os Países Partes instituíam políticas públicas nacionais para mitigar as mudanças climáticas.⁹ **O que não se admite é a imposição conjunta de implementação de projetos MDL.**¹⁰ Em outros termos, impede-se a estatuição de obrigação específica de que a redução da emissão se dê por meio dos projetos MDL. Havendo tal previsão, os referidos projetos, ainda quando exitosamente implementados, não darão azo à obtenção do CRE, por violação ao requisito da voluntariedade.

A voluntariedade na implementação dos projetos é atestada pelo(s) Estado(s) neles envolvido(s). No Brasil, essa tarefa cabe à Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, a teor do art. 3º, IV, do Decreto de 7 de julho de 1999.

⁸ De acordo com o documento FCCC/CP/1998/MISC.7, "the voluntary nature of participation generally in the trading system, as well in each trade in particular, in effect ensures that each of the participants will be made better off because Parties will only choose to trade if and when it is to their advantage to do so".

⁹ Eis o que estabelece o Protocolo de Quioto, em seu artigo 4º: "1. Todas as partes, levando em conta suas responsabilidades comuns mas diferenciadas, e suas prioridades de desenvolvimento, objetivos e circunstâncias específicos, nacionais e regionais, devem: (...) b) formular, implementar, publicar e atualizar regularmente programas nacionais e, conforme o caso, regionais, que incluam medidas para mitigar a mudança do clima, enfrentando as emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de todos os gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, bem como medidas para permitir adaptação adequada à mudança do clima". Igualmente, prevê o art. 10: "Todas as partes (...) devem: (...) b) formular, implementar, publicar e atualizar regularmente programas nacionais e, conforme o caso, regionais, que contenham medidas para mitigar a mudança do clima, bem como medidas para facilitar uma adaptação adequada à mudança do clima".

¹⁰ Neste mesmo sentido, defende Renata de Assis CALSING: "A legislação brasileira, ou qualquer outra que apresente os mesmos termos, promove apenas a regulação da produção energética para que esta se dê de modo limpo, seguindo os princípios assumidos na UNFCCC. Não há uma imposição legal às empresas de investir em projetos de MDL para que sejam alcançadas as metas de redução de GEE. As empresas são obrigadas a promover reduções de emissões, mas não necessariamente por meio de projetos de MDL. Participar de um projeto de MDL é uma das opções das instituições nacionais, nunca uma obrigatoriedade, uma vez que não existe sanção aos não-participantes de projeto de MDL" (in O Protocolo de Quioto e o Direito ao desenvolvimento sustentável. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005).

II.1.3.2 A efetividade dos benefícios

O segundo requisito expresso para que os projetos de MDL possam resultar na obtenção de CRE é que eles produzam *“benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima”*. Em suma, trata-se de requisito de verificabilidade do benefício efetivo produzido, o que se justifica, tendo em vista que o valor de mercado do CRE depende diretamente desse fator. A Conferência das Partes emitiu a Decisão 17/COP 7, segundo cujo anexo E, 26, a aferição da quantidade de toneladas de emissões de carbono reduzidas e a análise do lapso temporal dos benefícios cabem a uma entidade operacional por ela designada, a qual lhe prestará contas por intermédio do Conselho Executivo do MDL (Executive Board).

É bastante problemática a questão relativa ao cumprimento do requisito do “longo prazo” inscrito nesse item. Tal expressão não pode ser traduzida em lapsos determinados, o que confere certa discricionariedade ao órgão responsável pela aferição. Um período “x”, que para uma determinada atividade poderia ser considerado “longo”, poderá não o ser quando de outra atividade se tratar. A rigor, não há solução prévia razoável, devendo ser levadas em consideração as condições específicas do caso concreto.

II.1.3.3 A adicionalidade dos benefícios advindos do Projeto

O último dos requisitos para que um Projeto de MDL possa dar ensejo à obtenção de um CRE é a adicionalidade dos benefícios dele advindos. Isso significa que a redução de emissão decorrente do projeto deverá ser adicional àquela que se verificaria na sua ausência. A idéia é que só devem ser certificadas reduções que não poderiam ser viabilizadas por meios outros que não os de MDL.

A já mencionada Decisão 17/COP 7 da Conferência das Partes regulamentou a metodologia de aferição dessa adicionalidade, a qual leva em consideração critérios de referência (anterior ao projeto, concomitante e posterior a ele), por meio de projeções e tendências da quantidade de emissões que seriam verificadas caso não houvesse sido implementado o projeto de MDL em caso (linha de base)¹¹.

II.1.4. O aspecto processual do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo

Delineados os objetivos e os requisitos do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, cumpre analisar o seu aspecto procedimental, regulamentado nos Acordos de Marrakech, firmados em 2001, na 7ª Conferência das Partes à Convenção-Quadro.¹² Nesse ponto, importa examinar as fases do processo para a realização de uma atividade de MDL e a obtenção do

¹¹ De acordo com a Decisão 17/COP 7, 44, Anexo dos Acordos de Marrakesh, “a linha de base de uma atividade de projeto do MDL é o cenário que representa, de forma razoável, as emissões antrópicas de gases de efeito estufa por fontes que ocorreriam na ausência da atividade do projeto proposto”.

¹² Neste item, será examinado o processo ordinário do MDL. Deve-se noticiar, contudo, que os Acordos de Marrakech estabeleceram processos mais simples para os chamados “Projetos de Pequena Escala”, que são os seguintes: (i) projetos de energia renovável com capacidade inferior a 15MW; (ii) projetos de eficiência energética que reduzem consumos num equivalente de 15 GWh/ano; (iii) projetos que reduzam emissões por fontes de emissão e que emitam menos de 15 quilotoneladas de CO₂/ano.

CER. Antes de fazê-lo, é necessário apresentar os agentes envolvidos no processo. São eles, essencialmente:

- **Conferência das Partes:** Órgão superior que se reúne anualmente e de onde emanam as determinações e as orientações centrais do MDL;
- **Conselho Executivo:** Órgão consultivo e deliberativo. Possui as funções de decidir sobre a legitimação dos agentes executores, aceitar e supervisionar o MDL, registrar os projetos e aprovar a emissão de CER. É constituído por 10 membros, partes do Protocolo de Quioto, eleitos para um período de dois a três anos;
- **Entidades Operacionais Designadas:** São acreditadas pela Comissão Executiva e cumprem as funções de avaliar a adequação do projeto de MDL com os requisitos estabelecidos pela Conferência das Partes (validando-os ou rejeitando-os) e de verificar as reduções de emissões dos projetos;
- **Entidades promotoras do projeto:** Pessoas de Direito Público ou Privado diretamente interessadas na realização de uma atividade para a obtenção dos benefícios do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.
- **Grupos de Interesses (Stakeholders):** Indivíduos ou grupos de indivíduos potencialmente afetados pelas atividades propostas pelo projeto de MDL. Poderão manifestar-se em diversos momentos do processo, para influenciar as decisões do Conselho Executivo e das Entidades Operacionais Designadas.

Conhecidos os seus principais agentes, pode-se passar a uma análise específica de cada uma das quatro etapas do Processo de MDL.

Etapas 1: Preparação de um projeto MDL para validação. As entidades promotoras do projeto devem preparar um documento denominado **Project Design Document (PDD)**.

Esse documento deverá ser submetido a uma **consulta pública** pelo período de 30 dias e deve conter as seguintes informações: (i) uma descrição do projeto; (ii) uma linha de base calculada a partir de uma metodologia aprovada; (iii) uma estimativa do período de vida e do período de emissão de créditos do projeto; (iv) uma demonstração de como o projeto gera reduções de emissões adicionais; (v) uma análise de impactos ambientais; (vi) apresentação dos resultados da consulta pública efetuada; e (vii) um plano de monitorização e averiguação que utiliza uma metodologia de monitorização aprovada. Deve ser providenciado, ainda, um documento que comprove o interesse de participação voluntária das partes envolvidas e a confirmação do país hospedeiro da contribuição do projeto para o desenvolvimento sustentado.

Etapas 2: Validação ou rejeição do projeto. Em seguida, deve ser contratado um avaliador independente, que é a Entidade Operacional Designada, responsável pela aprovação ou reprovação do projeto. Em procedimento denominado *Validação*, essa entidade examina o projeto, para aferir se ele está de acordo com as regras estabelecidas pela Conferência das Partes. Se entender pela validação do documento, a Entidade Operacional Designada deverá submetê-lo à Comissão Executiva, juntamente com uma recomendação para registro do Projeto.

Etapas 3: Registro pela Comissão Executiva. Recebido o relatório de validação, a Comissão Executiva tem oito semanas para aceitar formalmente o projeto ou expor suas reservas. Caso se omita nesse prazo, e a menos que um dos países envolvidos no projeto ou pelo menos três membros da Comissão Executiva exijam revisão, o projeto é registrado automaticamente, passando-se à etapa seguinte.

Etapa 4: Verificação, certificação e emissão de CRE. Depois de registrado o Projeto, os interessados devem monitorar a redução de emissões, em conformidade com o plano apresentado no PDD. Deverá contratar, então, uma outra Entidade Operacional Designada (diversa daquela que procedeu à validação), para aferir as reduções de emissão e preparar relatório de verificação. Esse relatório é, então, remetido à Comissão Executiva, que, caso o aprove, deverá certificar a redução de emissões, emitindo uma CRE para cada tonelada de CO₂ (ou valor equivalente de outros gases estufa) cujo seqüestro se verificou. Esse procedimento deverá se repetir durante todo o período de crédito do projeto.

II.1.5. Os projetos de MDL em aterros sanitários

Os benefícios advindos da realização de atividades de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo podem impulsionar a elaboração de projetos de reformas em aterros sanitários. A decomposição da matéria orgânica que neles se deposita gera a emissão de biogás, cujo principal componente é o gás metano (CH₄), um dos gases que, dispersos no ambiente, geram efeito estufa e causam o aquecimento do planeta. A combustão do gás metano traria a sua conseqüente transformação em dióxido de carbono (CO₂), 21 (vinte e uma) vezes menos impactante. Assim, a implementação de projetos que permitissem reduzir ou impedir a dispersão do gás metano no ambiente, por meio de sua captação e combustão (transformando-o em dióxido de carbono), possibilitaria pleitear a sua validação e a conseqüente obtenção de CRES, já que, em tese, o projeto preencheria os requisitos do Protocolo de Quioto de efetividade e adicionalidade do benefício.

Pode-se cogitar de duas formas de viabilização de projetos de redução da dispersão do metano gerado nos aterros sanitários e lixões no ambiente.

De um lado, a **queima simples** do gás metano, transformando-o em gás carbônico, seria suficiente para que os requisitos do Protocolo de Quioto fossem atendidos, diante da menor lesividade do dióxido de carbono para o efeito estufa. Nesse caso, devem ser previstos mecanismos de controle e eventualmente de sucção ativa do gás produzido nos aterros sanitários, bem como equipamentos para a combustão do gás.

Por outro lado, pode-se cogitar de projeto que combine a queima do gás metano com o seu **aproveitamento para a geração de energia**. Para além da mera sucção do gás para a sua queima, pode-se instalar tecnologia que aproveite a emissão do metano para, queimando-o, gerar energia. A hipótese sugere um duplo aproveitamento econômico do gás liberado: primeiro, com a possibilidade de utilização ou negociação da energia gerada; segundo, com a obtenção de CER e sua comercialização.

A última alternativa remete à primeira experiência mundial de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, que ocorreu no Brasil, na cidade de Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro. O Projeto NovaGerar, das empresas EcoSecurities e S/A Paulista, obteve a aprovação e o registro do Conselho Executivo. Incluía a desativação do antigo lixão de Marambaia e a construção de um aterro sanitário. A partir de 2006, o metano nele emitido será capturado e utilizado em uma usina termelétrica, para geração de energia. Com isso, o projeto não apenas reduzirá a liberação de metano para o ambiente, como também o utilizará como substituto de combustíveis fósseis (mais poluentes) na usina. Para informações detalhadas sobre o projeto, que poderá servir de exemplo para as exigências previstas no Protocolo, ver [http://www.bayer.com.br/byee/home.nsf/04bbd938b0f97149c1256ac500564711/83256e850068df8283256f2e003d38c8/\\$FILE/projeto%20Pablo%20Fernandez.pdf](http://www.bayer.com.br/byee/home.nsf/04bbd938b0f97149c1256ac500564711/83256e850068df8283256f2e003d38c8/$FILE/projeto%20Pablo%20Fernandez.pdf)

e ainda o Relatório de Validação do Projeto (http://www.mct.gov.br/clima/cigmc/pdf/Validacao_NovaGerar.pdf).

A viabilidade técnica e econômica da utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo como mecanismo de financiamento de empreendimentos de infra-estrutura sanitária deverá ser determinada pelos órgãos técnicos competentes, ressaltando-se que o Ministério das Cidades tem-se dedicado a identificar tal potencial em municípios previamente selecionados no território brasileiro. Observe-se, porém, que a maioria dos especialistas adverte que é preciso um determinado volume de gás em aterros para que o empreendimento se torne viável. Esse condicionante poderá ser fator de exclusão, ao menos em um primeiro momento, do mecanismo, em prefeituras de pequeno porte. No entanto, como adiante se verá, existem mecanismos legais e institucionais para agregar escala a esses aterros, pela reunião de vários municípios de menor porte, associados em um consórcio público. Nesse caso, será essencial recorrer ao papel integrador e planejador do estado (v. infra item II.2.2).

II.2. A SITUAÇÃO INSTITUCIONAL DOS ATERROS E AS POSSIBILIDADES DE FINANCIAMENTO DE SUA CONSTRUÇÃO, REGULARIZAÇÃO, DESATIVAÇÃO E RECUPERAÇÃO

Analisadas as possibilidades de utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a viabilização de empreendimentos de construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários, cabe agora analisar, concretamente, como isto se daria na prática. É evidente que as alternativas diferem muito conforme a realidade fática de cada aterro ou localidade envolvida, o que obriga a análise concreta de cada caso. Entretanto, apresenta-se

aqui algumas condicionantes que deverão ser equacionadas, relacionadas notadamente à situação fática dos aterros (II.2.1) e aos atores envolvidos no processo (II.2.2.).

II.2.1. A situação fática dos aterros

No que diz respeito à **situação da destinação final do lixo**, pode-se estar diante de um **aterro sanitário ou controlado** (construído conforme as exigências técnicas e sanitárias da atividade, com deposição e operação controladas), ou de um **lixão**, ou seja, de área de deposição de lixo que não atende às especificações técnicas e consubstancia, no mais das vezes, um mero local segregado para tal finalidade, sem que tenham sido adotadas as medidas de controle, segurança, higiene e proteção ambiental de um aterro, tais como impermeabilização do terreno, drenagem de chorume e líquidos percolados, sistemas de drenagem e incineração do biogás produzido, sistemas de controle e acompanhamentos dos resíduos depositados etc.

Ainda sob esse aspecto, pode-se defrontar com uma **instalação em operação** ou **já desativada**, ou ainda **a construir**. A emissão de biogás inicia-se alguns meses após o início da deposição dos resíduos sólidos e prossegue, em média, até 15 anos depois de sua desativação.

A delimitação do projeto de infra-estrutura que se pretende executar decorrerá dessas características. No caso de **lixões ou de aterros em funcionamento que não atendam plenamente às condições exigidas** para a otimização da captação de biogás, pode-se cogitar de sua **regularização ou adaptação**. O empreendimento serviria, portanto, em primeiro lugar, para propiciar o funcionamento do aterro nas condições de segurança, ambientais e salubres exigidas pela regulamentação, por exemplo, com o controle da deposição de resíduos em qualidade

e temporalidade, a realocação de eventual população sobre o aterro (catadores) em outra atividade, a construção de infra-estrutura adequada, a impermeabilização, o tratamento de chorume e líquidos percolados etc. No que diz respeito, especificamente, à queima do biogás com o intuito de certificar a redução de emissões de gases de efeito estufa, o empreendimento permitiria maior controle e aproveitamento do biogás, como por meio (i) da instalação de sistemas de drenagem ativa do biogás, (ii) de sistemas de monitoramento de vazão, pressão e composição química do biogás, (iii) de mecanismos de lançamento, espalhamento, compactação e recobrimento dos resíduos, (iv) de mecanismos de recobrimento final dos resíduos para impedir a dispersão dos gases no ambiente etc. A depender do porte e do tamanho das alterações efetuadas, é até possível que o empreendimento seja integralmente viabilizado pela futura comercialização dos certificados de redução de emissões decorrentes do Protocolo de Quioto.

No caso de **aterros a serem construídos**, evidentemente o empreendimento de infra-estrutura corresponderá à sua **construção**. Nesse caso, a construção de infra-estrutura em bases que impeçam a dispersão do biogás no ambiente e favoreçam a sua queima, permitindo, assim, a futura certificação da redução das emissões, se proporia a reduzir o ônus financeiro da construção do aterro. Observe-se, no entanto, que, pela sistemática do Protocolo de Quioto (v. acima item II.1.4), a certificação de redução de emissões ocorrerá tão-somente após a comprovação da queima do biogás e de suas consequências para a atmosfera. **A certificação ocorre sempre, portanto, em momento posterior à entrada em funcionamento do aterro.**

Finalmente, no que diz respeito aos **aterros e aos lixões saturados e/ou desativados**, pode-se cogitar da sua **desativação e recuperação**, por meio do reflorestamento da área e

da eventual construção de infra-estruturas que acelerem o processo, como por exemplo por meio da drenagem dos líquidos ainda produzidos ou do biogás remanescente. A geração de biogás inicia-se alguns meses depois do início da deposição dos resíduos e prossegue até 15 anos após a desativação de aterro. No caso do lixão, esse tempo se reduz diante da impossibilidade de controle das condições de deposição dos resíduos.

Conclui-se, portanto, que, ao menos em teoria, seria possível cogitar da implantação de projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo tanto em aterros quanto em lixões em operação, desativados ou a construir. Em qualquer desses casos, a certificação da redução e a conseqüente comercialização dos certificados permitiriam o financiamento parcial dos empreendimentos de infra-estrutura sanitária necessários.

No que diz respeito à **propriedade** do aterro ou do lixão, pode-se cogitar inicialmente de **aterros privados**. Nesse caso, ainda que o aterro receba resíduos sólidos oriundos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana municipal, uma eventual iniciativa de construção ou de adaptação de nova infra-estrutura ou de certificação da redução de emissões caberia ao particular.

Pode-se igualmente conjecturar em aterro ou lixão de **propriedade pública**, seja ele operado pelo Poder Público, seja por particular, por meio de prestação de serviços ou concessão (bem reversível). Caso ele seja **operado diretamente pelo próprio Poder Público**, caberá a ele promover as medidas aqui preconizadas ou delegar a atividade a particular (v. abaixo item III). Caso seja **operado por particular** (prestador de serviço ou concessionário), a situação contratual do particular e a extensão de suas obrigações e prerrogativas deverão ser analisadas concretamente, **caso a caso**, para assim delimitar-se

se estão incluídas, entre suas capacidades ou obrigações, a implementação e a certificação de sistema que permita a queima ou o reaproveitamento de biogás (v. abaixo, com mais detalhe, a questão da titularidade dos certificados).

Quanto à **operação** dos aterros, é de se observar que, em muitos casos, o município onde se localiza o aterro não coincide com aquele que o construiu ou ainda com aquele que o opera. A situação é freqüente nas **regiões metropolitanas**, onde o governo do estado assume papel relevante na construção e na viabilização de infra-estruturas sanitárias, geralmente operadas pela prefeitura do município mais populoso da região metropolitana, mas localizadas em municípios menores, que recebem, em geral, os resíduos sólidos de vários municípios. Convém analisar alguns exemplos dessa superposição de atividades e competências.

Na Região Metropolitana de **Salvador**, por exemplo, além do Aterro Canabrava, já desativado, localiza-se o Aterro Metropolitano do Centro (AMC), construído pelo Governo do Estado da Bahia. A gestão do aterro é feita pelo Município de Salvador, que a delegou por meio de concessão para a empresa Battre (antiga Vega), por 20 (vinte) anos. O Aterro AMC recebe resíduos sólidos de dez municípios da Região Metropolitana de Salvador.

Encontra-se situação ainda mais intrincada na Região Metropolitana de **Natal**. Com a desativação do Aterro Cidade Nova, localizado na zona oeste de Natal, no final do ano de 2002, passou-se a destinar os resíduos sólidos da cidade para o Aterro Sanitário Metropolitano de Natal. Esse se situa no Município de Ceará-Mirim, mas sua construção foi financiada com recursos do Governo do Estado do Rio Grande do Norte. A operação cabe à Prefeitura de Natal, que a delegou, por meio de concessão, para a concessionária Braseco S/A. O aterro recebe resíduos sólidos e semi-sólidos de toda a Região Metro-

politana, podendo o Município de Ceará-Mirim cobrar taxa por tonelada de lixo depositada no aterro. A relação entre os municípios envolvidos, o Governo do Estado e a concessionária foi formalizada por meio de **convênio de cooperação**, que prevê essencialmente a responsabilidade de cada um dos envolvidos na construção de obras de infra-estrutura e de operação do aterro.

Situação semelhante encontra-se na Região Metropolitana de **Fortaleza**. Com a desativação do Aterro Jangurussu (em 1998, após 20 anos de atividade), os resíduos sólidos da região passaram a ser destinados aos Aterro Sanitário Metropolitano Oeste (Asmoc, localizado no Município de Caucaia), Aterro Sanitário Metropolitano Sul (ASMS, localizado no Município de Maracanaú) e Aterro Sanitário Metropolitano do Leste (ASML, localizado no Município de Aquiraz). Os três aterros, construídos pelo Governo do Estado do Ceará, servem aos seis municípios da Região Metropolitana de Fortaleza e são operados por empresas privadas. Deve-se observar, no entanto, que, enquanto a operação do Asmoc foi objeto de contratação com a Prefeitura de Fortaleza (empresa G&F), a operação dos dois outros aterros foi delegada à empresa Queiroz Galvão, por meio de concessão estadual. Nesse caso, o estado adquiriu papel ainda mais preponderante na operação dos aterros e, portanto, na implementação de eventual redução das emissões e sua correspondente certificação pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

A análise dessas e de outras situações de regiões metropolitanas demonstra que se faz necessária a **ampla coordenação dos entes públicos envolvidos**, sejam aqueles que hospedam o aterro, sejam aqueles que financiam a construção da infra-estrutura ou, ainda, que se responsabilizam por sua operação. Não raro, as relações jurídicas entre esses entes, ou, ainda, entre eles e os operadores privados envolvidos nessas atividades, é pouco formalizada. A regu-

larização dessas relações e sua **formalização por meio dos instrumentos da Lei nº 11.107/2005, notadamente por consórcios públicos ou por convênios de cooperação**, é de extrema relevância para assegurar a sua segurança jurídica. A presença desses diferentes entes poderá ser utilizada como mecanismo para viabilizar os empreendimentos de infra-estrutura acima referidos e para a certificação da redução de emissões, por meio da repartição de tarefas e de ônus entre os envolvidos. É o que se verá abaixo.

II.2.2. Atores envolvidos

Convém ainda identificar os possíveis atores envolvidos nos processos de execução do empreendimento de infra-estrutura sanitária e de certificação da redução de emissões.

Em primeiro lugar, as **prefeituras municipais** desempenharão papel essencial em ambos os procedimentos, uma vez que compete a elas a prestação dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos. Do ponto de vista do empreendimento em si, compete às prefeituras tomar a decisão política de executar o empreendimento, bem como de eleger a forma como isso se procederá (por meio de execução direta, indireta, ou gestão associada – v. abaixo item III.1). No que diz respeito à certificação da redução das emissões, caberá também à prefeitura estudar as possibilidades de viabilização de tal certificação, que dependerá da opção adotada em relação à exploração do próprio aterro sanitário. Caberá também às prefeituras articular-se, especialmente no caso das regiões metropolitanas onde os aterros sirvam a diversos municípios. Nesse caso, o esforço conjugado das prefeituras poderá facilitar a viabilização dos empreendimentos e sua adaptação para otimizar a captação do biogás e a certificação de sua queima ou reaproveitamento.

Também os **governos estaduais** têm papel importante na viabilização dos empreendimentos. Não raro, são eles que fornecem os recursos necessários para a viabilização dos aterros, principalmente nas regiões metropolitanas, como vimos. Apesar de não serem os agentes titulares da prestação dos serviços de limpeza urbana, os governos estaduais têm em alguns casos assumido papel preponderante na própria operação dos aterros, como é o caso da Região Metropolitana de Fortaleza. Mais do que isso, os governos estaduais podem desempenhar um papel importante ao definir as normas e os procedimentos de integração das ações dos municípios.

Da mesma forma, o **governo federal** é ator importante na viabilização de tais empreendimentos. O **Ministério das Cidades** tem se empenhado em identificar a viabilidade do financiamento total ou parcial dos empreendimentos de infra-estrutura sanitária por meio da certificação da redução de emissões e a conseqüente comercialização dos certificados. Além disso, o Ministério das Cidades é responsável pela edição de normas que facilitam o financiamento de projetos de saneamento básico com utilização dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço –(FGTS).

Importante deixar claro que o Ministério das Cidades é responsável pelo fomento aos investimentos no setor de saneamento básico para os municípios com mais de 250 mil habitantes e para as regiões metropolitanas. Conforme o Plano Plurianual (PPA) 2004–2007, o mesmo papel é desempenhado pelo **Ministério do Meio Ambiente** para os municípios entre 250 mil e 30 mil habitantes e pelo **Ministério da Saúde**, por meio da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), para os municípios com população inferior a 30 mil habitantes.

Ainda no âmbito da Administração Pública, os **órgãos de licenciamento ambiental** deve-

rão ser envolvidos no projeto, não só porque se trata de questões de impacto ambiental evidente, mas, também, porque todo empreendimento de infra-estrutura que implique a construção ou a regularização de aterros sanitários ou lixões depende da aprovação dos órgãos ambientais competentes. Assim é que será necessária a obtenção da licença prévia, de instalação e de operação para a implantação desses empreendimentos.

Também as **instituições de fomento e financiamento** desempenharão papel importante na viabilização dos empreendimentos de infra-estrutura sanitária e de eventual certificação da redução de emissão de gases de efeito estufa, por meio da queima ou do reaproveitamento do biogás decorrente dos aterros. Aí estão compreendidas não somente as **instituições regionais e estaduais** (bancos regionais de desenvolvimento, como o BDMG e o Banrisul, e agências de fomento), como também as **instituições nacionais** (principalmente o BNDES e a Caixa Econômica Federal) e as **instituições internacionais** (ao exemplo do Banco Mundial –(Bird), do Banco Interamericano de Desenvolvimento –(Bid), ou ainda de outros organismos multilaterais de crédito e, finalmente, os bancos internacionais, como o JBIC). Todas elas, que dispõem em geral de linhas específicas de crédito para investimentos em infra-estrutura de saneamento básico em países em desenvolvimento, poderão contribuir para a viabilização do projeto não apenas com recursos financeiros para alavancar o empreendimento, como com o pré-financiamento (ou aquisição posterior) dos certificados de redução de emissões decorrentes da queima ou do reaproveitamento do biogás. Neste último aspecto, desempenham papel importante os **fundos de aquisição dos CER**, criados pela maior parte dos bancos internacionais, inclusive pelo Banco Mundial. A participação dessas instituições de fomento servirá para suprir a indisponibilidade crônica de recursos municipais para o investi-

mento em infra-estrutura, por meio do financiamento do próprio Poder Público ou do particular que com ele contratar (v. abaixo, item III.2).

Finalmente, atores privados poderão desempenhar papel relevante nos empreendimentos. Primeiramente, como vimos, no caso de aterros privados, caberá aos **proprietários privados dos aterros** determinar a realização dos empreendimentos e da eventual certificação. Além disso, nos casos em que o serviço for delegado a particulares, os **concessionários dos serviços de tratamento e destinação final do lixo** têm papel preponderante na realização do empreendimento e na sua certificação. A queima do biogás, em regra, encontra-se compreendida na concessão por ser imperativo de salubridade ambiental do aterro. Assim, pelo menos em princípio, é da competência do concessionário a realização da atividade que poderá gerar os créditos de carbono, cabendo a ele, portanto, proceder à certificação da atividade.

Pode-se, nesse caso, cogitar de duas possibilidades. Em primeiro lugar, pode a prefeitura optar pela **concessão específica** da certificação do MDL para outro particular. O concessionário específico ficaria responsável pela construção da infra-estrutura necessária a otimizar a captação e a queima do biogás (e eventualmente seu reaproveitamento) e pelo financiamento dessa infra-estrutura e da própria certificação, remunerando-se total ou parcialmente pela venda futura dos certificados emitidos. Para isso, seria necessário coordenar a atividade dos dois particulares e discriminar as responsabilidades de cada um. Uma vez que a previsibilidade e o controle da geração, captação, sucção e queima do biogás depende intrinsecamente da forma como são depositados os resíduos orgânicos no aterro, a atividade de ambos os concessionários deverá, nesse caso, ser estreitamente integrada, o que poderá gerar conflitos na operação do aterro e em eventual responsabilidade do Poder

Público (via equilíbrio econômico-financeiro do contrato) por perdas no processo de disposição dos resíduos. Por sua vez, a existência de dois concessionários atuando conjuntamente no mesmo aterro poderá gerar mecanismos de autofiscalização, o que poderá ser benéfico para o Poder Público.

Outra possibilidade seria a atribuição das atividades de construção da infra-estrutura e de certificação ao próprio concessionário dos serviços de tratamento e destinação final do lixo. A vantagem dessa opção é a existência de um único particular operando o aterro, elidindo eventuais problemas de interação e de repartição de responsabilidades entre dois concessionários distintos. Nesse caso, a certificação da redução de emissões poderá ser **receita acessória** da concessão (que contribuirá para a modicidade da tarifa, conforme o art. 11 da Lei nº 8.987/95), ou ainda **obrigação que será incluída na concessão**, por meio de repactuação do contrato. Na última hipótese, deverá ser observada cautela para preservar o requisito da voluntariedade do MDL (v. acima, item II.1.3.1), prevendo-se expressamente a adesão voluntária do concessionário, por via contratual, à certificação do projeto. Os custos adicionais de adaptação da infra-estrutura seriam integrados à concessão, mas a receita decorrente também passaria a integrar a equação econômico-financeira do contrato.

Também os **operadores privados dos aterros** deverão ser envolvidos no processo. Ainda que não se trate de delegação dos serviços por meio de concessão, mas de simples prestação de serviços, a existência de contrato de operação dos aterros por particular envolverá, como visto acima, a coordenação desses com outros particulares, ou ainda a previsão de que os eles próprios realizarão as atividades necessárias à certificação dos aterros. Deve-se, no entanto, observar que ao particular não poderão, em tese, ser impostas obrigações de investi-

mento e construção de infra-estrutura, sob pena de desvirtuamento do contrato de prestação de serviços. Nada impede, no entanto, que se incluam, na prestação dos serviços, a queima e o reaproveitamento do aterro, e sua conseqüente certificação. Nesse caso, a eventual receita obtida pelo operador com a comercialização dos CER deverá ser computada para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Finalmente, os **catadores e as populações que vivem no entorno dos lixões e aterros sanitários** deverão participar do processo de construção, regularização, desativação e recuperação de lixões e aterros sanitários, bem como de certificação da redução de emissões. Nesse sentido, deve-se observar que, no processo de certificação, tanto os catadores quanto a população do entorno devem ser ouvidos (na qualidade de *stakeholders*, v. acima item II.1.4), e é condição para a obtenção dos certificados que seja dada solução social para a questão dos catadores freqüentadores do aterro. A correta captação e a queima do biogás pressupõem a realocação dos catadores (já que os resíduos devem receber recobrimento final e impermeabilização para impedir a dispersão dos gases no ambiente), mas pressupõem a responsabilidade social do empreendimento, intrínseca ao conceito de desenvolvimento sustentável. Por isso, o projeto deverá compreender, ainda, solução econômica e social para os catadores do local, por exemplo, por meio da previsão de centrais de triagem prévia à deposição do lixo orgânico no aterro.

Vários municípios brasileiros já têm adotado soluções de realocação para a população de catadores dos aterros, por meio da sua transferência para fases anteriores ao processo de manejo de resíduos sólidos, particularmente a triagem que antecede a deposição final. No caso de Londrina (PR), por exemplo, os catadores foram associados a um projeto amplo de coleta seletiva, para o qual colaboraram não apenas organiza-

ções não-governamentais, como também a própria concessionária dos serviços de coleta e destinação final dos resíduos, para quem interessava a redução do montante de resíduos depositados no aterro, por meio do incentivo à reciclagem.

III. A VIABILIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO, DA REGULARIZAÇÃO, DA DESATIVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO DE ATERROS SANITÁRIOS

Analisados os principais atores envolvidos e o funcionamento básico do MDL, cumpre então verificar como se dará, sob o ponto de vista jurídico, a viabilização da construção, da regularização, da desativação e da recuperação de aterros sanitários.

De um lado, devemos cogitar dos modelos de viabilização operacional dos empreendimentos em si, ou seja, das relações jurídicas que o Poder Público pode travar na execução do empreendimento que lhe interessa ver realizado (III.1).

De outro lado, cabe verificar quais são os modelos de financiamento atualmente disponíveis para esse empreendimento, que evidentemente guardam relação com a sua operacionalização (III.2.).

III.1. MODELOS DE VIABILIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO, DA REGULARIZAÇÃO, DA DESATIVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO DE ATERROS SANITÁRIOS OU LIXÕES

Em geral, os empreendimentos de construção, regularização, desativação e recuperação de aterros sanitários ou lixões podem ser viabilizados pelo próprio Poder Público (diretamente, ou por meio da contratação de serviços com base na Lei nº 8.666/93), ou pela delegação dessas atividades a particulares, por meio da concessão ou da realização de parceria.

No que diz respeito a estas últimas, cabe analisar a relação do Poder Público com o particular. Para determinar-se qual a estrutura adequada para o caso analisado, convém inicialmente verificar quais estruturas podem ser adotadas. A análise pautar-se-á pelos principais aspectos dos contratos administrativos, a saber:

- **regime jurídico**, que corresponde à legislação aplicável a cada tipo de contrato;
- **objeto** (serviço, obra, obra vinculada a um serviço);
- **remuneração** do contratado;
- **prazos** contratuais;
- forma de **relacionamento entre o Poder Público e o contratado**;
- **relacionamento com os usuários da utilidade pública**.

Dividiremos nossa análise em quatro blocos, a saber: a execução dos serviços pelo próprio Poder Público, pelos recursos públicos ou lançando mão de contratos administrativos simples (III.1.1), a delegação típica, que se subdivide em permissão e concessão comum de serviço público (III.1.2), a parceria público-privada, que compreende a concessão patrocinada e a administrativa. (III.1.3), e, finalmente, a gestão associada (IV).

III.1.1. Execução direta dos serviços pelo próprio Poder Público

III.1.1.1. Execução direta sem contratação de particulares

A execução direta do empreendimento pelo Poder Público, sem a contratação de serviços ou de obra pública com particulares, pressupõe que a Administração disponha dos recursos humanos, materiais e técnicos para realizar, por si, as obras de construção, regu-

larização, desativação e recuperação dos lixões e aterros. Há vários exemplos de prestação dos serviços de limpeza urbana e, notadamente, da disposição final dos resíduos sólidos pela própria Administração, sem o concurso de particulares. É o caso, por exemplo, do Município de Belo Horizonte, que presta os serviços de manejo de resíduos sólidos por meio de autarquia municipal, a Superintendência de Limpeza Urbana (SLU).

III.1.1.2. Execução por meio de contrato administrativo simples de prestação de serviços ou obra pública (Lei nº 8.666/93)

Em razão da diversidade de contratos administrativos constantes do regime estabelecido pela Lei nº 8.666/93, é necessário fazer um corte objetivo, com a finalidade de focar apenas os aspectos relevantes para o empreendimento em tela. Desse modo, é possível conceber um contrato de empreitada de obra, bem como um contrato de empreitada de serviços.

No **contrato de empreitada**, o Poder Público contrata um particular para que ele execute um objeto desejado, com o fornecimento de todo o material necessário para sua consecução. Tal objeto abrange tanto a execução de uma obra (a construção, regularização, desativação ou recuperação de aterro sanitário, por exemplo) como a prestação de um serviço (a operação dos aterros e a queima ou o aproveitamento energético do biogás).

Para viabilizar a licitação, o Poder Público deve apresentar tanto um projeto básico quanto um executivo¹³, ainda que, em casos específicos,

seja possível relativizar a exigência do projeto executivo. Se, por um lado, a exigência de tais projetos permite ao Poder Público especificar exatamente aquilo que pretende contratar, não deixa espaço para o aproveitamento de um eventual ganho de eficiência pela *expertise* do particular. Este fica adstrito ao cumprimento de todas as determinações do contrato, inclusive quanto aos materiais utilizados na obra ou a forma de execução dos serviços, o que o afasta de certos riscos.

Os riscos assumidos pelo particular são apenas os decorrentes da gestão da própria empresa, da formulação da proposta, bem como do mau dimensionamento do projeto (quando este for de sua responsabilidade). Esses são os riscos previsíveis do negócio. Desse modo, um erro de cálculo injustificado não terá o condão de provocar um reequilíbrio econômico-financeiro no contrato. Na empreitada, a Administração estabelece exaustivamente a forma de execução do objeto da contratação, e, ao particular, a mera implementação de um plano já traçado.

A licitação só pode ser levada adiante se houver previsão orçamentária para os gastos a serem realizados no exercício de instauração da licitação. Evidentemente que a previsão é de recursos orçamentários, e não de recursos financeiros, pelo que basta a previsão de ingresso dos recursos, não sendo necessário, para a instauração da licitação, já dispor efetivamente de recursos.¹⁴

Por seu turno, a lei veda a obtenção de financiamento para a execução do objeto pelo próprio particular¹⁵, pelo que o custeio do contratado deve ser sempre suportado pelo Erário.

¹³ Art. 7.º, caput, da Lei 8.666/93, e art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁴ Art. 7.º, III, da Lei 8.666/93, e art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁵ Art. 7.º, § 3.º, da Lei 8.666/93.

Ou seja: o Poder Público deverá encarregar-se do pagamento de todo o contratado, conforme o cronograma estabelecido, o que, em regra, constitui o maior entrave para essa forma de contratação. O particular, em tese, não faz qualquer aporte de capital com recursos próprios, devendo ser remunerado na conformidade da execução do empreendimento, por meio de **pagamentos realizados em razão de medição de parcelas já executadas da obra**, de acordo com as etapas estipuladas no instrumento contratual. O mesmo pode ser dito em relação à prestação dos serviços. Essa é uma peculiaridade dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, e constitui um dos elementos de diferenciação entre este e as concessões administrativas, como se verá mais adiante.

O **prazo contratual** também é **limitado à vigência dos créditos orçamentários** destinados ao pagamento da avença. Não é possível celebrar um contrato administrativo por tempo indeterminado. Porém, na execução de obra, o contrato dura até o cumprimento do cronograma, com a entrega da obra; porém, esse cronograma sendo estipulado em razão dos créditos orçamentários que suportam o contrato¹⁶. Se houver prestação de serviço de natureza contínua, para ela haverá prazo máximo de **sessenta meses**¹⁷. Uma outra exceção é a previsão da despesa no plano plurianual, em que o cronograma de execução de obra ou serviço pode ser fixado sem a sua vinculação direta a determinados créditos orçamentários e, portanto, de vigência limitada – conforme o art. 57, I, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Também essa limitação de tempo tende a ser um dos principais entraves a essa forma de contratação, uma vez que a certificação do MDL tende a ser superior a esse prazo (períodos renováveis de 7 (sete) anos ou um único período de 10 (dez) anos).

Esses contratos podem ter como objeto tanto a execução de uma obra quanto a prestação de um serviço, respeitados os limites de prazo contratual acima mencionados. Sob esse aspecto, a Lei possui certa versatilidade. No entanto, há que se observar que a contratação sob o regime da Lei nº 8.666/93 **dificulta que seja feita uma única contratação** para a implementação da infra-estrutura (obra) e para a prestação dos serviços de operação do aterro.

Também é característica do contrato administrativo simples a bilateralidade do vínculo, que é estabelecido exclusivamente entre a Administração (tomadora do serviço) e o particular (prestador do serviço). Este não assume qualquer responsabilidade perante os demais administrados. O Poder Público, perante terceiros, especialmente os usuários dos serviços, continua responsável objetivamente por qualquer dano resultante da prestação defeituosa do serviço¹⁸.

Características:

- A principal base legal é a Lei nº 8.666/93;
- Pode ter como objeto a execução de obra ou serviço;
- A remuneração é feita pela Administração, à medida que o contrato é executado;
- O prazo máximo é de 60 meses;
- Há impossibilidade de financiamento por particular.

¹⁶ Art. 57, *caput*, da Lei 8.666/93.

¹⁷ Art. 57, II, da Lei 8.666/93.

¹⁸ Art. 37, § 6.º, da Constituição Federal.

PRÓS	CONTRAS
· É conveniente para a realização de empreendimentos com alto grau de definição	· A relação contratual estabelece-se apenas entre o Poder Público e o contratado. O usuário não é parte da relação
· Simplicidade da contratação	· Há pouca margem de decisão do contratado em relação à forma de execução do objeto contratual
· Permite maior controle sobre o processo pela Administração	· Apenas os riscos previsíveis e decorrentes da má gestão cabem ao contratado
· Adequado para a execução de obras	· Menos adequado para a prestação de serviços
· Curto prazo: previsibilidade	· Os prazos, no caso de obras, estão vinculados à entrega da obra, e a prestação de serviços, a 60 meses
	· Os riscos de elaboração e dimensionamento do projeto são arcados pelo Poder Público
	· Impossibilidade de financiamento pelo particular

III.1.2. A delegação típica de serviços

Uma outra forma de envolver a iniciativa privada na realização do projeto seria por meio de instrumentos tradicionais de delegação de serviços públicos. Ao contrário do que ocorre com os contratos administrativos comuns, na delegação, o particular assume, em nome próprio, a prestação do serviço e os riscos decorrentes da atividade. Isso não implica a perda da titularidade por parte do ente público que efetivou a delegação (no caso, o município), pois apenas a execução do serviço é delegada, e, não, a competência para prestá-lo.

Existem duas formas de delegação típica: a permissão e a concessão. Ambas são previstas

no art. 175 da Constituição Federal, e disciplinadas pela Lei nº 8.987/95. O regime conferido pela Lei a esses dois instrumentos é extremamente semelhante. As diferenças entre ambos são criações predominantemente doutrinárias, mas serão aqui esmiuçadas.

III.1.2.1. Permissão

As permissões de serviço público são regulamentadas por uma aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95¹⁹, que trata predominantemente do regime jurídico das concessões. Essa lei aponta como principal característica de seu regime jurídico a **precariedade** (conforme artigo 2º, IV da Lei nº 8.987/95). A relação com o Poder Público, tal como se dá na concessão, é de substituição frente a terceiros, ou seja, ela passa a prestar o serviço em nome próprio, cuja remuneração também advém diretamente do usuário.

É interessante notar que, a despeito da referida precariedade, qualquer alteração unilateral do contrato que cause impacto na equação econômico-financeira deve necessariamente ocasionar uma forma de reparação. Tendo sido levada à condição de contrato (Constituição Federal, artigo 175, parágrafo único, inciso I), a permissão também é atingida pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro (Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI).

As permissões são, **em princípio, atos unilaterais revogáveis a qualquer tempo**, sem natureza contratual. Podem ser divididas entre simples e qualificadas (ou condicionadas). A rigor, a permissão é sempre simples, mas pode tornar-se qualificada, mediante estabelecimento de obrigações ao permissionário, em decorrência da continuidade da prestação do serviço – em

¹⁹ Art. 2º, IV e art. 40 da Lei 8.987/95.

virtude tanto de uma circunstância fática quanto de uma disposição contratual. Pode-se qualificar a permissão mediante o estabelecimento de obrigação de investimento ou a fixação de prazo para a delegação. Na permissão qualificada em regra, exige-se respeito ao equilíbrio econômico-financeiro. Ela, porém, segue sendo precária.

A precariedade consiste na **possibilidade de rescisão contratual a qualquer tempo, independentemente de indenização**. Nas concessões, apesar do prazo definido, é possível rescindir o contrato em certas hipóteses, mas sempre com alguma forma de indenização. No caso das permissões, não há que se falar em indenização, a não ser em ocasiões muito excepcionais, quando houver alguma determinação de investimento por parte do Poder Público. Daí a razão por que a permissão qualificada tem precariedade mitigada.

Nas permissões, o particular não tem qualquer direito de permanecer na prestação do serviço, ainda que essa tenha sido outorgada com prazo determinado. Tal situação deriva do fato de que o permissionário **não assume qualquer obrigação de investimentos** perante a Administração, **principalmente em bens reversíveis**. Por esse motivo, a utilização do instituto da permissão para a construção, a regularização, a desativação e a recuperação de aterros é de utilidade diminuta, já que tais empreendimentos pressupõem investimento, reversão do bem ao final do período de exploração pelo particular e estabilidade no vínculo jurídico entre a Administração e o particular.

O prazo na permissão é uma questão controvertida. Maria Sylvia Zanella de Pietro afirma categoricamente que a estipulação de prazo desnatura a permissão, equiparando-a a uma concessão²⁰. Contudo, preferimos adotar o po-

sicionamento de que a estipulação de um prazo não altera a principal característica da permissão (elemento integrante mesmo de sua definição), qual seja, o seu caráter precário. Seriam as chamadas permissões condicionadas, cujo prazo para rescisão estaria exposto no próprio instrumento contratual. Esta é a sua única peculiaridade.

A proximidade dos regimes jurídicos da concessão e da permissão leva a que a situação concreta determine qual meio de contratação é o mais adequado. As permissões podem ser utilizadas quando não houver necessidade de investimentos que demandem amortização em longo prazo, tampouco impliquem a reversão necessária de bens. Seria diversa, porém, a situação em que se exigem do particular investimentos significativos, seja na execução de obras, seja na imposição de obrigações de qualidade. Assim, sendo necessário o aporte de recursos pelo contratado, a permissão deixa de ser uma alternativa vantajosa à relação contratual.

Não obstante tais notas, temos que o instituto da permissão tende a ser cada vez menos útil. Isso pelo fato de que a sua característica de precariedade instabiliza intensamente a relação de delegação, impedindo que se façam exigências de mínima qualidade de serviço ao particular, mesmo sem necessidade de vultosos investimentos.

Características:

- Base legal: Lei nº 8.987/95;
- Objeto: delegação da prestação de serviços públicos que não demandem investimento substanciais;
- Responsabilidade objetiva do particular em relação ao usuário (art. 37, § 6.º, da Constituição);

- Não envolvimento de reversão de bens;
- Tarifa: fixada pelo Poder Concedente;
- Remuneração: pela exploração do serviço.

PRÓS	CONTRAS
· Remuneração atrelada ao desempenho do particular, como na concessão	· Precariedade e instabilidade do vínculo
· Maior liberdade para o Poder Público retomar os serviços	· Revogação não gera direito a indenização
	· Descabimento de reversão de bens
	· Impossibilidade de atração de investimentos
	· Exclusão da realização de obra pública

III.1.2.2. Concessão comum

As concessões de serviço público permitem uma flexibilização do regime contratual da Lei nº 8.666/93, ao deixar que o contratado assuma uma responsabilidade maior, realizando a prestação “por sua conta e risco”. Na concessão, o particular assume um serviço de titularidade do Estado e passa a explorá-lo economicamente, em seu lugar, arcando com todos os encargos daí decorrentes.

A expressão “por sua conta e risco” implica **maior liberdade empresarial, menor descrição do projeto, obrigações relativas ao alcance de resultados, e não de meios e remuneração decorrente de seu próprio desempenho.**

A Lei nº 8.987/95 estabelece que as concessões comuns²¹ de serviços públicos podem abranger ou não a execução prévia de uma

obra pública para servir de suporte à prestação do serviço.

Com base nas inovações trazidas pela Lei de Concessões, poder-se-ia pensar que haveria uma mudança radical na repartição de riscos em relação ao sistema mais protetivo imposto pela Lei nº 8.666/93. O art. 10 da Lei nº 8.987/95 chega mesmo a afirmar que, mantidas as condições contratuais, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No entanto, conforme aponta a doutrina, não há uma repartição efetiva dos riscos. O concessionário não está sujeito à incidência de fatos alheios à sua vontade. Aqui se aplica a teoria das áleas ordinária e extraordinária – uma divisão genérica das responsabilidades decorrentes de um fato imprevisto. Assim, as concessões mantiveram um sistema vigente antes da Constituição de 1988, em que o particular assume apenas o risco da gestão de da própria empresa, e o Estado, o do negócio. Essa configuração da concessão em nosso ordenamento jurídico se deve a uma hegemônica leitura conservadora da lei, à luz de considerações feitas no regime jurídico anterior.

Essa técnica de distribuição de riscos pode ser superada pela previsão contratual expressa acerca de cada aspecto da prestação. Com isso, o particular pode precificar devidamente os ônus deixados ao seu encargo, ao passo que o Poder Concedente pode manter alguns riscos sob a sua responsabilidade, para manter as tarifas em níveis aceitáveis.

Uma inovação em relação ao regime da Lei nº 8.666/93 é a **possibilidade (se não obrigatoriedade) de o particular buscar uma fonte de financiamento externa**, que é inclusive autorizada pelo art. 7.º, § 3.º, da Lei nº 8.987/95. Isso

²¹ Denominação presente na Lei 11.079/04, art. 2.º, § 3.º

decorre de um traço marcante da concessão, que pressupõe a existência de um significativo investimento inicial por parte do particular, que será amortizado ao longo do tempo, mediante a cobrança de tarifa dos usuários. A vantagem desse sistema, já mencionada, é a desnecessidade de aporte por parte do Poder Público.

A licitação para a concessão de um serviço deve necessariamente ser processada mediante a modalidade concorrência, regida pela Lei nº 8.666/93, com algumas peculiaridades em relação ao edital e aos critérios de julgamento. Uma peculiaridade é a possibilidade de converter o consórcio vencedor da licitação em uma sociedade de propósito específico (SPE)²², que assumirá a atividade.

Em relação ao prazo do contrato, a lei é silente. É evidente que deve haver um prazo expresso no contrato²³. Não há limite de prazo previamente estabelecido na Lei. Isto ocorre justamente porque a duração da avença deve depender da relação entre o montante investido e o tempo necessário à amortização, considerada uma taxa média de retorno. Sabe-se, por exemplo, que a construção de aterro sanitário implica um investimento de grande monta, cujo retorno é muito baixo. É aconselhável, então, a estipulação de um prazo contratual longo, que permita recuperação do investimento. Assim, o prazo da concessão dependerá de uma análise técnica de cada caso.

Ao contrário do que ocorre com o contrato administrativo simples, em que a relação contratual fica adstrita à contratante e ao contratado, nas concessões surge a figura do usuário. A relação torna-se trilateral, pois o concessionário relaciona-se diretamente com os usuários, sob a fiscalização do Poder Público. Note-se que,

nos contratos simples, o contratado, ainda que preste algum serviço diretamente aos administrados, o faz em nome da Administração. Nas concessões, o particular assume o lugar do Estado (sem que este deixe de ser o titular do serviço), o que, aliás, acarreta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em relação aos danos por ele causados.

A remuneração do concessionário é feita, geralmente, pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço. Contudo, como adiante se verá, tem-se admitido a figura do **usuário único**, na qual o Estado representa toda a coletividade (item II.1.2.2.1).

III.1.2.2.1. A questão do usuário único

A alternativa de concessão comum pressupõe, como visto, a possibilidade de pagamento da tarifa diretamente pela Administração, uma vez que inexistente, em regra, pagamento de tarifa pelo usuário final dos serviços de tratamento e disposição final de resíduos sólidos. Como se trata de **serviços de fruição obrigatória**, tais serviços seriam no máximo financiados por **taxa** a ser cobrada dos usuários, e, não, de tarifa.

A questão que se apresenta, portanto, é a de saber se a contraprestação da Administração estaria vedada. A discussão é antiga no Direito Público. Parcela da doutrina mais tradicional considera que não seria possível um aporte de recursos por parte do Estado, sem distorcer o sistema legalmente estabelecido.²⁴ Esse posicionamento decorre da previsão, pela Lei nº 8.987/95, de remuneração do concessionário por meio de receitas tarifárias.

²² Art. 20 da Lei 8.987/95.

²³ Art. 18, I, da Lei 8.987/95, e art. 57, § 3.º, da Lei 8.666/93.

²⁴ Cf., por exemplo, a posição de Benedicto Tolosa Filho, Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, Comentada e Anotada, Aide, Rio de Janeiro, 1995.

Todavia, parte dos administrativistas entende que a percepção pelo concessionário de receitas oriundas de fontes complementares²⁵ demonstra que a percepção de tarifa diretamente pelos usuários não é a única fonte de remuneração prevista pela Lei, admitindo não somente o aporte complementar de recursos públicos, que seriam descontados da tarifa praticada, como o próprio pagamento da contrapartida diretamente pelo Poder Público. Ao mencionar a possibilidade de custeio dos serviços concedidos por meio de receitas **alternativas**, a Lei de Concessões e Permissões de serviços públicos parece, com efeito, ter autorizado que o preço público tradicional – cobrado diretamente do usuário – não fosse o único meio de remuneração dos serviços prestados e do concessionário.²⁶

Assim, não haveria sustentação legal ou doutrinária para a exclusão de outras formas de remuneração da concessão que não fosse a tarifa classicamente concebida. Em nenhum momento, a Lei teria condicionado o instituto da concessão à necessidade de arrecadação de contraprestação dos usuários pelos serviços prestados como única fonte admissível de receitas do concessionário. Ao contrário, o regime estabelecido pela Lei é flexível, adaptável às “peculiaridades” do serviço, e admite uma plêiade de fontes de receitas que não o preço público pago pelos usuários finais do serviço.

Em parecer que versa exatamente sobre a concessão dos serviços municipais de coleta de resíduos sólidos, Benedicto Pereira Porto Neto consigna igualmente que, se o ordenamento jurídico admitisse tão-somente como fonte de receita do concessionário a contrapartida oferecida pelos usuários, não haveria falar-se em concessão sem tal característica. No entanto, a lei geral de concessões admite outras formas de remuneração, como anteriormente se viu, o que justifica plenamente, segundo o autor, a viabilidade da concessão, mesmo nos casos em que a remuneração do concessionário não decorra do pagamento de preço público pelos beneficiários finais da atividade. Afirma:

“Costuma-se adotar o termo tarifa sempre que o regime estabelecido preveja que o concessionário possa receber contraprestação do usuário. Nada impede, entretanto – por isso não se desfigura a concessão – que o Poder Público estabeleça regras segundo as quais ele mesmo assumirá a remuneração das atividades do concessionário. O que importa é que o concessionário deve ser pago. A forma de pagamento é secundária, pode dar-se por qualquer processo”.

E ainda:

“Uma vez que a Lei de regência das Concessões contempla fontes de receitas al-

²⁵ Art. 11 da Lei 8.987/95: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital da licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observando o disposto no art. 17 desta Lei”.

²⁶ Nesse sentido, cf. posição de Marcos Juruena Villela Souto, para quem “ao prever a receita alternativa como forma de remuneração do particular, abriu-se a oportunidade do Poder Público, ao conceder determinado serviço público, e uma vez registrado o procedimento no edital de licitação, complementar ou substituir a tarifa por outros meio de remuneração do concessionário.”, in Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações, Lúmen Iures, Rio de Janeiro, 2000, p. 93. Também essa é a posição de Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “Com relação às outras formas de receitas admitidas pela Lei Geral das Concessões de 1995, chama a atenção o fato desta falar em receitas alternativas, pois o vocábulo implica a idéia de que, em vez da tarifa, a remuneração do concessionário seja feita por outro tipo de receita. E isto parece ter sido intencional.” Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas, Atlas, São Paulo, 1996, p. 70.

ternativas à arrecadação de tarifas dos usuários (art. 11), sem estabelecer relação entre a remuneração da concessionária e o resultado econômico da exploração dos serviços, é válida sua remuneração diretamente pelo Poder Concedente.”

Sob essa perspectiva, o que caracteriza o instituto da concessão não é propriamente a contraprestação do usuário final do serviço, mas, sim, o fato de os serviços concedidos serem prestados “*por conta e risco*” do concessionário. É como a Lei Geral de Concessões define o instituto da concessão e como a doutrina em geral o conceitua.

No que concerne ao **risco**, a concessão caracteriza-se por contrato de longo prazo, no qual o concessionário assume os investimentos necessários à execução da atividade e assume todos os riscos empresariais inerentes aos serviços, com liberdade de gestão de negócios e responsabilidade integral pelos seus resultados. A essência da remuneração do concessionário é a sua variabilidade, ou seja, *a relação intrínseca da remuneração com o resultado financeiro da exploração do serviço.*²⁷

No que concerne à expressão “por sua conta”, trata-se de diferenciar a concessão da prestação normal de serviços, em que o contratado desempenha os serviços em nome do poder contratante. Não há transferência de responsabilidades nesse caso. Diversamente, na concessão verifica-se a existência de uma “*relação jurídica direta entre a prestadora de serviço (concessionária), além, evidentemente,*

*da relação entre a concessionária e a Administração Pública. A concessionária assume diretamente as responsabilidades pelo serviço. Essa relação direta não decorre necessariamente da forma de remuneração da concessionária.”*²⁸

O particular presta o serviço em nome próprio, não em nome da prefeitura. Por esse motivo, responsabiliza-se diretamente, perante os usuários, pelos sucessos e pelos fracassos da prestação. Como assinala ainda Benedicto Pereira Porto Neto em seu parecer, a arrecadação de tarifas junto aos usuários, pelo concessionário, só faz tornar mais explícita e identificável essa relação, mas não constitui seu elemento essencial. O que é essencial é que o concessionário responda perante os usuários, no próprio nome e diretamente, pelos serviços que prestar.

Portanto, é de se concluir que o instituto da concessão, tal qual definido na lei e na doutrina brasileiras, seria plenamente compatível com o modelo de usuário único. Segundo esse modelo, haveria o efetivo pagamento de preço público (tarifa) por usuário do serviço. A diferença é que, nesse caso, o Poder Público é definido como usuário do serviço, na qualidade de representante da coletividade. Ao invés da contrapartida ser paga diretamente pela coletividade que se beneficia do serviço, tal relação é intermediada pela Administração. Ainda assim, trata-se tão-somente do meio de pagamento dos valores devidos pela prestação dos serviços. O núcleo essencial da concessão – que pressupõe o recebimento de contrapartida pelos serviços prestados “por conta e risco”

²⁷ Cf. Benedicto Pereira Porto Neto, Parecer: concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2000, n. 5, p. 233 e ss.

²⁸ Idem.

do concessionário – está plenamente preservado. Por esse motivo, não haveria desvirtuamento da concessão com a adoção do modelo do usuário único.

Nesse sentido, algumas concessões dos serviços de manejo de resíduos sólidos foram efetuadas sob o modelo do usuário único, como a concessão no Município de São Paulo, realizada em 2003.

Com o advento da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), que prevê expressamente a possibilidade de complementação tarifária em favor do concessionário com recursos públicos (concessão patrocinada) e a possibilidade de contrapartida integral pelo Poder Público (concessão administrativa), suscitou-se a questão de saber se o modelo do usuário único, com pagamento da tarifa diretamente pelo Poder Público, seria ainda possível na concessão comum.

Se, de um lado, a Lei nº 11.079/04 afasta qualquer dúvida quanto à legalidade de concessão em que a contrapartida do concessionário é paga diretamente pelo Poder Público (concessão patrocinada), há, por outro lado, quem sustente que essa modalidade estaria restrita às hipóteses de PPP, passando a ser vedada para a concessão comum.

Isso porque, conforme o art. 2º da Lei, as parcerias público-privadas corresponderiam aos contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, sendo estas definidas, respectivamente, como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/05, “quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (concessão patrocinada, § 1º) e como 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 instala-

ção de bens (concessão administrativa, § 2º). De forma ainda mais explícita, o § 3º da Lei nº 11.079/04 estabelece ainda que “*não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*”. Observe-se que o § 2º do artigo faz referência à Administração como usuária “direta ou indireta” dos serviços, o que parece compreender expressamente a figura do usuário único.

Em consequência, tornou-se mais difícil sustentar o estabelecimento de concessão comum com base no modelo do usuário único sem que esta configure uma PPP, sujeita ao regime da Lei nº 11.079/04 e aos seus limites. Tal enquadramento poderá ser contestado pelos órgãos de controle da Administração, notadamente o Tribunal de Contas competente, com base nas disposições expressas do art. 2º, caput, e §§ 1º a 3º, da Lei nº 11.079/04.

Características:

- Principal base legal é a Lei nº 8.987/95;
- Objeto do contrato é a delegação da prestação de um serviço público, precedido ou não por obra;
- Prestação do serviço é “por conta e risco” do concessionário;
- Responsabilidade objetiva é do particular frente ao usuário (art. 37, § 6º, da Constituição);
- reversão dos bens amortizados, mas sem indenização para o concessionário;
- remuneração feita pela própria exploração do serviço, por meio das receitas tarifárias;
- Em princípio, as tarifas são pagas diretamente pelo usuário final do serviço;
- Tarifa fixada pelo Poder Concedente.

PRÓS	CONTRAS
· Equilíbrio econômico-financeiro dinâmico	· Dificuldade de estabelecimento do crivo de equilíbrio
· Remuneração atrelada ao desempenho por meio de tarifas	· Nova Lei de PPP impede o pagamento de tarifa diretamente pela Administração (modelo do usuário único)
· Prazo longo, para proporcionar a amortização dos investimentos e modicidade tarifária	· Grande atribuição de responsabilidade ao particular
· Investimento inicial com recursos do particular	· Dificuldade de atender à modicidade tarifária
· Prestação do serviço por conta e risco do particular	

III.1.3. A Parceria Público-Privada

As chamadas parcerias público-privadas já surgem em um contexto de larga aplicação do modelo de concessões. Grande parte das observações feitas no tópico sobre III.1.2.1 é aplicável às PPP. Há, no entanto, algumas inovações. Essas formas contratuais surgem para conferir maior **flexibilidade** e maior **confiança** às relações entre Estado e iniciativa privada – sobretudo em relação à capacidade de o Estado de honrar seus compromissos. A flexibilidade revela-se na possibilidade de ajustes contratuais, em que o particular tenha **liberdade para organizar a forma de prestar suas obrigações**, sendo cobrado por seu desempenho. A maior confiança envolve o **oferecimento de maiores garantias** de cumprimento, por parte do Estado, de suas obrigações, particularmente as de pagamento.

Assim é que é prevista, em geral, a **criação de um fundo garantidor ou de uma empresa estatal que reúna ativos que possam ser oferecidos em garantia**, com o objetivo de assegurar o adimplemento das obrigações de pagamento assumidas pelo Estado em decorrência da parceria. Deverão ser analisadas as leis federal ou estaduais e municipais que criam tais fundos ou empresas, de maneira a verificar o seu regime em cada caso concreto. Na esfera federal, foi criado o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), regulamentado pelo Decreto nº. 5411/05. No Estado de São Paulo, por exemplo, a opção foi pela criação da Companhia Paulista de Parcerias (CPP)²⁹. Os modelos são, em geral, semelhantes, com a atribuição de bens públicos a essas entidades, que garantiriam o pagamento da contraprestação pública, os quais seriam executados diretamente em caso de inadimplemento. Por possuir personalidade jurídica de Direito Privado, a execução não é demorada, e não está sujeita ao regime de precatório. A Lei nº 11.079/04 prevê, ainda, outras formas de garantia, como a vinculação de receitas e o seguro-garantia, prestado por uma instituição financeira³⁰.

A flexibilidade dos modelos admissíveis para as PPP presta-se também a superar a **dificuldade freqüente de financiamento** de projetos financiados exclusivamente por tarifa paga diretamente pelo usuário. Nesse sentido, em todos os âmbitos em que foram feitos instrumentos legislativos para viabilizar as PPPs, foram previstos mecanismos de concessão, que contam com o **subsídio total ou parcial do Poder Público**. No âmbito estadual, por exemplo, a Lei Paulista de PPPs prevê que a remuneração do contratado poderá ser feita mediante a utilização, isolada ou combinada, de: (i) tarifas cobradas dos usuários; (ii) pagamento com re-

²⁹ Art. 12 da Lei Estadual nº 11.688/04, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 48.867/04.

³⁰ Art. 8.º da Lei 11.079/04.

cursos orçamentários; (iii) cessão de créditos do Estado; (iv) cessão de direitos relativos à exploração comercial de bens públicos materiais ou imateriais; (v) transferência de bens móveis e imóveis; (vi) títulos da dívida pública; e (vii) outras receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados (artigo 9º). A partir daqui, chamaremos a concessão com subsídio total de “**concessão administrativa**”, e a concessão com subsídio parcial de “**concessão patrocinada**”, terminologia adotada na legislação federal (Lei Federal nº. 11.079/04).

Há uma grande preocupação em resguardar os **interesses dos investidores**, em uma tentativa de atrair investimentos a um custo razoável para os projetos de PPPs. No caso da lei federal, é prevista a possibilidade de os investidores assumirem a empresa, faculdade conhecida como *step in right*³¹. O empenho da contraprestação pública também pode ser feito diretamente em nome dos financiadores do projeto, sem passar pelo caixa da empresa.³² Para minimizar os riscos políticos, a aplicação do índice de atualização monetária das tarifas não depende de homologação da parte do Poder Público³³.

A **repartição dos riscos** entre a Administração e o parceiro privado é expressamente mencionada, tanto no âmbito federal quanto nas leis estaduais sobre o tema.³⁴ Isso significa que o edital, e principalmente o contrato de PPP, deve prever expressamente essa distribuição de responsabilidades, que pode divergir do regime tradicional de repartição de responsabilidades

conforme a atratividade e o modelo de negócio adotado para cada parceria.

A **licitação** das parcerias público-privadas deve ser processada pela modalidade concorrência, com regras bastante específicas previstas na Lei Federal nº. 11.079/04. É prevista a **pré-qualificação obrigatória** e admitida a **inversão de fases** de julgamento de propostas e habilitação, bem como os **lances em viva voz**³⁵, tal como já ocorre no pregão. Certamente o processo de contratação torna-se mais ágil com a adoção desse procedimento.

Ao contrário do que ocorre com a Lei nº 8.987/95, os contratos de parcerias público-privadas têm **prazo de duração delimitado no intervalo entre um mínimo de cinco anos e um máximo de trinta e cinco anos**³⁶. Isso funciona como um dos requisitos indispensáveis à contratação de uma PPP. Um outro requisito é o **valor mínimo do projeto, que deve ser de pelo menos vinte milhões de reais**³⁷, assim como a necessidade de haver uma contraprestação paga pelo Poder Concedente em favor do concessionário. Esse limite restringe a possibilidade de utilização das parcerias para os empreendimentos de pequeno porte.

O seu objeto deve sempre estar associado à prestação de um serviço. No âmbito federal, a lei é expressa ao prever que **não é possível PPP para o fornecimento isolado de um bem ou de uma obra**. A legislação federal exige que haja um serviço acessório, como a manutenção da obra, por exemplo, a ser executado ao longo

³¹ Art. 5.º, § 2.º, I, da Lei 11.079/04.

³² Art. 5.º, § 2.º, II, da Lei 11.079/04.

³³ Art. 5.º, § 1.º da Lei nº 11.079/04.

³⁴ V. por exemplo o art. 4.º, I e 5.º, III da Lei Federal nº 11.079/04.

³⁵ Arts. 12, III e 13 da Lei nº 11.079/04.

³⁶ Art. 2.º, § 4.º, II e art. 5.º, I, da Lei nº 11.079/04.

³⁷ Art. 2.º, § 4.º, I, da Lei nº 11.079/04.

do contrato.³⁸ No que diz respeito à Lei do Estado de São Paulo, apesar de menos explícita, ela consigna igualmente que *“não serão objeto de parcerias público-privadas a mera terceirização de mão-de-obra e as prestações singelas ou isoladas”* (art. 5º, §1º, da Lei Estadual nº. 11.688/04). Assim, as parcerias público-privadas não poderiam servir tão-somente à execução do empreendimento de infra-estrutura sanitária, pressupondo igualmente a delegação da atividade de destinação final de resíduos sólidos ou ainda de outros serviços correlatos à manutenção e à operação da infra-estrutura.

O último requisito diz respeito a um **limite imposto aos entes federados**, entre os quais os municípios. Não lhes é permitido exceder **1% da Receita Corrente Líquida** com contratos de PPPs, sob pena de o governo federal não efetuar as transferências voluntárias, nem oferecer garantias em favor do estado ou do município que ultrapassar o limite. No cômputo, incluem-se as despesas contratuais da administração direta e indireta, autárquica e fundacional. Embora de constitucionalidade discutível³⁹, o dispositivo aplica-se enquanto não houver um posicionamento do STF sobre o tema. Também esse limite poderá constituir entrave importante à utilização das PPPs pelos municípios.

As leis federal e estaduais de PPPs também positivaram certas interpretações consideradas polêmicas no âmbito da Lei nº 8.987/95, como a possibilidade do uso de arbitragem⁴⁰ e a contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário.

Passa-se agora à análise das peculiarida-

des de duas modalidades específicas de concessão admitidas no âmbito das PPPs, conforme sua caracterização, constante da Lei Federal nº. 11.079/04, quais sejam: as concessões patrocinadas e as administrativas.

III.1.3.1. Concessão Patrocinada

As concessões patrocinadas são regidas tanto pela Lei nº 8.987/95 quanto pela Lei nº 11.079/04. Esses contratos têm por escopo a exploração de serviços públicos econômicos, com o adendo de contraprestação por parte não apenas do usuário do serviço, mas também do próprio Poder Concedente.⁴¹

Serviços públicos econômicos que demandem investimentos muito expressivos podem ser inviabilizados pelo impacto que sua amortização teria sobre as tarifas, tornando seu custo proibitivo ou socialmente inaceitável. Nesse sistema de concessão patrocinada, o Poder Público assume parte da contraprestação tarifária, para tornar o contrato economicamente viável.

Um requisito adicional para a configuração de um contrato de concessão patrocinada é a necessidade de **autorização legislativa prévia**, quando a complementação tarifária atingir mais de 70% do total necessário para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁴².

No caso específico da limpeza urbana, a concessão patrocinada mostra-se pouco adequada, pois pressupõe o recebimento parcial

³⁹ Cf. por exemplo AZEVEDO MARQUES, F., “As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental”, in SUNDFELD, C.A., (coord.), Parcerias Público-Privadas, São Paulo, Malheiros, 2005.

⁴⁰ Tanto a Lei Federal quanto a Lei Paulista admitem expressamente a previsão de mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive a arbitragem, nos instrumentos de parceria público-privada. V. art 11, III, da Lei Federal e art. 11 da Lei Paulista.

⁴¹ Art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04.

⁴² Art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04.

de tarifa diretamente dos usuários do serviço. Assim, só se aplicaria essa alternativa para os casos dos municípios que prevêem a cobrança de tarifa direta dos usuários para a prestação dos serviços de limpeza urbana.

Características:

- Regência pela Lei nº 11.079/04 (federal), e subsidiariamente pela Lei nº 8.987/95;
- Objeto: Prestação de serviço público precedido ou não por obra;
- Prazo: mínimo de 5 e máximo de 35 anos. Dentro desse intervalo, o prazo deve ser definido pelo instrumento;
- Prestação do serviço público “por conta e risco” do concessionário;
- Relação triangular entre estado, concessionário e usuários;
- Remuneração *mix* de tarifa e aporte orçamentário;
- Forma de prestação de serviços: parâmetros objetivos fixados pelo Poder Público, flexibilidade organizacional pelo particular e cobrança por desempenho;
- Responsabilidade objetiva.

PRÓS	CONTRAS
• Remuneração por meio de tarifa e pagamento complementar por parte do Poder Público	• Necessidade de autorização legislativa para aportes que ultrapassem 70% do valor total
• Compartilhamento dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado, na forma estabelecida no contrato	• Desembolso orçamentário e limites de endividamento de 1% (um por cento) da Receita Corrente Líquida
• Pagamento posterior à disponibilização da infraestrutura	• Parcial risco de inadimplência do Poder Público e não-incentivo ao investidor • Valor mínimo de R\$ 20 milhões

PRÓS	CONTRAS
• Formalização da viabilidade econômica do empreendimento • Prazo mais longo do que ao da Lei 8.666/93 • Possibilidade de inclusão de obrigações de investimento não apenas na operação, mas também na infraestrutura	• Necessidade de fixação detalhada dos níveis de serviço esperados • Maior complexidade na definição do crivo de exigências

III.1.3.2. Concessão administrativa

A concessão administrativa, por sua vez, representa a grande inovação nos mecanismos de contratação administrativa e de delegação de utilidades públicas aos particulares. Ela permite expressamente a contratação de particulares para a execução de serviços públicos em sentido amplo (não apenas os serviços públicos econômicos), estabelecendo a figura da **Administração Pública** como **usuária**. Ao admitir tal estrutura, torna-se expressamente possível a realização de concessão (no sentido de contrato de longo prazo entre Estado e iniciativa privada, por meio do qual o particular assume a prestação do serviço “por sua conta e risco”) de serviços públicos em sentido amplo, cuja exploração econômica é impossível, como hospitais e escolas.

Se até então a concessão de tais serviços não era efetuada pela inconveniência de remunerar o particular mediante a cobrança de tarifa direta dos usuários, com a nova legislação (federal e estadual) das parcerias público-privadas e notadamente com a figura da concessão administrativa, tal estrutura de delegação tornou-se expressamente admitida. Há concessão, mas a remuneração do particular é efetuada por meio de pagamento integral pela própria Administração.

Se a concessão administrativa encontra terreno fértil no campo dos serviços públicos “não-econômicos”, ela também pode ser bastante útil

para aqueles serviços públicos com conteúdo econômico pronunciado, quando a cobrança de tarifas, embora viável, não compense. O Poder Público tem flexibilidade para adotar o mecanismo que melhor convier para o serviço público visado, conforme a população envolvida, as políticas públicas que pretende implementar e os valores que pretende reafirmar com a prestação do serviço. Poderá assumir totalmente o pagamento das tarifas, remunerando por completo o serviço prestado, caso considere que onerar diretamente o usuário final seja contrário ao interesse público. Um exemplo disso seria o modelo adotado nas concessões rodoviárias remuneradas por meio do pedágio-sombra, em que a Administração paga ao concessionário um valor correspondente ao número de veículos que trafegam naquela rodovia.

A concessão administrativa é de grande utilidade para a construção e a operação de aterros sanitários, pois, na grande maioria dos municípios, não há previsão de pagamento de tarifas pela fruição desses serviços, que são custeados pelo orçamento público, eventualmente com recursos gerados por taxa. Diante da inexistência de pagamento de tarifa diretamente pelo usuário final do serviço, a concessão administrativa permitiria que, ainda que a execução da obra e do serviço se desse por conta e risco do concessionário, este fosse remunerado diretamente pelo Poder Público.

Características:

- Regência pela Lei nº 11.079/04, com aplicação de alguns dispositivos da Lei nº 8987/95;
- Objeto: serviço público precedido ou não por obra;
- Serviços públicos econômicos ou convencionais (hospitais e escolas, por exemplo) também podem ser objeto;
- Prestação do serviço “por conta e risco” do concessionário;
- Remuneração paga totalmente pelo Poder Público

blico conforme as unidades definidas de uso ou os critérios de desempenho;

- Prazo mínimo de 5 e máximo de 35 anos. Dentro desse intervalo, o prazo deve ser definido pelo instrumento.

PRÓS	CONTRAS
• Compartilhamento dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado, na forma estabelecida no contrato	• Desembolso orçamentário integral e limites de endividamento de 1% (um por cento) da Receita Corrente Líquida
• Possibilidade de investimento pelo particular	• Risco de inadimplência pelo Poder Público com desincentivo ao investidor
• Pagamento posterior à disponibilização da infraestrutura	• Necessidade de um preciso dimensionamento dos gastos sob pena de inviabilização financeira por insuficiência orçamentária • Valor mínimo de R\$ 20 milhões
• Possibilidade de utilização para serviços não-econômicos	• Necessidade de fixação detalhada dos níveis de serviços esperados
• Viabilização econômica imediata do empreendimento	• Maior necessidade de definição precisa dos riscos do particular e do crivo de equilíbrio

III.1.4 Gestão associada

A gestão associada de serviços públicos consiste no compartilhamento, entre diferentes entes federativos, do desempenho de certas funções ou serviços públicos de seu interesse comum. Trata-se, portanto, de uma forma de cooperação federativa para planejamento, regulação, fiscalização ou prestação de serviços que demandam ou recomendam o envolvimento de mais de um ente federativo. **Saliente-se, portanto, que, diferentemente dos itens anteriores, a presente seção tem por foco instrumentos jurídicos a serem celebrados entre**

entes federativos, e não entre Estado e iniciativa privada.

A gestão associada de serviços públicos foi prevista expressamente no art. 241 da Constituição Federal, com redação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a saber:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A partir daí, duas constatações devem ser feitas. Primeira: **a gestão associada poderá envolver não apenas entes da mesma esfera federativa** (município com município, estado com estado), **como também entes de esferas distintas**. Assim, um determinado serviço pode ser desempenhado por meio de gestão associada entre vários municípios e um estado, ou entre um município, um estado e a União, e assim por diante.

Segunda: a gestão associada deve estar consubstanciada em um **instrumento jurídico que estabeleça as bases do relacionamento entre os entes federativos abrangidos**. Nesse sentido, o dispositivo constitucional remete aos **consórcios públicos** e aos **convênios de cooperação**.

Esses instrumentos serão discutidos mais detidamente a seguir. Por ora, cabe apenas salientar que o legislador constitucional, ao mencionar os convênios e os consórcios, manifesta sua preocupação em deixar a cargos dos entes federativos a abrangência a ser dada à gestão associada. Assim, ela poderá tanto compreender meramente o planejamento conjunto de determinadas políticas, sem se criar uma instância própria de deliberação ou execução de serviços,

quanto envolver a delegação de funções de fiscalização e regulamentação de determinadas atividades, realizadas por terceiros ou pelos próprios entes federativos.

De forma similar, o grau de vinculação da gestão associada também admite um leque variado de opções. Poderá consubstanciar-se na criação de uma outra pessoa jurídica, a quem caberá desempenhar as funções de gestão associada; ou então estabelecer um conjunto de obrigações e direitos contratuais entre entes federativos; ou, ainda, ser mero convênio de cooperação, evidentemente, por convênio que é, de caráter precário, que defina diretrizes gerais de interação entre dois ou mais entes federativos.

III.1.4.1. Consórcio Público

Uma das alternativas para a integração de diferentes entes federativos é a instituição de consórcio público.

Os consórcios públicos travestem-se em formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e as possibilidades de cada um dos entes envolvidos. Trata-se, portanto, de manifestação do federalismo de cooperação.

Os consórcios públicos, tal qual os consórcios em geral, têm natureza contratual, é dizer, exigem a criação de obrigações recíprocas entre as partes, com vista a bem atingir o objetivo de interesse comum.

Essa forma de cooperação entre os entes federados tem as seguintes características:

1. Versa sobre o exercício de competências comuns, em que há atuação conjunta, ou priva-

- tiva, em que há propriamente cooperação;
2. Estipula obrigações recíprocas entre os entes consorciais;
 3. Manifesta vontades não-antagônicas;
 4. É de natureza contratual;
 5. Admite cláusulas de sanções por inadimplência ou por danos causado por retirada do consórcio;
 6. Necessita de subscrição de protocolo de intenções pelos Chefes do Poder Executivo, cujas cláusulas devem estar de acordo com o previsto em lei;
 7. Necessita de ratificação do protocolo por lei emanada do Poder Legislativo de cada um dos entes envolvidos;
 8. Requer adoção de estatutos;
 9. Permite a gestão integrada plena dos serviços públicos, inclusive mediante o exercício, pelo consórcio, dos poderes de planejar, regular, fiscalizar e avaliar os serviços públicos;
 10. No caso de o consórcio prestar serviços públicos, obriga cada ente consorciado a celebrar, com ele, o respectivo contrato de programa.

PRÓS	CONTRAS
<ul style="list-style-type: none">· Estabilidade· Contrato verdadeiro entre as partes· Admissão de cláusula de permanência obrigatória e de sanções por inadimplência.· Maior enquadramento legal· Possibilidade de gestão integrada plena dos serviços· Existência de lei específica (Lei nº 11.107/05)	<ul style="list-style-type: none">· Necessidade de intervenção legislativa (ratificação do protocolo)· Maior formalidade· Novo instrumento (falta de tradição)

III.1.4.2. Convênios de cooperação entre entes federados

O convênio, ajuste mediante o qual as partes buscam alcançar interesses comuns, é referido na Constituição Federal em dois momentos. O artigo 71, inciso IV da Constituição, menciona tal figura quando trata do controle externo da Administração Pública a cargo do Tribunal de Contas. Seu artigo 241, com redação dada pela EC nº 19/98, determina que os entes da Federação deverão disciplinar, por meio de lei, os convênios de cooperação. Porém, há de se ter em conta que, nesses dois momentos, a Constituição menciona instrumentos completamente diferentes, ou seja, não se deve confundir o *convênio*, especialmente o *convênio de repasses de recursos*, com o *convênio de cooperação entre entes federados* mencionado no art. 241 da Constituição, que pode possuir, entre seus objetos, a gestão associada de serviços públicos.

Conforme a doutrina e a jurisprudência, o convênio existe para firmar a cooperação entre seus signatários, não havendo a oposição de vontades entre eles. **Disso decorre a precariedade do instrumento, ou seja: a possibilidade de desfazimento do vínculo a qualquer tempo.**

Nos convênios internos, firmados entre pessoas jurídicas de Direito Público, não se cogita da hipótese de prévia licitação para sua celebração, já que eles pressupõem a conclusão de um objeto específico e restrito às partes que o celebram⁴³, em que não se verifica uma competição digna de ensejar o certame.

Embora os convênios de cooperação entre entes federados não se confundam com o convênio *tout court*, no que couber, devem obedecer

⁴³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*, 12ª ed., Atlas, p. 287 entende não caber a licitação em qualquer modalidade de convênio.

às mesmas formalidades e requisitos que a lei impõe aos contratos, destacando-se as cláusulas essenciais do termo previstas no artigo 55 da Lei n. 8.666/93 e o termo escrito.

Deve-se ressaltar que os convênios devem necessariamente estabelecer seu prazo de duração, ainda que possam ser denunciados a qualquer tempo, sujeitando-se ao controle dos Tribunais de Contas dos entes federativos envolvidos.

Os convênios, no âmbito da gestão associada de serviços públicos, podem dispor sobre a regulação, o planejamento, a fiscalização e a avaliação de serviços públicos, inclusive formalizando que o exercício dessas atividades seja delegado para órgão ou entidade de determinado ente federativo. Por exemplo: mediante convênio de cooperação entre entes federados, o município pode delegar o exercício das atividades de regulação de um determinado serviço público para órgão ou entidade do estado ou de outro município.

Além disso, é de se notar que o convênio de cooperação entre entes federados, ao contrário dos convênios comuns, precisa estar *disciplinado* por lei de cada um dos entes federados que cooperam entre si, nos termos do que expressamente prevê o art. 241 da Constituição Federal. Por causa disso, o seu regime jurídico difere-se bastante dos convênios comuns, em que é comum a existência de lei meramente *autorizativa*, apesar de a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, considerar inconstitucional essa exigência. Nota-se, aqui, portanto, uma diferença importante entre os convênios comuns, que, a rigor, nem necessitam de lei autorizativa para serem celebrados, e os *convênios de cooperação entre entes federados*, que podem dispor sobre serviços públicos e autorizar a sua gestão associada, dependendo, porém, de *disciplina* por lei editada individualmente pelos entes federados cooperantes.

Note-se, também, que o convênio comum pode ser subscrito por diferentes pessoas jurídicas, inclusive por pessoas jurídicas de Direito Privado. O mesmo não ocorre com o *convênio de cooperação entre entes federados*, que, evidentemente, comporta subscrição apenas pelos representantes legais dos respectivos entes federados.

Por fim, caso a gestão associada englobe a prestação de serviço público, ou seja, que órgão ou entidade de um ente federado preste serviço público de titularidade de outro ente federado, necessário se faz que isso esteja expressamente autorizado no convênio de cooperação, bem como esteja devidamente contratado, por meio do *contrato de programa*, a que se fará menção a seguir.

Segue um resumo das características do convênio de cooperação entre entes federados:

1. comunhão de objetivos institucionais comuns;
2. competências institucionais comuns aos conveniados;
3. convergência de objetivos e resultados;
4. mútua colaboração;
5. vontades não-antagônicas;
6. natureza precária;
7. inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória e de sanções por inadimplência.

PRÓS	CONTRAS
<ul style="list-style-type: none">· Elasticidade· Possibilidade de ser desfeito a qualquer tempo, incentivando arranjos cooperativos, uma vez que não há, por meio do convênio, a assunção de compromissos irrevogáveis ou cuja revogação tenha alto custo· Possibilidade de autorização de celebração de contrato de programa, para a disciplina da prestação de serviços públicos por meio de gestão associada	<ul style="list-style-type: none">· Precariedade: pode ser denunciado a qualquer tempo· Sujeição a disciplina de lei de cada um dos entes cooperantes· Dificuldade de estabelecer direitos e obrigações determinadas e cogentes· Possibilidade de confusão com outro convênio. Como o convênio de cooperação entre entes federados é uma novidade, pode se confundir com o convênio comum, o que prejudica sua segurança jurídica

III.1.4.3. Contrato de programa

O contrato de programa foi instituído pela Lei n. 11.107/05⁴⁴. Tem por objeto a constituição e a regulação de obrigações de um ente federativo com outro ente, ou com consórcio, “no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.” Assim, sua celebração dá-se no âmbito de gestão associada, seja ela autorizada por meio de consórcio, seja por meio de convênio de cooperação entre entes federados. Aplica-se, portanto, em complementação aos dois institutos discutidos acima – não se admitindo uso fora dessas hipóteses.

No que toca ao regramento do serviço público objeto do contrato, o contrato de programa pode ser similar a uma concessão ou parceria público-privada, instrumentos discutidos anteriormente. Sua diferenciação, portanto, decorre primordialmente da natureza pública das partes contratantes.

Nesse sentido, o contrato de programa pode ser celebrado não apenas com a Administração Direta, mas também com entidades da Administração Indireta, sejam de direito público, sejam de direito privado⁴⁵. Para tanto, basta que essa possibilidade esteja devidamente prevista no contrato de consórcio ou no convênio de cooperação entre entes federados. Imagine-se, por exemplo, uma situação em que a destinação final de resíduos sólidos envolva mais de um município. Considere-se, ainda, que um desses municípios tenha uma autarquia bastante capacitada nessa área, interessada em prover a coleta e a destinação final dos resíduos nos dois municípios. Nesse caso, os municípios poderão, por exemplo, formar um consórcio, que celebrará, com a autarquia do primeiro município, um contrato de programa para a realização de serviços de coleta e destinação final de resíduos sólidos.

Oportuno frisar, por fim, que a Lei n° 11.107/05 veda a transferência ao contratado de funções de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele prestados. Estabelece, ainda, que as obrigações advindas do contrato de programa sobrevivem ao consórcio ou convênio de cooperação entre entes federados⁴⁶. Portanto, as partes permanecem vinculadas aos seus termos mesmo após extinto o convênio ou o consórcio que deu base à celebração do contrato de programa.

⁴⁴ Art. 13.

⁴⁵ Art. 13, § 5º.

⁴⁶ Art. 13, § 3º e 4º.

QUADRO SINÓPTICO: RELAÇÕES ENTRE O PODER PÚBLICO E O PARTICULAR.

		Regime Jurídico	Objeto	Remuneração	Prazo	Valor mínimo do contrato	Responsabilidade do contratado perante terceiros
Contratos administrativos simples	Empreitada (obra ou serviço)	8.666/93	Obra ou serviço	Poder Público	Entrega da obra: 60 meses	X	Poder Público permanece responsável
Delegação típica	Concessão comum	8.987/95	Obra ou serviço	Tarifa	Até a amortização	X	Objetiva
	Permissão	8.987/95	Serviço	Tarifa	Determinado pelo contrato	X	Objetiva
PPP	Concessão patrocinada	8.987/95 e 11.079/04	Obra e serviço	Tarifa e Poder Público	5 a 35 anos	20 milhões	Objetiva
	Concessão administrativa	11.079/04	Obra e serviço	Poder Público	5 a 35 anos	20 milhões	Objetiva / Poder Público

III.2 - O FINANCIAMENTO PARA CONSTRUÇÃO, REGULARIZAÇÃO, DESATIVAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE ATERROS SANITÁRIOS

O financiamento é questão-chave para a viabilização dos empreendimentos relacionados à construção, à regularização, à desativação e à recuperação de aterros sanitários, por se tratar de projetos que demandam vultosos investimentos para a sua consecução.

A forma de obtenção dos recursos necessários para a consecução dos empreendimentos está diretamente ligada à escolha dos modelos jurídicos para a implementação do projeto já apresentados neste relatório (III.1). A depender do modelo escolhido, poderão ser os recursos tomados diretamente pelo particular encarregado da exploração dos serviços (como é o caso dos aterros privados e da delegação típica ou da parceria no caso de aterros públicos), ou diretamente pelo Poder Público (quando a prestação dos serviços for realizada pela própria Administração Direta ou por contrato de prestação de serviços).

Para o desenvolvimento desse tema, dividimos sua abordagem em dois tópicos, levando em consideração o agente tomador dos recursos – Poder Público (item III.2.1) e particular (item III.2.2) –, abordando as principais operações de crédito existentes, com as respectivas características e requisitos para a sua contratação.

III.2.1 O financiamento para o Poder Público

O financiamento para o setor público, no Brasil, tem obtido da legislação um tratamento bastante restritivo, em razão principalmente do gigantesco esforço feito nos últimos anos para a redução do *déficit* público e para o cumprimento das metas econômicas acordadas com o FMI.

A matéria é regulada por normas constitucionais. Entre elas, as mais importantes são o artigo 52, incisos VI, VII e IX, que fixam competências do Senado Federal, no que se refere à estipulação de regras e ao exercício do controle do endividamento público, e o artigo 163, incisos I, II e IV, que prevê que todos os entes federativos, especialmen-

te em matéria de finanças públicas, dívida pública interna e externa e emissão e resgate de títulos da dívida pública, devem integral obediência à Lei Complementar editada pela União Federal⁴⁷.

O exercício das competências arroladas é influenciado decisivamente pelo estatuído na Lei Complementar prevista no art. 163 da Carta Constitucional, hoje entendida como duas leis: a **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**, que regula o orçamento e a realização de receitas e despesas públicas, e a recente **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**, esta última conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal” (LRF), **complementadas pelas Resoluções expedidas pelo Senado Federal**.

A disciplina da LRF e das resoluções senatoriais quanto aos limites de endividamento tem por objetivo assegurar equilíbrio entre as receitas futuras e os montantes a serem empregados para cumprimento das obrigações pactuadas pelos entes públicos. Isso é expressão da necessidade de compatibilizar as aspirações da sociedade, traduzidas em políticas governamentais, com os recursos à disposição das entidades de natureza política. Do ponto de vista operacional, isso se faz pela **limitação da dívida pública em nível prudente** (compatível com receita e patrimônio público), propiciando margem de segurança para absorção de eventos imprevistos. Preserva-se, assim, o patrimônio público, uma vez que se evita o seu desgaste em pagamento de encargos financeiros por exacerbada necessidade de uso de recursos de terceiros.

A LRF, além de ter capitulado e especificado a chamada “regra de ouro” – que proíbe a realização **pelos entidades federativas** de operações de crédito em montante que exceda as suas Despesas de Capital⁴⁸ – previu, no seu art. 30, procedimento para estipulação, por meio de Resolução do Senado Federal (nos termos da competência estabelecida pelos incisos VI, VII, do art. 52 da Constituição Federal), do limite para a dívida consolidada dos estados e das condições e dos limites globais para a realização de operações de crédito **interno e externo** pelos entes federativos.

Além disso, a LRF definiu a relação entre a dívida pública⁴⁹ e as receitas correntes líquidas, como critério para aferição dos limites máximos de endividamento de cada ente federativo (art. 30, §3º da LRF).

As **Resoluções n.º 40 e 43, de 2001, do Senado Federal** (com nova redação dada pelas Resoluções n.º 3 e 5 de 2002) – exercendo as competências constitucionalmente previstas⁵⁰ e seguindo o procedimento e os critérios genéricos estabelecidos pela LRF – dispuseram sobre os limites globais para o montante da dívida consolidada líquida⁵¹ e mobiliária⁵² dos entes federativos e sobre as condições e limites para a realização de operações de crédito. No que toca aos limites da dívida consolidada e imobiliária, a Resolução n.º 40, de 2001, estabeleceu, ao lado dos seus limites, os procedimentos para a realização de eventuais ajustes pelos entes públicos.

⁴⁷ O sistema federal brasileiro se distanciou do modelo norte-americano, mais se assemelhando ao modelo alemão, posto que, tal como na Grundgesetz, adotou normas de direito financeiro comuns a todos os entes federativos, harmonizando a atuação de cada um deles nesse campo.

⁴⁸ Essa regra, em termos mais genéricos, já estava prevista no art. 167, III, da Constituição Federal.

⁴⁹ Permitindo, inclusive, que a referência para tanto seja a dívida líquida, conforme §2º do art. 30 da LRF.

⁵⁰ Incisos VI, VII e IX do art. 52 da Constituição Federal.

⁵¹ Estipulando, inclusive, no seu art. 3º, que, para esse efeito, deve ser usada como referência a dívida consolidada líquida.

⁵² Apesar de ser competência do Senado dispor sobre os limites da dívida mobiliária, a LRF não estabelece procedimento para tanto no seu art. 30. Disciplina apenas o procedimento para estabelecimento dos limites da dívida consolidada da União.

Por força das disposições do artigo 32 da LRF e das Resoluções 40 e 43/2001 do Senado Federal (com as alterações posteriores), **as atividades relativas às operações de crédito** (análise de pleitos e consultas, dentre outras) de estados, Distrito Federal, municípios, respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes **foram transferidas do Banco Central do Brasil para o Ministério da Fazenda, que as desempenhará por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).**

Deverão ser observadas ainda as normas expedidas pelo **Conselho Monetário Nacional (CMN)** sobre as regras para o **contingenciamento do crédito do setor público**, e pelo **Banco Central (Bacen)**, quanto à **gestão do Sistema de Registro de Crédito com o Setor Público (cadip)**, criado pela Resolução 2008, de 28 de julho de 1993 (CMN), e mantido pelas resoluções que a sucederam.

Em vista da Resolução nº. 43/2001, do Senado Federal, que sujeita a contratação de operação de créditos a limitações de ordem jurídica e econômica, bem como a um procedimento administrativo específico, para que a Administração Pública contrate operações de crédito (financiamento) interno ou externo para custear determinado projeto de infra-estrutura, deverá cumprir com todas as regras e limites impostos sob pena de lhe ser inviabilizado o acesso ao financiamento.

Uma vez observadas as normas e os limites que regem o endividamento pelo setor público, poderão os municípios lançar mão da contratação de financiamentos para a consecução de projetos no setor de resíduos sólidos. Entretanto, os limites impostos pela legislação acabam por criar dificuldades aos entes públicos para o acesso às linhas de crédito, sobretudo por aqueles que não têm boa situação financeira e equilíbrio em suas contas.

Entre as possibilidades de financiamentos interno e externo existentes e que podem ser

utilizados para financiar os empreendimentos objeto deste estudo, destacamos :

- Programa Saneamento para Todos – Recursos do FGTS;
- Organismos Multilaterais de Crédito – Banco Mundial;
- Organismos Internacionais de Crédito – JBIC.

III.2.1.1 Programa Saneamento para Todos - FGTS

O Programa Saneamento para Todos, instituído pela Resolução 476, de 31 de maio de 2005, objetiva promover a melhoria das condições de saúde e da qualidade de vida da população por meio de ações integradas e articuladas de saneamento básico no âmbito urbano com outras políticas setoriais, com vista ao aumento da cobertura dos serviços de saneamento básico, incluídos os serviços de resíduos sólidos.

Este programa foi regulamentado pela **Instrução Normativa 23, de 23 de julho de 2005, do Ministério das Cidades**, que prevê as regras para o financiamento dos projetos com utilização dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – (FGTS). Referidas operações de financiamento encontram-se ainda subordinadas às normas gerais que regem as operações do FGTS, bem como às diretrizes da Resolução nº. 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador da Caixa Econômica Federal, e às normas complementares expedidas pela Caixa Econômica Federal (CEF), na qualidade de Agente Operador do FGTS, e pelo Ministério das Cidades, na qualidade de Gestor da Aplicação dos Recursos.

Além da CEF e do Ministério das Cidades, participam ainda do Programa os agentes financeiros habilitados e credenciados, bem

como os mutuários (tomadores), os agentes promotores e os garantidores nos termos do Anexo I da IN nº. 23.

Poderão contratar empréstimos no âmbito do Programa Saneamento para Todos, nos moldes do Anexo I: Mutuários Públicos, os estados, os municípios, o Distrito Federal e suas entidades da Administração descentralizada, inclusive empresas públicas, sociedade de economia mista e consórcios públicos de direito público.

Como garantidores funcionarão os estados, os municípios, o Distrito Federal e as empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Entre os empreendimentos financiáveis pelo Programa estão compreendidos o manejo de resíduos sólidos (item 6.1.6 do Anexo I) e estudos e projetos (item 6.1.9 do Anexo I).

É de se notar que os serviços de manejo de resíduos sólidos será tratado pelo PL 5206/05, bem como pelo Ministério das Cidades, como parte da noção ampla de Saneamento Básico.

Na modalidade de **manejo de resíduos sólidos**, estão compreendidos os seguintes empreendimentos:

- a) elaboração de estudos complementares ao projeto básico e de projetos executivos do empreendimento objeto do financiamento;
- b) aquisição de materiais e equipamentos e execução de obras e serviços, com vista à implantação, à ampliação, à melhoria ou à recuperação de:
 - i) sistemas de tratamento e disposição final, de triagem e de compostagem, de desativação, encerramento e recuperação ambiental de lixões;
 - ii) unidades de transbordo e suas instalações complementares; e
 - iii) urbanização do entorno de instalações de tratamento, destinação ou transbordo, quando incluída como medida mitigadora do impacto;

iv) execução de trabalho social de suporte à implantação do empreendimento, incluindo ações de educação sanitária e ambiental, e ao desenvolvimento da participação comunitária, ao apoio à inclusão social de catadores e ao aproveitamento econômico do material reciclável.

No item relativo aos **estudos e projetos**, estão compreendidos os estudos de concepção e empreendimentos de manejo de resíduos sólidos, desde que esses empreendimentos possam ser enquadrados nas demais modalidades, ou disponham de recursos para a sua execução oriundos de financiamentos com organismos nacionais ou internacionais, ou de Programas do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

São financiáveis: a execução de planos municipais e regionais de saneamento ambiental; planos diretores de manejo integrado de resíduos sólidos e **execução de estudos de concepção, projetos básicos e projetos executivos**.

O **valor do investimento**, tanto para a modalidade de manejo de resíduos sólidos quanto para a elaboração de estudos e projetos, corresponde ao total do empreendimento, composto pelo valor do financiamento (ou empréstimo) e **pela contrapartida** a ser oferecida pelo tomador do crédito. Esta última, cujo **valor mínimo é de 10% (dez por cento) do valor total o empreendimento**, compreende a aplicação de recursos financeiros de outras fontes, recursos próprios do mutuário ou de terceiros, inclusive de fontes de recursos internacionais, oferecida para compor o valor total do investimento, sendo também aceitos como contrapartida os valores relativos a obras, serviços e terrenos, limitados aos valores pagos atualizados ou aos valores de avaliação, o que for menor.

As **taxas de juros e prazos máximos de amortização e carência** previstas na IN nº 23 para as modalidades relativas a resíduos sólidos e estudos e projetos são as seguintes:

Modalidades	Taxa de juros		Prazo de amortização	Prazo de carência
	Regular % a.a.	Mínima % a.a.	Anos	Meses
Manejo de resíduos sólidos (aterros sanitários)	9,0	6,0	15	36
Estudos e projetos	8,0	8,0	5	12

O procedimento para obtenção de financiamento está previsto nos itens 10 e seguintes do Anexo I da IN 23, e abrange: (i) Apresentação e enquadramento das propostas de operação de crédito; (ii) Habilitação das propostas de operação de crédito, (iii) Contratação; (iv) Desembolsos; e (v) Prestações de retorno.

Quanto à **apresentação e ao enquadramento** de propostas de operação de crédito no âmbito do programa, o procedimento está previsto no item 10 do Anexo I da IN 23. No que tange à **habilitação das propostas**, elas serão processadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA) por meio de processo de seleção pública⁵³.

O procedimento de **habilitação** prevê a análise das condições institucionais, operacionais e financeiras requeridas para a sustentabilidade do empreendimento, compreendendo as seguintes fases:

- análise institucional,
- análise técnica,
- hierarquização,
- análise de viabilidade, e
- seleção para contratação.

Na **análise institucional (itens 11.2.1 e**

11.2.1.1. do Anexo I da IN 23), é analisado o cumprimento de alguns requisitos, tanto pelo prestador de serviços públicos interessado no financiamento, quanto pelo titular do serviço público de saneamento básico, constantes dos itens 11.2.1.1 e 11.2.1.2 do Anexo I. Os interessados em financiamento de empreendimentos que se enquadrarem na modalidade de manejo de resíduos sólidos deverão ainda cumprir o disposto no item 11.2.1.9 do Anexo I.

Na **análise técnica**, além do atendimento das disposições específicas da modalidade de manejo de resíduos sólidos, previstas no item 12.2.2.6, e de estudo de projetos, previsto no item 11.2.2.9, ambos do Anexo I, os empreendimentos deverão atender aos requisitos gerais previstos no item 11.2.2 do mesmo Anexo, aplicável a todas as modalidades de empreendimentos.

Na fase de **hierarquização**, a SNSA deve classificar as operações de crédito que atenderem às condições relativas às fases de análise institucional e técnica, segundo os critérios de priorização e sistemática estabelecidos no regulamento da seleção pública. Feito isso, o Ministério das Cidades divulgará a relação das propostas que atenderem às exigências da análise institucional e técnica, hierarquicamente, informando as instituições financeiras, podendo solicitar ainda informações complementares para a análise de viabilidade.

Na fase seguinte, de **análise de viabilidade**, as condições de implementação das operações de crédito serão analisadas para a verificação da sustentabilidade econômica do empreendimento, sob o prisma do desenvolvimento institucional e do aumento da efici-

⁵³ De acordo com o item 16.1 das disposições finais da IN 23, o Regulamento de Seleção Pública será objeto de normativo específico a ser expedido pelo Ministério das Cidades.

ência dos prestadores de serviços, conforme disposições constantes dos itens 11.2.4.1 a 11.2.4.4 do Anexo I.

Na **seleção para a contratação**, satisfeitas as condições estipuladas no item 11.2.5 do Anexo I, o Ministério das Cidades fornecerá, ao Agente Financeiro, o termo de habilitação referente à proposta de operação de crédito, devidamente numerado e com a indicação de sua modalidade, notificando o Agente Operador, bem como promovendo a publicação no D.O.U. da relação dos termos emitidos.

Na fase de **contratação**, cumpridos os requisitos previstos no item 12 do Anexo I, as propostas habilitadas serão objeto de contrato de operação de crédito, sendo certo que o primeiro **desembolso** ocorrerá em até 12 meses, contados a partir da data de assinatura do contrato, período esse que poderá ser prorrogado, a critério do gestor da aplicação, por uma única vez, por no máximo igual período.

O início do desembolso fica ainda condicionado à apresentação de **licença de instalação**, fornecida pelo órgão de meio ambiente competente, quando assim couber.

As **prestações de retorno** serão devidas mensalmente e vencerão na data prevista no contrato, reajustadas conforme índice e periodicidade da atualização das contas vinculadas ao FGTS.

III.2.1.2 Operações de crédito externo

Pode ainda o poder público socorrer-se das linhas de crédito internacionais oferecidas pelos organismos multilaterais e internacionais de crédito. Podemos citar como exemplo dessas instituições o Banco Mundial (Bird) e o JBIC, cujos procedimentos e condições de financiamento abordaremos a seguir, a título exemplificativo.

III.2.1.2.1 Organismos internacionais de crédito (JBIC)

O Japan Bank for International Cooperation (JBIC) é um organismo criado em 1999, de capital detido 100% pelo governo japonês, cujos principais objetivos são: (i) fornecimento de apoio financeiro para o investimento externo e o comércio internacional das empresas japonesas, (ii) **apoio, por meio de recursos em condições financeiras subsidiadas, de implementação da melhoria da infra-estrutura socioeconômica e de estabilidade econômico-financeira em países em desenvolvimento.**

O JBIC possui duas operações de financiamento que são o *International Financial Operation* (IFO) e o *Official Development Assistance* (ODA). Para o financiamento de empreendimentos nas áreas de resíduos sólidos, a operação da modalidade ODA é a mais aplicável, cujos tomadores são o governo federal, o estadual, o municipal e instituição governamental no Brasil.

O objetivo básico dessa operação é conseguir, com recursos em condições financeiras subsidiadas, apoiar os países em desenvolvimento para que promovam a melhoria da infra-estrutura socioeconômica e a estabilidade econômico-financeira.

Uma operação é classificada como ODA a partir do preenchimento de 3 requisitos fundamentais, a saber:

- a) a origem dos recursos deve provir de organismo oficial;
- b) os recursos devem ser utilizados para a melhoria do desenvolvimento econômico e social do país solicitante do empréstimo;
- c) tratando-se de cooperação financeira, as condições financeiras devem ter o *Grand Element* superior a 25% (esse índice demonstra o grau de favorecimento das condições de empréstimo - ou seja, quanto mais favoráveis, no que

se refere a juros e prazos de amortização, mais se eleva o índice).

Destinam-se aos países em desenvolvimento econômico, com o objetivo de estimular o auto-esforço e a iniciativa própria do país tomador do recurso. Em princípio, são aplicados no melhoramento da infra-estrutura socioeconômica, **na preservação do meio ambiente**, na redução da pobreza e no desenvolvimento social, incluindo-se a capacitação de recursos humanos.

Os empréstimos ODA também podem destinar-se ao financiamento de pesquisas, com o intuito de incrementar a qualidade do processo de acompanhamento da execução e da utilidade do projeto, desde sua localização inicial até o *follow-up*, após sua conclusão (incremento da eficiência da cooperação econômica). A assistência complementar pode ser de quatro tipos: Saprof, para a elaboração do projeto; Sapi, para a sua implementação; Saps, para lhe dar sustentabilidade; e Procurement, para a obtenção de bens e serviços.

ODA e Questões Ambientais

Em busca do desenvolvimento sustentável, as questões ambientais são uma das mais relevantes no contexto global atual; assim, o JBIC leva-as em consideração ao conduzir suas operações. Com o objetivo de incentivar os executores a tratar apropriadamente as questões ambientais, bem como lhes dar condições para que se avalie de forma eficaz e eficiente suas ações, o JBIC atualizou, em 2002, as “Diretrizes para a Confirmação das Considerações Ambientais e Sociais”. Por meio dessas diretrizes, foram estabelecidos aspectos ecológicos e temas de caráter socioambiental como condições para o financiamento de executores de projetos. Essas dire-

trizes ganharam total efetividade a partir de 1º de outubro de 2003.

Com a adoção do Protocolo de Quioto, foram introduzidos diversos mecanismos, entre os quais o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), e, nessa linha de comportamento, inúmeras medidas foram adotadas pelo JBIC, entre as quais **o estabelecimento de taxas de juros especiais para financiamento ODA – “Condições Preferenciais” –, em vigor desde julho de 2002.**

O JBIC estabelece como condições para receber um empréstimo do tipo ODA:

- 1) Preparação do projeto;
- 2) Aprovação pelo município, pelo estado, pela União e pelo Cofix (Ministério do Planejamento);
- 3) Solicitação de empréstimo por intermédio de linha diplomática, com estudo de viabilidade que inclua o aspecto ambiental;
- 4) Pré-análise / Avaliação pelo JBIC;
- 5) Pré-notificação pelo Governo Japonês;
- 6) Troca de Notas entre os dois governos; e
- 7) Assinatura do contrato.

As Condições de Financiamento para o Brasil – Taxas de Juros Padrão para empréstimos ODA – são revistas anualmente, de acordo com as oscilações dos custos de captação de recursos ODA. Na tabela abaixo, são identificados os setores que envolvem “Condições Preferenciais”, ou seja, financiamentos que abrangem setores como capacitação de recursos humanos, **problemas ambientais**, entre outros.

SANEAMENTO PARA TODOS

TERMOS E CONDIÇÕES PARA EMPRÉSTIMOS ODA (1º DE ABRIL DE 2005)

Classe de renda	PNB per capita em 2003	Condições	Padrão/ Opcional ²	Taxa de juros (%)	Amortização (anos)	Carência (anos)	Condições de Procurement
Países menos desenvolvidos		Condições Gerais	Padrão	0,90	30	10	Untied
			Opção 1	0,85	25	7	
			Opção 2	0,80	20	6	
			Opção 3	0,75	15	5	
		Condições Preferenciais	Padrão	0,75	40	10	Untied
			Opção 1	0,65	30	10	
			Opção 2	0,60	20	6	
			Opção 3	0,50	15	5	
Países de baixa renda	Até US\$ 765	Condições Gerais	Padrão	1,30	30	10	Untied
			Opção 1	1,00	25	7	
			Opção 2	0,85	20	6	
			Opção 3	0,75	15	5	
		Condições Preferenciais	Padrão	0,75	40	10	Untied
			Opção 1	0,65	30	10	
			Opção 2	0,60	20	6	
			Opção 3	0,50	15	5	
		STEP ¹	Padrão	0,40	40	10	Tied
			Opção	0,30	30	10	
Países de média baixa renda	US\$ 766 até US\$ 1,465	Condições Gerais	Padrão	1,50	30	10	Untied
			Opção 1	0,90	20	6	
			Opção 2	0,80	15	5	
		Condições Preferenciais	Padrão	0,75	40	10	Untied
			Opção 1	0,65	30	10	
			Opção 2	0,60	20	6	
			Opção 3	0,50	15	5	
		STEP ¹	Padrão	0,40	40	10	Tied
			Opção	0,30	30	10	
		Países de renda média (ex.: Brasil)	US\$ 1,466 Até US\$ 3,035	Condições Gerais	Padrão	1,50	25
Opção 1	1,05				20	6	
Opção 2	0,90				15	5	
Condições Preferenciais	Padrão			0,75	40	10	Untied
	Opção 1			0,65	30	10	
	Opção 2			0,60	20	6	
	Opção 3			0,50	15	5	
STEP ¹	Padrão			0,40	40	10	Tied
	Opção			0,30	30	10	
Países de renda média alta	US\$ 3,036 Até US\$ 5,295			Condições Gerais	Padrão	2,00	25
		Opção 1	1,80		20	6	
		Opção 2	1,60		15	5	
		Condições Preferenciais	Padrão	1,20	25	7	Untied
			Opção 1	0,90	20	6	
			Opção 2	0,75	15	5	

Opções para Programa do tipo ODA

Em caso de co-financiamento, é possível aplicar o mesmo período de repagamento.
¹ STEP = Special Term for Economic Partnership. Será ajustado de modo a estender uma ajuda *tied*, reconsiderado em 15 de janeiro anualmente.

² O nível de concessão de termos opcionais não excederá aquele dos termos-padrão.

Entre os setores considerados especiais para fins de financiamento ODA estão: (i) Economia de energia e preservação de recursos; **(ii) Fontes de energias novas e renováveis; e (iii) Proteção da camada de ozônio.**

III.2.1.2.2 Organizações multilaterais de crédito

Outra opção para o financiamento do Poder Público para os empreendimentos relativos

ao manejo de resíduos sólidos refere-se às linhas de crédito oferecidas pelas Organizações Multilaterais de Crédito. Entre tais organizações, destaca-se o Banco Mundial, cujos procedimentos, por serem os mais utilizados para a contratação de financiamento, serão abordados de maneira exemplificativa no presente relatório.

A expressão Banco Mundial refere-se mais comumente ao Bird e à AID, instituições particularmente creditícias.

O Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) é uma instituição financeira de caráter multilateral, criada em 1944, juntamente com o Fundo Monetário Internacional (FMI), por ocasião da Conferência Monetária e Financeira de *Bretton Woods*, realizada com o fim de criar um arcabouço de regras econômico-financeiras para o pós-guerra.

Entre os tipos de financiamentos efetuados pelo Bird/BID, podemos destacar os seguintes:

EMPRÉSTIMOS DE INVESTIMENTO (normalmente envolvem contrapartida de 50%)	
SIL – Specific Investment Loan	Empréstimos de investimento específico – criação e manutenção de ativos produtivos e infra-estrutura econômica, social e institucional
TAL – Technical Assistance Loan	Empréstimos de assistência técnica – fortalecimento de instituições; construção de capacidade em agências ligadas a políticas, estratégias e reformas
LIL – Learning and Innovation Loan	Empréstimos de aprendizagem e inovação - projetos-piloto para preparar intervenções maiores. Até US\$ 5 milhões
EMPRÉSTIMOS DE AJUSTE (normalmente não requerem contrapartida)	
SAL – Structural Adjustment Loan	Empréstimos de ajuste estrutural – para reformas que visam ao crescimento, ao uso eficiente de recursos, e de uma balança de pagamentos sustentável a médio e longo prazos; normalmente trata de questões macroeconômicas multissetoriais; desembolso rápido
Secal – Sector Adjustment Loan	Empréstimos de ajuste setorial – mudanças de políticas e reformas institucionais em setores específicos; desembolso rápido baseado em condições predeterminadas.
PSAL – Programmatic Structural Adjustment Loan	Empréstimos de ajuste estrutural programável – programa nacional de três a cinco anos, em apoio a reformas de políticas ou capacidade institucional de médio prazo; cada empréstimo de um PSAL normalmente prevê projetos anuais, com uma ou mais parcelas
PSECAL – Programmatic Sector Adjustment Loan	Empréstimos de ajuste setorial programável – como o PSAL, mas visa reformas setoriais

SANEAMENTO PARA TODOS

OUTROS INSTRUMENTOS ⁵⁴	
Swaps - Sector-Wide Approaches	Mecanismos que buscam apoiar programas de reformas setoriais baseados em objetivos de desenvolvimento de longo prazo. Representam uma abordagem em parceria, em prol de programas amplos, executados pelo País. Eles normalmente abarcam um setor inteiro, especialmente as áreas sociais

Os termos e as condições praticados pelo Bird/BID são os seguintes:

TERMOS	B I R D		B I D	
Financiamento	Até 50% do custo total do projeto. Admite percentual mais elevado, dependendo da natureza do projeto		Até 60% do custo total do projeto. Pode chegar a 70% em projetos sociais e de redução da pobreza	
Moeda	USD, EUR, JPY, SFr ou um mix dessas moedas		USD, EUR, JPY, SFr ou um mix dessas moedas	
Taxa de juros	Empréstimo com Margem Fixa (EMF)	Empréstimo com Margem Variável (EMV)	Mecanismo Unimonetário	Mecanismo Unimonetário Baseado na LIBOR
	Libor de seis meses + spread que permanece fixo durante a vigência do empréstimo	Libor de seis meses + spread variável semestralmente	Custo médio ponderado das captações do Banco + spread	Taxa Libor de 3 meses + spread
Comissão de Compromisso (sobre o saldo não-desembolsado do empréstimo)	0,85% a.a. nos primeiros 4 anos e 0,75% a.a. nos demais. Vigora a partir de 60 dias da assinatura do contrato	0,75% a.a. Vigora a partir de 60 dias da assinatura do contrato	Contratualmente, prevê-se uma taxa de 0,75%a. a. A partir do 2º semestre de 2003, a taxa foi reduzida, por tempo indeterminado, para 0,25% a.a. Vigora a partir de 60 dias da assinatura do contrato	
Outras Comissões	Comissão de abertura de crédito: 1,0% do valor do financiamento, pago na data de efetividade do empréstimo, podendo ser reduzido do valor do financiamento		Comissão de Inspeção e Vigilância: contratualmente, prevê-se uma taxa de 1% do valor do financiamento. A partir do 2º semestre de 2003, a taxa foi reduzida a 0 (zero), por tempo indeterminado	
Desembolsos	Até 5 anos		3 a 6 anos	
Amortização	12 a 15 anos		20 a 25 anos	
Carência	3 a 5 anos		Até 6 anos	

Fonte: Manual de Financiamentos externos do MPO.

Ressalte-se que os processos de obtenção de financiamento externo são bastante complexos e burocráticos, exigindo normalmente a contratação de consultores para a sua viabilização. Em vista do grau de complexidade e da burocracia envolvidos na obtenção desses financiamentos, os municípios de pequeno porte podem encontrar dificuldades para contratar essas operações de crédito.

III.2.2. O financiamento para o particular

Os financiamentos dos empreendimentos a cargo do particular aplicam-se às modalidades de concessão de serviços públicos e PPP já expostas neste relatório, bem como aos aterros privados. Nesses casos, a responsabilidade pela obtenção do financiamento é exclusiva do concessionário a quem o Poder Público outorgou a prestação dos serviços de tratamento e a destinação final de resíduos sólidos, de serviços relativos à conservação e à manutenção da infraestrutura, no caso da PPP, ou, ainda, ao proprietário do aterro privado.

No que tange especificamente aos aterros públicos, o concessionário dos serviços poderá optar pelas mais variadas fontes de financiamentos nacionais e internacionais, **cujas operações de crédito serão contratadas por sua conta e risco**, não sendo aplicáveis os limites de crédito previstos para o endividamento do Poder Público previstos na LRF e nas Resoluções Senatoriais. Há que se frisar que, nos casos de PPP, eventual subsídio a cargo do Poder Público estará sujeito às regras e limitações ao endividamento público. Entretanto, ressalvada a hipótese de PPP, poderá o particular optar pelo financiamento que melhor lhe convier no mercado interno ou externo, entre os quais tem prevalecido a opção por empréstimos tomados do BNDES e da CEF (FGTS), por serem contraídos em moeda nacional e em condições normalmente mais favoráveis.

Uma alternativa que vem sendo vislumbrada para o financiamento de projetos no setor saneamento básico é o financiamento com recursos do FGTS para Mutuário SPE, com locação de ativos para utilização pelo Poder Público. Trata-se de modelo híbrido de financiamento, inserido num contexto no qual o Estado será o prestador do serviço por meio da utilização da infra-estrutura construída pelo particular, com utilização dos recursos do FGTS. Esse modelo, por sua peculiaridade, é objeto de maior detalhamento no item III, 2.2.1, a seguir.

III.2.2.1 Programa Saneamento para Todos – FGTS – Mutuário Privado - SPE com Locação de Ativos

Esta modalidade de financiamento insere-se no Programa Saneamento para Todos, criado pela Resolução CCFGTS nº 476, de 31 de maio de 2005, e é regulamentada pelas Resoluções CCFGTS nº 411, de 26 de novembro de 2002, nº 491, de 14 de dezembro de 2005, e nº 460, de 14 de dezembro de 2004, e pela Instrução Normativa (IN) do Ministério das Cidades, nº 06, de 2 de fevereiro de 2006, bem como pelas normas complementares do Gestor da Aplicação e do Agente Operador.

O financiamento por meio de SPE tem como objetivo possibilitar a consecução de projetos da Administração Pública, em operação estruturada, sem oneração dos patrocinadores, por meio da transferência ao particular da responsabilidade pelo financiamento, lastreado em ativos selecionados, que oferecem menor risco à instituição credora.

A SPE será constituída para viabilizar os investimentos, por meio de projetos estruturados, com a finalidade de:

a) construir e locar ao prestador público de serviços de saneamento básico, empreen-

dimentos de saneamento a serem construídos com recursos do FGTS, como a construção de um aterro sanitário;

b) adquirir, dos construtores de empreendimentos de saneamento básico, seus direitos creditórios junto ao prestador público de serviços de saneamento, decorrentes de obras em execução ou a serem executadas com recursos do FGTS;

c) adquirir, dos construtores de empreendimentos de saneamento básico, os recebíveis referentes às faturas mensais de consumidores, dados em pagamento pelas obras em execução ou a serem executadas com recursos do FGTS, pelo prestador público dos serviços de saneamento.

Nos termos do Anexo III da IN nº 06, participam do Programa para Mutuários SPE os seguintes atores:

- **Gestor da Aplicação** – Ministério das Cidades;
- **Agente Operador** – Caixa Econômica Federal;
- **Agentes Financeiros** – instituições financeiras habilitadas e credenciadas;
- **Patrocinadora** – Autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista constituídas com a finalidade de prestar serviços públicos de disposição final de resíduos sólidos, integrantes da administração descentralizada dos estados, municípios e do Distrito Federal;
- **Tomador** – Sociedade de propósito específico (SPE), constituída sob a forma de sociedade anônima ou limitada, criada pela empresa vencedora do certame licitatório promovido pela patrocinadora, para realizar empreendimento específico, financiado por operação estruturada;
- **Agente Fiduciário** – Entidade contratada

pela SPE, com anuência do agente financeiro e devidamente habilitada pela CEF, responsável pelo controle e pelo acompanhamento dos recebíveis (conjunto de faturas dos consumidores) e das contas-garantia, se for o caso, além de fiscalizar a própria SPE e seu gestor administrativo;

- **Gestor Administrativo** – entidade contratada pela SPE para gerir, conforme as orientações do agente fiduciário, as garantias, e observar o cumprimento das cláusulas contratuais durante toda a vigência do contrato de financiamento.

Entre os empreendimentos financiáveis pelo Programa, encontra-se **o tratamento e a disposição final dos resíduos sólidos** (itens 6 “c” e 6.3 do Anexo III, da IN nº 06), abrangendo: 1) a elaboração de estudos complementares ao projeto básico e de projetos executivos do empreendimento objeto do financiamento; 2) a aquisição de materiais e equipamentos e a execução de obras e serviços, com vista à implantação, à ampliação, à melhoria ou à recuperação de: i) sistemas de tratamento e disposição final; ii) unidades de transbordo e suas instalações complementares; iii) urbanização do entorno de instalações de tratamento, destinação ou transbordo, quando incluída como medida mitigadora do impacto; e iv) execução de trabalho social de suporte à implantação do empreendimento, incluindo ações de educação sanitária e ambiental, e ao desenvolvimento da participação comunitária, ao apoio à inclusão social de catadores e ao aproveitamento econômico do material reciclável.

O FGTS pode financiar até 100% (cem por cento) dos recursos necessários ao investimento do empreendimento. Não há, portanto, contrapartida para esse tipo de financiamento, não havendo necessidade de o tomador contribuir com parcela do investimento proveniente

de recursos próprios ou de financiamento internacional, tal como ocorre com o financiamento para mutuários públicos (Anexo I da IN nº 06) e privados (Anexo II da IN nº 06).

As **taxas de juros e prazos máximos de amortização e carência** previstas na IN nº 06 para as modalidades relativas a resíduos sólidos e estudos e projetos são:

Modalidades	Taxa de juros	Prazo de amortização	Prazo de carência
	Regular % a.a.	Anos (até)	Meses (até)
Tratamento e disposição final de resíduos sólidos	8,0	20	48

Os procedimentos para a **apresentação e o enquadramento de propostas** de operação de crédito no âmbito do programa estão previstos no item 9 do Anexo III da IN nº 06.

Com relação à **habilitação das propostas** de operação de crédito, elas serão processadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), por meio de processo de seleção pública⁵⁵.

O procedimento de habilitação, previsto no item 10 do Anexo III da IN nº 06, da mesma forma como ocorre com o financiamento para

o mutuário público, prevê a análise das condições institucionais, operacionais e financeiras requeridas para a sustentabilidade do empreendimento, compreendendo as mesmas fases já expostas por ocasião do financiamento para o setor público, a saber: Análise institucional (10.1 do Anexo III da IN nº 06); Análise técnica (item 10.2 do Anexo III); Hierarquização⁵⁶; Análise de viabilidade (item 10.4 do Anexo III da IN nº 06)⁵⁷; Seleção para contratação (item 10.5 do Anexo III); e Contratação (item 11 do Anexo III).

IV. A VIABILIZAÇÃO DA CERTIFICAÇÃO DE REDUÇÃO DE EMISSÕES DE CARBONO

IV.1.MODELOS DE VIABILIZAÇÃO DA CERTIFICAÇÃO DE REDUÇÃO DE EMISSÃO DE CARBONO

V.1.1. A titularidade dos créditos de carbono

A eventual geração de Reduções Certificadas de Emissão (RECs) de carbono por meio da queima (simples ou para reaproveitamento) do gás metano produzido em aterros sanitários leva à questão da titularidade desses créditos.

Não parece haver dúvida de que a titularidade dos eventuais certificados produzidos pertencerá ao **município** a que pertence o aterro

⁵⁵ De acordo com o item 16.1 das Disposições Finais da IN nº 06, o Regulamento de Seleção Pública será objeto de normativo específico a ser expedido pelo Ministério das Cidades.

⁵⁶ Nesta fase, a SNSA vai classificar as operações de crédito que atenderem às condições relativas à fase de Análise institucional e Técnica, em conjunto com as operações de financiamento de mutuários privados (Anexo II, da IN nº 06), segundo os critérios de priorização e sistemática estabelecidos no regulamento da Seleção Pública. Feito isso, o Ministério das Cidades divulgará a relação das propostas que atenderem às exigências da Análise Institucional e Técnica, hierarquicamente, informando as instituições financeiras e podendo solicitar ainda informações complementares para a análise de viabilidade.

⁵⁷ Os requisitos referem-se à comprovação de que a patrocinadora, prestadora de serviço público de saneamento básico (inclusive disposição final de resíduos sólidos) tem a capacidade de cobrir os seus custos e os da locação do ativo resultante da operação de financiamento da SPE, por intermédio da política de recuperação dos custos e serviços com base no efetivo estabelecimento de tarifas ou taxas legalmente instituídas e de outras receitas de que disponha.

sanitário que dará origem aos certificados, tanto sob a perspectiva da propriedade dos bens envolvidos quanto sob o prisma da atividade necessária para a redução dos gases de efeito estufa.

Do ponto de vista dos bens envolvidos, os resíduos sólidos depositados no aterro, decorrentes da prestação dos serviços públicos locais de limpeza urbana, pertencem, em princípio, ao município. O biogás decorrente da decomposição de tais resíduos também pertencerá, em consequência, à municipalidade. Além disso, o próprio aterro sanitário em que são depositados tais resíduos poderá ser bem público (de propriedade do município ou do estado) ou, ainda que seja aterro privado, de bem afeto à prestação de serviço público.

Do ponto de vista da atividade necessária à produção dos certificados, deve-se reconhecer igualmente que a redução da emissão de carbono decorre diretamente do exercício de atividade integrante do serviço público de limpeza urbana (a destinação final de resíduos sólidos) e da gestão desses resíduos, que fazem parte do serviço público. Também, e sobretudo, por esse motivo, os certificados eventualmente produzidos em razão do desempenho dessa atividade pertencerão, em princípio, ao município que tem a competência constitucional para a prestação desses serviços.⁵⁸

Assim, em princípio, **a titularidade dos créditos decorrentes da exploração dos aterros sanitários e da atividade de destinação final dos resíduos sólidos decorrentes da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana é do município.** Isso não quer dizer, como vimos, que não seja admitida a sua transferência, por via contratual ou legal, a outrem. Seria o caso

dos consórcios públicos (que podem ser incumbidos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana), ou, ainda, de particular delegatário dos serviços públicos por meio de concessão ou permissão.

De tal constatação, decorre a questão quanto à necessidade ou não de proceder a licitação pública para contar com a colaboração de entidades privadas ou alheias à Administração Pública na realização das atividades necessárias à geração das Reduções Certificadas de Emissão (RECs), sejam elas relacionadas à própria construção, à regularização, à desativação ou à recuperação dos aterros sanitários, ou ainda ao desenho, à validação e à certificação do projeto de redução de gases de efeito estufa em conformidade com as prescrições do Protocolo de Quioto. É de se perguntar, da mesma forma, se seria necessária a realização de licitação para a comercialização dos RECs depois de obtidos tais certificados. É o que passamos a responder a seguir.

IV.1.2. A exigência de licitação e suas exceções

Convém inicialmente tecer algumas considerações gerais sobre a necessidade de realização de licitação para a contratação pela Administração Pública.

É princípio geral do ordenamento jurídico nacional a necessidade de licitação para celebração de contratos por órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional. Ao contrário do particular, o Poder Público não pode escolher livremente aquele com quem contratará. Por representar a coletividade, protegendo seus interesses e gerindo seus recursos, a Administração

⁵⁸ Não há dúvida de que os serviços públicos de limpeza urbana, aí compreendida a destinação final dos resíduos sólidos, encontram-se entre os "serviços locais" de competência municipal de que trata o art. 30, inciso V, da Constituição Federal de 1988: "Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial;"

deve obedecer a procedimentos legalmente estabelecidos com o objetivo de selecionar oferta mais vantajosa, em conformidade com os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da objetividade do julgamento, entre outros. Como o administrador público não é dono da coisa pública⁵⁹, não tem autonomia para livremente dela dispor. Não pode, por consequência, pactuar a partir do exercício da autonomia da vontade, própria do Direito Civil. Tampouco pode eleger, livremente, aquele com quem contratará. Tal exigência é inscrita na própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI:

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

Pode-se assim resumir em dois grandes vetores os objetivos da Administração nos procedimentos licitatórios: (i) a proteção ao princípio da isonomia entre os particulares e (ii) a busca da melhor proposta.⁶⁰

Esses dois escopos visados com a realização de licitações estão a garantir duas das pedras angulares na polêmica relação público *versus* privado: por um lado, a garantia de que ninguém obterá privilégio decorrente de características pessoais; e por outro, a certeza de que o agente público sempre perseguirá o melhor negócio, a melhor oportunidade (entendida no seu sentido amplo), para consagrar o interesse público. Justamente pela necessidade de realizar esses dois objetivos é que a regra nas contratações do Poder Público é a realização de certame licitatório.

A obrigação de realização de prévia licitação pública, nos termos definidos na Constituição, tem ampla abrangência, tanto subjetiva quanto objetiva. Sob o plano subjetivo, como consigna o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, subordinam-se ao regime da Lei, “*além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”. Sob o prisma objetivo, o art. 2º, parágrafo único, da Lei determina que, para a sua aplicação, “*considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*.” Assim, deve haver prévia licitação para a celebração de quaisquer

⁵⁹ Segundo Ruy Cirne Lima: “Administração, segundo nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário, - do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrativo”. (Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Edição da Livraria do Globo, 1939, Porto Alegre, p.23). E prossegue o autor: “Ora, traço característico da Administração Pública é estar vinculada – não a uma vontade ou personalidade – porém, a um fim impessoal. Logo, este há de ser, também, um dos atributos dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Costuma dizer-se que os bens do domínio público, por natureza, e o patrimônio administrativo, por destino, são insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade”. (idem, ob. cit., p.62 e 63).

⁶⁰ “A seleção de contratantes privados pela Administração remete (...) a fórmulas de licitação pública com as quais se pretende garantir tanto a igualdade dos particulares quanto a obtenção pela Administração, através da concorrência, das condições mais vantajosas para o interesse público” (in Eduardo García de Enterría e Tomás Ramon Fernández, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1990, p. 627).

ajustes da Administração com particulares em que haja acordo de vontades, por meio do qual se estabeleçam obrigações recíprocas, independentemente de sua denominação ou forma.

Parece evidente, portanto, que a contratação, com particulares, de atividades relacionadas ao serviço público de destinação final de resíduos sólidos ou à geração de Reduções Certificadas de Emissão (RCE) em decorrência de tal atividade dependerá de prévia licitação, ao menos em princípio.

Também dependerá de licitação a alienação dos certificados de propriedade do Poder Público, não só pelo fato de que essa também acarreta em benefício em favor de um particular, em detrimento dos demais, mas também por prescrição expressa e específica da Lei de Licitações, em seu art. 17.⁶¹

No entanto, a obrigatoriedade de proceder à licitação comporta exceções. Não é por outra razão que o artigo 37, XXI, da Constituição Federal que o estabelece, ao mesmo tempo que o afirma, obtempera que poderão ser *“ressalvados os casos especificados na legislação...”*. Também na sua versão infraconstitucional, constante do

art. 2º da Lei 8.666/93, o enunciado do princípio admite exceções. Como já disse Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A licitação é instituto que se assenta na idéia de competição e dos proveitos daí decorrentes.” (grifos do original, Licitação – Inexigibilidade, Serviço Singular, BLC – Boletim de Licitações e Contratos – setembro/96, p. 417)

Se a licitação pública existe para que a Administração possa buscar a melhor proposta entre as existentes no mundo privado, dispensando a todos os particulares um tratamento isonômico, somente deverá ter lugar uma licitação quando estiverem presentes estes dois pressupostos: (i) possibilidade de se comparar as “propostas” disponíveis para se aferir, objetivamente, a melhor entre elas; e (ii) pertinência de se falar em respeito à isonomia entre os particulares. Inexistindo um desses condicionantes, descaberá falar em licitação, quer porque a lei a declara inexigível, quer porque a sua realização constituiria procedimento ocioso, vazio de fina-

⁶¹ “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração Pública especificamente criados para esse fim;

II - quando móveis dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

lidade e, portanto, prejudicial para a consumação do interesse público.⁶²

A **impossibilidade de competição** elide, pois, a exigência de licitação. Além disso, **muitas vezes, apesar de possível, a licitação não é conveniente**, uma vez que sua realização vulneraria interesses que o direito entende tutelar. Daí porque, ao lado do imperativo de se proceder à licitação, **o próprio sistema jurídico prevê hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação**. Cuida-se, no primeiro caso, de situações em que o processamento da licitação seria inútil. Nesses casos, sua realização acarretaria em dispêndio de tempo e de recursos sem que fosse cumprida a sua finalidade, que é a de selecionar proposta mais vantajosa para a Administração, dispensando tratamento isonômico entre os particulares que pretendem com ela contratar. Já o caso de dispensa de licitação mira situações em que, apesar de viável a licitação, a sua ocorrência restaria em desprestígio de interesses aos quais o sistema jurídico protege. Calha, pois, examinar perfunctoriamente o tratamento dispensado pela legislação pátria às excludentes de licitação.

A Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações) estabelece hipóteses de licitação dispensável, dispensada e inexigível. Enumera, de forma taxativa, nos artigos 17 e 24, os casos de licitação dispensada, ou dispensável. E prevê, no artigo 25, os casos de licitação inexigível.

Importa, nos limites deste trabalho centrar a atenção nas disposições sobre inexigibilidade de licitação.

O artigo 25 da Lei de Licitações dispõe, *verbis*:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço pelo Sindicato, Fede-

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea b do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta Lei, a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea a do inciso II do art. 23 desta Lei.

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em 2º grau em favor do doador.

§ 6º Para a venda de bens imóveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea b, desta Lei, a administração poderá permitir o leilão.”

⁶² De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque esta frustraria o correto alcance do bem jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput” (in Curso de direito administrativo, 14. ed, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 500).

ração ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (grifou-se)

Assim, o *caput* do dispositivo estabelece que a inexigibilidade de licitação decorre da impraticabilidade da competição. Convergem doutrina e jurisprudência, com reflexos em decisões dos Tribunais de Contas, no entendimento de que a enumeração que segue tal enunciado é apenas exemplificativa. É impossível antever e expor de forma exaustiva todos os eventos que poderão conduzir a essa inviabilidade de competição. O próprio art. 25 da lei n. 8.666/93, ao utilizar a expressão “em especial”, deixa claro que há outras hipóteses além daquelas ali enumeradas. Com isso, será caso de licitação inexigível *sempre que* a competição seja inviável. **Poderá e deverá ser afastada a licitação sempre que houver inviabilidade da competição, ainda que a hipótese não tenha sido expressamente prevista pela legislação.**

A inviabilidade da competição advém sempre de condições de natureza fática. Por esse motivo, a doutrina nacional costuma abordar o tema por meio da noção de ‘singularidade do objeto’ da licitação. Aliás, isso se justifica, como já notou Marçal Justen Filho, porque: “...*toda hi-*

*pótese de inviabilidade de competição relaciona-se com a idéia de ‘objeto singular’.”*⁶³

Haverá, pois, inviabilidade de competição quando o objeto requerido pela Administração para atendimento do interesse público padecer de peculiaridade que torne a realização do certame um “sem sentido”, ou (i) porque somente um ente seria capaz de provê-lo, ou (ii) porque as pessoas capazes não se engajariam em disputa, ou, ainda, (iii) porque não haveria parâmetros objetivos aptos a operacionalizar a verificação da proposta mais conveniente para a Administração. Falece em qualquer desses casos as condições que verteriam a licitação em capaz de aportar o resultado para qual tende: a escolha da proposta mais adequada ao preenchimento da necessidade administrativa a ser atendida.⁶⁴ Já disse, com razão, Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“...só faz sentido realizar licitação quando seja lógica, fática e juridicamente possível uma competição - e entre objetos homogêneos - na qual possam vir a concorrer propostas aptas a atender convenientemente o que quer a Administração para preenchimentos da utilidade ou necessidade a ser suprida.” (grifou-se, Bandeira de Mello, C. A., op. cit., p.418).

A impossibilidade de configurar a homogeneidade das vantagens a serem oferecidas pelos licitantes, ou seja, a inexistência de outros entes capazes de trazer à Administração prestação equivalente em vista do interesse público a ser atendido, desencadeia supressão da necessidade de licitação. Como aduz Marçal Justen Filho:

⁶³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, p. 262.

⁶⁴ Cf. Bandeira de Mello, C. A., ob.cit. p. 418.

“A raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não no objeto ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse público concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público” (grifou-se) (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, p. 262)

Em outras palavras, se a prestação demandada pela Administração não encontra equivalente, ou seja, se as suas peculiaridades a tornam indispensável ao atendimento do interesse público colimado (singularidade objetiva); e, se somente uma pessoa ou ente pode realizá-la a contento (singularidade subjetiva), razão não há para a efetivação de certame.⁶⁵ É, aliás, nesta relação entre a singularidade do objeto pretendido pela Administração e a singularidade do ente capaz de prestá-lo que, em ausculta percuciente, se realiza em toda a extensão a inexigibilidade de licitação, por consequência da – nas palavras do art. 25 da Lei de Licitações – ‘inviabilidade de competição’.

Feitas essas considerações iniciais, podemos concluir que:

- (i) É, em princípio, obrigatória a realização de prévia licitação em todo e qualquer ajuste celebrado entre a Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas;
- (ii) Aí estão compreendidas as contratações para a realização de atividades relacionadas

à destinação final de resíduos sólidos ou ao seu reaproveitamento, inclusive aquelas relacionadas à queima do biogás decorrente da decomposição dos resíduos e aquelas relacionadas à certificação da redução de gases de efeito estufa;

- (iii) Haverá, no entanto, inexigibilidade de licitação caso se mostre inviável a competição, pela singularidade do objeto da contratação e pela impossibilidade de se proceder a julgamento objetivo sobre ela.

IV.1.3. A inexigibilidade no caso de projeto singular

Poderá ocorrer, assim, que a contratação com particular de atividades que integrem o projeto de construção, regularização, desativação ou recuperação dos aterros sanitários e de certificação do projeto de redução de gases de efeito estufa possua características que tornem tal contratação singular, dispensando, assim, a realização de licitação.

Tal singularidade poderá ser objetiva ou subjetiva. Poderá ser **objetiva** se o perfil do projeto que se pretende implementar for um arranjo tão único que seria impossível colocá-lo em licitação. Seria o caso, por exemplo, de projeto que se inserisse em programa mais amplo – e institucional – de desenvolvimento sustentável que fosse compreendido em perspectiva de cooperação entre o Poder Público e outras entidades dedicadas a essa finalida-

⁶⁵ Aliás, a possibilidade de escandir uma dimensão subjetiva da singularidade do objeto (relacionada à especial posição, habilidade, talento, capacitação, etc., da pessoa com quem a Administração contrata) da objetiva (que se atém às peculiaridades do objeto pretendido) e a necessidade de jungi-las como condições necessárias no mister de verificar a inexigibilidade da licitação já foi reconhecida em decisão do Tribunal de Contas da União sobre a inexigibilidade de licitação na prestação de dados serviços, cuja ementa enuncia:

“Inexigibilidade de Licitação: natureza singular dos serviços; singularidade objetiva. Notória especialização; singularidade subjetiva. Dispensa de licitação. Possibilidade de competição. Exato cumprimento da Lei.” (Grupo I – Classe III – 1ª Câmara, TC-012.154/93-8, DOU de 13.5.94, BLC – Boletim de Licitações e Contratos, agosto/94).

de. A singularidade decorrerá, portanto, das características materiais do projeto, do local e das condições do aterro existente ou a ser implantado.

A singularidade poderá ainda ser **subjetiva**, ou seja, relativa às características específicas daquele com quem o Poder Público vai contratar. Seria o caso, por exemplo, da implementação de projeto de certificação das RECs em aterro cujas operação e manutenção já foram concedidas a particular, em que se demonstrasse inviável a introdução de novo agente privado a atuar no mesmo aterro. Nesse caso, poderia ser considerada inexigível a licitação em favor do particular que já atua no aterro, uma vez que o empreendimento não se viabilizaria de outra forma. Outra hipótese de singularidade subjetiva seria, por exemplo, a contratação com instituições financeiras de caráter específico, como agentes multilaterais de crédito, também inserida em projeto maior de desenvolvimento sustentável.

É importante ressaltar, no entanto, que a singularidade do projeto ou do contratante deverão estar **claramente demonstradas** para que a inexigibilidade da licitação seja declarada. Tratar-se-ia de exceção à regra geral de obrigatoriedade da licitação, e, por isso, deverá ser amplamente justificada e motivada. Tal expediente não poderá servir à mera conveniência da Administração.

Deverá o Poder Público esforçar-se por delinear o objeto da contratação e as suas condições para realizar a licitação, nos termos do disposto na Constituição Federal e na Lei de Licitações, de maneira a se beneficiar da competição como mecanismo de seleção da proposta mais vantajosa. Somente nos casos em que efetivamente inexistir parâmetro suficiente para o estabelecimento de licitação, diante da singularidade do projeto, é que será reconhecida a inexigibilidade do certame.

A eventual inexigibilidade de licitação não implica dizer, evidentemente, que a contratação dos particulares não deva obedecer a regras pré-determinadas, que resguardestem da melhor forma o interesse da Administração contratante e assegurem a consecução dos princípios que orientam a atividade pública. O fato de ser a licitação inexigível não permite a contratação informal e discricionária da Administração.

Assim, deverá ser obedecido o **procedimento previsto na própria Lei nº 8.666/93 para as hipóteses de contratação direta**. A Administração que estiver diante de hipótese de inexigibilidade de licitação deverá proceder à autuação, à motivação e à formalização dos pressupostos ensejadores da contratação direta (artigo 26 da Lei de Licitações). Também o artigo 54, § 2º da mesma lei prevê enquadramento para tal hipótese, ao estabelecer que os contratos firmados diretamente adstrir-se-ão aos termos do ato que os autorizou, o que também os vincula ao procedimento prévio. Resta claro, portanto, que o contrato realizado sem prévio certame licitatório deverá observar **regras e procedimentos formais**. Quando ausente a licitação, maior deverá ser a preocupação e as cautelas do administrador para demonstrar e fundamentar a observância dos indesejáveis princípios da Administração Pública no seu proceder.

Convênio

Também poderá inexistir a licitação nos casos em que o projeto se insere em um âmbito maior de **convênio** entre o Poder Público e o particular. O convênio é comumente definido como acordo administrativo para a realização de atividades de interesse das partes pactuantes. O convênio não é órgão, nem entidade personalizada. É ajuste obrigacional para a obtenção de serviços convenientes aos municípios

e ao estado”⁶⁶. Assim, o convênio teria duas características essenciais, das quais decorrem outras: a) os convênios envolvem um aspecto pactual (acordo de vontades); mas b) não têm caráter contratual – é dizer “não são contratos” porquanto as partes convenientes não pactuam movidas por vontades antagônicas, e sim levadas por um “espírito de cooperação”.⁶⁷ Ainda segundo a doutrina autorizada, “*no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos*”⁶⁸. Assim, o convênio caracteriza-se pelo fato de que, contrariamente ao contrato, em que o interesse das partes é divergente e oposto, nele, os interesses das partes “coincidem e são comuns.”⁶⁹

Tal definição coaduna-se perfeitamente com o tipo de avença que pode envolver a realização de empreendimentos do tipo que se está a cogitar no caso da construção ou da recuperação de infra-estrutura de limpeza urbana e o seu aproveitamento econômico para a geração de créditos de carbono. Com efeito, dependendo de seus contornos e do tipo de relação que se trava entre o Poder Público e os particulares

– notadamente no caso de instituições que têm por objeto o fomento do desenvolvimento sustentável – o projeto pode caracterizar pela união de esforços no intuito de atingir um objeto de interesse comum que, ao contrário de opor as partes, as une.

Em vista do disposto no parágrafo único do artigo 2º da lei e no esteio da doutrina dominante, *o convênio não constitui modalidade de contrato*, caracterizando-se como forma de ajuste autônoma da Administração com outras entidades, públicas ou privadas, visando à conjugação de esforços para a realização de *interesses comuns*.⁷⁰ Por essa razão, o mencionado artigo 2º da lei, ao estabelecer a necessidade de licitação para as compras, as alienações etc., quando “*contratadas*” com terceiros, não incide, por óbvio, nas hipóteses em que inexistir a celebração de contrato, mas sim de convênio. São exatamente nesse sentido os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“(...) *o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões,*

⁶⁶ Hely Lopes Meirelles, “Comissões Intermunicipais”, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, RT, Vol. I, 1971, p. 244.

⁶⁷ Como afirma Hely Lopes Meirelles: “No intuito de afastar a confusão que alguns administradores ainda fazem entre o contrato administrativo e o convênio, depois de conceituar este último como o acordo firmado por entidade pública de qualquer espécie com outra ou com organização particular, para a realização de objetivos de interesse comum, procuramos deixar bem claro que: “Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.” “Contrato Administrativo – Anulação pelo Tribunal de Contas”, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, RT, Vol. IX, 1986, p. 101.

⁶⁸ Hely Lopes Meirelles, *idem*, *ibid* em.

⁶⁹ Cf. “Os Convênios Administrativos”, In RT, Vol. 669, p. 39.

⁷⁰ Ver, entre outros, Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 358 e seguintes; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 292 e seguintes; e Gasparini, Diogenes, *Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 364 e seguintes.

permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”⁷¹ (destaques do original)

A conclusão pela desnecessidade de processo licitatório também nesse caso decorre do fato de que, em geral, *não há competição* que justifique a realização do certame. Isso ocorre seja porque, tratando-se de negócio jurídico que visa regular a *mútua colaboração* da Administração com um terceiro,⁷² exista tão-somente uma única instituição com a qual tal colaboração pode ser estabelecida.

Por fim, ressalte-se que a desnecessidade de licitação prévia à celebração de convênios encontra respaldo na jurisprudência dos tribunais de contas. Destaque-se, nesse sentido, julgado do egrégio Tribunal de Contas de União, no qual deixou assente aquela Corte:

“7. Entendemos que o mencionado dispositivo do Estatuto das Licitações [art. 24, VIII] é aplicável tão-somente nas hipóteses em que não seja possível a utilização do convênio, ou seja, quando inexistem interesses recíprocos entre as partes envolvidas, que podem ser alcançados em regime de mútua colaboração. Presentes estas circunstâncias, que viabilizam a assinatura de convênio, pensamos estar descartada a necessidade de licitação, mesmo porque

não existe qualquer dispositivo legal que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao estabelecimento de convênios.”⁷³ (destaques acrescentados)

Em vista dos argumentos acima expostos, seria desnecessária a realização de licitação caso o projeto assumisse feições de convênio, pelas características do contratante e do relacionamento que se estabelecer entre ele e a Administração.

No entanto, é de se ressaltar que parcela relevante da doutrina e dos tribunais **negam ao convênio qualquer estabilidade jurídica**, uma vez que não tem natureza contratual. Assim é que muitos consideram que, pelo fato de não constituir contrato, o convênio tem natureza precária, podendo ser denunciado a qualquer tempo, por qualquer das partes, sem que assista à outra direito de indenização.

Apesar disso, uma quantidade imensa de investimentos sérios e de longo prazo é quotidianamente viabilizada por meio de convênio, sem que isso implique qualquer dificuldade em sua concretização. No entanto, o convênio não pode servir a “mascarar” uma relação que, em realidade, é contratual, ou seja, corresponde a obrigações recíprocas e antagônicas mais do que a cooperação comum.

Além disso, outro inconveniente do convênio é a freqüente exigência, nas Leis Orgânicas Municipais ou Constituições Estaduais, de que esse tipo de avença seja precedido de **autorização específica do Poder Legislativo** (por meio de decreto legislativo ou lei), seja ele a Assembleia Estadual ou a Câmara Municipal. Porém, apesar de normalmente observada, é de se no-

⁷¹ Ob. cit., p. 296.

⁷² Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 296.

⁷³ Decisão nº 278/96 – TCU – Plenário, de 22/05/96, Relator Ministro Iram Saraiva, publicada no Diário Oficial de União, edição de 17/6/96. In Boletim de Licitações e Contratos, nº. 11, novembro/1997, p. 570.

tar que, inclusive nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa exigência é *inconstitucional*, sem prejuízo de que, no caso específico de *convênio de cooperação entre entes federados*, já analisado neste texto, haja a exigência de prévia *disciplina* por meio de lei de cada um dos entes federativos cooperantes – exigência essa que, como dito, é um dos elementos que distingue os regimes jurídicos dos *convênios comuns* dos *convênios de cooperação entre entes federados*.

Chamamento público

Ainda que inexigível a licitação, deve-se adotar procedimento obediente aos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e legalidade sem, contudo, ficar adstrito às lindes procedimentais da licitação típica.

Com efeito, a licitação não trata apenas de assegurar a melhor proposta econômica e técnica para a Administração. Serve ainda para aumentar as expectativas de efetivo cumprimento do contrato pelo particular, por meio do afastamento dos concorrentes que, por exemplo, se encontrem em situação irregular perante o fisco e a previdência social, em má situação econômica e financeira ou ainda que não apresentem experiência anterior na execução de serviços similares (habilitação). Destina-se também a assegurar a consecução dos princípios e das diretrizes que devem pautar os atos da Administração Pública. Essas finalidades poderão e deverão ser atendidas, por meio de procedimento próprio a ser adotado pela Administração contratante, ainda que não seja exigível ou viável a licitação no regime da Lei nº 8.666/93.

Por esse motivo, haverá casos em que, ainda que se considere a licitação inviável em sentido estrito, especialmente no caso em que não se considera possível o estabelecimento de critérios

uniformes para a realização da licitação, a Administração ainda poderá adotar procedimento capaz de averiguar se existe proposta mais vantajosa para a contratação. Poderá – e, caso possível, deverá – proceder a **chamamento público** no intuito de conferir ampla publicidade à contratação, convocando eventuais interessados a se manifestar sobre eventual interesse no projeto. Assegurará, dessa forma, ainda que inviável a licitação em sentido estrito, a obediência aos princípios orientadores da Administração Pública.

IV.1.4. Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)

Cumpra ainda analisar o impacto sobre o dever de licitar no caso de o Poder Público contratar Organizações Sociais (OS) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) para a realização de parcela das atividades relacionadas à construção ou à reforma de infra-estrutura de limpeza urbana e redução de emissões de gases de efeito estufa.

A Lei Federal nº. 9.637/98 introduziu as Organizações Sociais que, entre outras, podem ser qualificadas para proteção e preservação do meio ambiente (art. 1º da Lei). Para que sejam qualificadas como Organizações Sociais, as pessoas jurídicas de direito privado devem satisfazer, entre outros, os requisitos de finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, e ainda natureza social, que compreenda em seu objeto a atividade que contratará com o Poder Público (art. 2º). No seu artigo 5º, dita lei prevê que tais entes (OS) firmem com o Poder Público contratos de gestão de modo a assumir o fomento e a execução de algumas atividades, entre elas a proteção do meio ambiente. Já no artigo 12, prevê-se a possibilidade de o Poder Público destinar recursos e bens públicos necessários ao cumprimento dos contratos de gestão.

Disso decorre a possibilidade de que o Poder Público contrate com essas pessoas jurídicas de direito privado (assim o artigo 1º da Lei nº 9.637/98 classifica as OS) a prestação de atividades de proteção do meio ambiente, aí incluídas as atividades necessárias à redução dos gases de efeito estufa emitidos pela decomposição de resíduos sólidos e a certificação de tal redução. A Lei de Licitações (art. 24, inciso XXIV) prevê a dispensa de licitação para a contratação com tais entidades.

No entanto, deve-se observar que, em muitos aspectos, a lei promove uma **“publicização” das Organizações Sociais**, aproximando-a do regime da Administração Pública. Assim é que, além dos requisitos formais, as OS devem adotar **regulamento de procedimento para a contratação** de obras, serviços, compras e alienações, que obedeça aos princípios gerais do procedimento licitatório. São previstos instrumentos de **controle interno** das OS (notadamente pelo Conselho de Administração, órgão obrigatório das OS, que deve contar com 20% a 40% de representantes do Poder Público e 20% a 30% de representantes da sociedade civil) e de **controle externo** (auditoria externa e controle do Tribunal de Contas).

A proposta orçamentária e o programa de investimentos, bem como o contrato de gestão entre o Poder Público e a organização social, devem ser submetidos ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada, e deve

ser regido pelos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade. Deverá, também, conter a especificação do programa de trabalho e a estipulação dos limites e critérios para a despesa com remuneração e vantagens dos dirigentes e empregados.

Assim, será possível a contratação dessas entidades sem a realização de prévia licitação, desde que elas se enquadrem nos requisitos da lei e sejam qualificadas como OS. A tal processo deverá, no entanto, corresponder a conseqüente “publicização” da entidade.

Por outro lado, a Lei Federal nº. 9.790/99 previu a possibilidade de que pessoas jurídicas de direito privado se qualificassem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, devendo ter por objeto, entre outras finalidades, a *“defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável”* (art. 3º, inciso VI). Mais adiante (artigo 9º e artigo 10º), vemos previsto que, mediante Termo de Parceria (instrumento tipicamente convenial), o Poder Público pode cometer às OSCIPs a execução das atividades referidas no art. 3º, entre as quais a de preservação e conservação do meio ambiente e de promoção do desenvolvimento sustentável.⁷⁴ Por se assemelhar a convênio, o Termo de Parceria também dispensa a realização de licitação conforme o regime da Lei nº 8.666/93.

⁷⁴ As atividades desempenhadas pelas OSCIPs guardam relação com o fomento dos direitos sociais e políticos, entre os quais o de desenvolvimento sustentável. O título de OSCIP corresponde a uma qualificação específica acordada a determinadas entidades que, por se encontrarem dedicadas às finalidades anteriormente indicadas, desenvolvem relacionamentos específicos com o Poder Público, aproximando-se consideravelmente da esfera pública e dependendo, na maior parte dos casos, de recursos públicos para o custeio de suas atividades. A Lei nº 9.790/99 e a sua regulamentação explicitam tal relacionamento, prevendo prerrogativas, benefícios e obrigações decorrentes de tal proximidade. Assim é que, por exemplo, o artigo 4º da Lei nº 9.790/99 prescreve que seria necessário que a OSCIP seja regida por estatuto, cujas normas disponham sobre: i) a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; ii) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo

No entanto, a Lei das OSCIPs criou procedimento próprio para a seleção dos parceiros, correspondente ao **concurso de projetos**. Conforme o art. 23, *“a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.”* Assim, a alternativa se assemelharia ao chamamento público de que tratamos mais acima. De qualquer forma, a adoção dessa forma de contratação dependeria de prévio enquadramento e qualificação das entidades privadas como OSCIPs, em conformidade com o disposto na Lei nº 9.790/99.

IV.1.5. A realização de licitação

Finalmente, deve-se observar a hipótese de realização de licitação para a contratação, com particular, das atividades referidas na introdução deste tópico.

Poderá ser feita, inicialmente, licitação para a própria realização do projeto básico que fundamentará, posteriormente, a licitação para a realização do empreendimento de construção, regularização, desativação ou recuperação dos aterros sanitários. Tal atividade poderá ou não ser delegada em conjunto

com as atividades de desenho, validação e certificação do projeto de redução de gases de efeito estufa em conformidade com as prescrições do Protocolo de Quioto.

A modalidade de licitação a ser selecionada dependerá das atividades contratadas e, notadamente, do valor da contratação, em conformidade com o disposto na Lei nº 8.666/93.

Trataremos especificamente da licitação isolada da comercialização dos certificados, uma vez obtidos, no tópico V.2. Importa consignar, pelo momento, que poderá ser adotada a modalidade de **leilão** para a mera comercialização dos certificados, conforme definida no art. 22, §5º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que se trata da alienação de bem móvel inservível para a Administração.

IV.1.6. Conclusões

Podemos concluir este tópico reafirmando, em síntese:

- (i) que os certificados de redução da emissão de carbono são de titularidade do município que opera o aterro sanitário que dará origem aos certificados;
- (ii) que, em regra, a contratação com particular da execução das atividades de construção, regularização, desativação ou recuperação dos aterros sanitários, e de desenho, validação e certificação do projeto de redução de

processo decisório; iii) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade. E ainda, referido estatuto deve conter normas que expressamente prevejam: i) que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP e que, preferencialmente, tenha o mesmo objeto social da extinta; ii) que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação de OSCIP, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra OSCIP, que tenha, preferencialmente, o mesmo objeto social; iii) a possibilidade de instituir remuneração para os dirigentes da entidade em decorrência do vínculo empregatício, que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação.

- gases de efeito estufa deverá ser precedida de licitação;
- (iii) que é possível a contratação direta, em casos específicos de singularidade do projeto, que torne inviável a competição;
 - (iv) que, no caso de contratação direta, deverá obedecer-se ao procedimento previsto na própria Lei nº 8.666/93, principalmente a confecção de processo administrativo que formalize e motive a inexigibilidade de licitação;
 - (v) que a licitação também poderá inexistir caso o projeto se insira em um âmbito maior de convênio entre o Poder Público e o particular, com características não-contratuais, devendo-se, no entanto, observar que os convênios não servem a “mascarar” contratos, que são desprovidos da estabilidade jurídica contratual e podem ser denunciados a qualquer tempo;
 - (vi) que, mesmo nos casos em que a licitação se mostre inviável, a Administração poderá lançar mão, em casos específicos, de procedimento de chamamento público, no intuito de conferir ampla publicidade à contratação, convocando eventuais interessados a se manifestar sobre eventual interesse no projeto;
 - (vii) que poderá ainda ser dispensada a licitação no caso de contratação com Organizações Sociais e OSCIPs, devendo, para isso, os particulares se qualificarem como tal e se submeterem às exigências legais de configuração (Leis nº 9.637/98 e nº 9.790/99);
 - (viii) que a licitação para a contratação de tais atividades, excepcionadas as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá obedecer ao rito previsto na Lei nº 8.666/93 e poderá ser prevista, especificamente, a realização de leilão para a mera comercialização dos certificados.

IV.2. O FINANCIAMENTO DA CERTIFICAÇÃO DO SEQÜESTRO DE CARBONO

O financiamento da certificação do seqüestro de carbono em si tende a enfrentar menores dificuldades do que o financiamento do empreendimento de infra-estrutura sanitária tratado anteriormente. Com efeito, existem linhas de crédito específicas para tal financiamento oferecidas pelas principais instituições financeiras internacionais dedicadas a essa finalidade, principalmente dos fundos criados especialmente para a aquisição de CER decorrentes da certificação. Em princípio, o investimento no processo de certificação justifica largamente o proveito econômico posteriormente advindo da certificação da redução de emissões e de sua conseqüente comercialização. Também nesse caso pode-se cogitar de duas alternativas: a obtenção do financiamento pelo concessionário ou pelo parceiro privado (III.2.1), ou o financiamento pelo próprio Poder Público (III.2.2).

IV.2.1. Financiamento pelo concessionário ou pelo parceiro privado

O financiamento pelo concessionário ou parceiro privado encarregado da realização das atividades de queima ou reaproveitamento do biogás envolveria a sua negociação direta com fundos internacionais ou nacionais que estivessem interessados na aquisição posterior dos certificados, ou ainda o seu financiamento direto pelo particular, que posteriormente se remuneraria pela comercialização dos CER em bolsa ou mediante negociação privada com os próprios fundos. Há que se observar, nesse sentido, que os fundos têm oferecido aos particulares a possibilidade de pré-financiamento do processo de certificação dos créditos de carbono.

no com oferecimento deles em forma de garantia de tal pré-financiamento. Por se encontrar na esfera de liberdade privada do concessionário ou parceiro privado, há pouco a ser observado em relação a tal financiamento. Deve-se tão-somente ressaltar que o Poder Público poderá – e deverá – ter proveito econômico no caso da certificação, que deverá contribuir para a modicidade das tarifas de que trata o art. 11 da Lei nº 8.987/95.

IV.2.2. Financiamento pelo Poder Público

No caso do financiamento pelo Poder Público, as facilidades de financiamento são equivalentes. No entanto, também nesse caso, coloca-se a questão da necessidade de licitação para a obtenção do financiamento e para a posterior comercialização dos certificados. Tal questão já foi abordada no item IV.1. acima.

No que diz respeito, especificamente, à questão da comercialização dos certificados, pode-se cogitar da constituição de **consórcio público** entre os municípios eventualmente interessados em participar dos empreendimentos e do processo de certificação, ou ainda de **empresa intermunicipal**, cujo objeto seja exatamente a comercialização dos certificados. Essas duas alternativas possibilitariam aos municípios congregarem esforços para a comercialização dos CERs.

A instituição de **consórcio público** do qual participariam os municípios interessados na comercialização dos créditos de carbono está prevista no artigo 241 da Constituição Federal, disciplinado pela recente Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Os consórcios públicos travestem-se em formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por

meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e possibilidades de cada um dos entes envolvidos.

Há que se frisar que essa forma de cooperação entre os municípios tem natureza contratual, devendo ser elaborado um estatuto, que deverá contemplar direitos e obrigações recíprocas entre os entes consorciais, admitindo-se, também, cláusula de sanções por inadimplemento.

Requer ainda para a sua instituição a **subscrição de protocolo de intenções pelos chefes do Poder Executivo**, cujas cláusulas devem atender ao previsto em lei, documento esse que deverá ser **referendado pelo Poder Legislativo de cada ente federativo envolvido**.

É de se destacar que essa alternativa permite a adesão de outros municípios ao consórcio, desde que prevista a sua participação no Protocolo de Intenções, não havendo necessidade da existência de fronteira geográfica entre os integrantes, o que possibilita a formalização do consórcio por escopo, ainda que os municípios estejam situados em regiões distintas. É evidente que a previsão de ingresso do município, por meio de cláusula no Protocolo de Intenções, dependerá que esse município subscreva oportunamente o mesmo Protocolo e o ratifique por meio de lei.

O consórcio público possibilita ainda a participação dos estados e do governo federal, inclusive por meio de aporte de recursos financeiros. Deverão, contudo, ser atendidos os requisitos da lei.

Há que se mencionar por oportuno que essa alternativa possibilitaria a comercialização em massa dos créditos de carbono e, portanto, melhores condições de negociação e uma única licitação. Além disso, o consórcio público poderia ter objeto mais amplo: a capacitação técnica de quadros municipais e estaduais, o intercâmbio

bio de tecnologias e modelos de viabilização, a extensão das melhores práticas, entre outros.

Como segunda alternativa à comercialização dos créditos de carbono, se apresentaria a criação de uma **empresa intermunicipal**, cujo quadro social seria composto por todos os municípios interessados.

Essa alternativa impõe, primeiramente, a constituição da empresa pública **por meio de lei**, por força do disposto no art. 173, § 1.º da Constituição Federal. Para o ingresso dos municípios interessados em integrar sua estrutura, necessária será a promulgação de uma lei autorizadora **em cada município envolvido**. Outrossim, tal como ocorre na criação de qualquer empresa, os municípios deverão aportar o capital social subscrito na proporção da sua respectiva participação. É de se notar ainda que, para possibilitar a comercialização dos certificados de carbono pela empresa criada, a mesma lei que cria a empresa deverá prever, entre suas atribuições, a comercialização dos certificados de carbono.

Criada a empresa nos moldes gerais acima explicitados, ela poderá proceder à comercialização dos certificados sem a necessidade de licitação, uma vez que referida comercialização representará a sua atividade-fim, prevista no seu estatuto social, para a qual foi criada por lei. A esse propósito, a entrega dos CERs pode ser a forma encontrada pelos municípios para integralizar o capital que subscreveram na constituição da empresa, havendo, assim, de forma direta e imediata, a transferência da titularidade dos CERs, diretamente dos municípios para a empresa intermunicipal encarregada de comercializá-los.

No tocante às alternativas de comercialização dos CERs, deve-se observar que ambas as alternativas dependem de lei para sua criação, entretanto, diferem no tocante à necessidade de realização de procedimento licitatório, presente na primeira alternativa (consórcio) e dispensada na segunda (empresa intermunicipal).

V. PRINCIPAIS CONCLUSÕES

O Projeto de Lei nº 5.296/05. Vimos que o Projeto de Lei nº 5.296/05, que institui a Política Nacional de Saneamento Básico e define diretrizes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, incentiva e favorece a utilização do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) para a viabilização econômica total ou parcial de empreendimentos de infraestrutura sanitária, tanto sob a perspectiva de proteção ambiental, quanto sob o prisma de sustentabilidade econômica do serviço, oferecendo parâmetros jurídicos para o desempenho de tal atividade. Ele fixa, igualmente, condições para a **contratação de obras e serviços relativos às ações de saneamento ambiental** e para a **delegação do serviço público envolvido** (a destinação final dos resíduos sólidos), que deverão ser respeitados na implementação do empreendimento caso o Projeto de Lei seja aprovado.

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo

O MDL é mecanismo estabelecido pelo Protocolo de Quioto que permite a certificação da redução de emissão de gases de efeito estufa no ambiente e a posterior comercialização desses certificados para os interessados, especialmente para os países desenvolvidos sobre os quais pesa compromisso de redução de tais emissões. No caso dos aterros sanitários, a queima simples ou associada ao aproveitamento energético do biogás decorrente da decomposição do resíduo orgânico propicia a redução de emissão do gás metano, mais poluente do que o gás carbônico resultante da combustão. Por isso, é possível a certificação desse processo e a conseqüente aquisição de ganho econômico, que podem auxiliar a viabilizar economicamente as obras de

construção, regularização, desativação e recuperação dos aterros. Deverão, no entanto, ser atendidos os requisitos do Protocolo (voluntariedade, efetividade, adicionalidade) e, sobretudo, o procedimento previsto para a certificação.

A viabilização do empreendimento de infra-estrutura

Nesse contexto, há que se promover a construção de novos aterros e regularização, desativação e recuperação dos aterros existentes, impondo-se, para tanto, além da coordenação dos diversos entes envolvidos (II.2.2), a adoção de modelo pelo qual será efetivado o empreendimento (III.1). A execução do empreendimento poderá ser direta, por delegação tradicional ou ainda por meio de parceria público-privada. Quanto a esse tópico, destacamos algumas conclusões:

- (i) A contratação de prestação dos serviços de construção ou regularização dos aterros pelo Poder Público ou ainda da prestação dos serviços sob o **regime da Lei nº 8.666/93** pressupõe previsão orçamentária e disposição dos recursos em caixa para os gastos a ela inerentes, vedado o financiamento pelo particular contratado. Poderá o município lançar mão das alternativas de financiamento previstas para o Poder Público (item III.2.1). O prazo de contratação não poderá, entretanto, ser superior a sessenta meses.
- (ii) A **concessão comum** para a construção de novos aterros e exploração dos serviços de operação do aterro pressupõe a utilização do modelo “usuário único”, por se tratar de serviço de fruição obrigatória, que não admite a cobrança de tarifa diretamente do usuário final. Em razão da criação do instituto da PPP, tal modelo poderá ser contestado pelos órgãos de controle da Administração, principalmente o Tribunal de Contas competente, com base

nas disposições expressas do art. 2º, caput e §§ 1º a 3º da Lei nº 11.079/04. A vantagem da adoção desse modelo estaria na alocação da responsabilidade pelo financiamento do empreendimento a cargo do particular.

- (iii) A adoção de **parceria público-privada** nos moldes da “concessão administrativa”, em substituição ao modelo de usuário único, para a consecução dos empreendimentos implicará o preenchimento dos requisitos contidos na Lei nº 11.079/04, particularmente o **valor mínimo do contrato**, que deverá ser de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o que restringe a aplicação desse modelo para empreendimentos de pequeno porte. Deverá ser observado ainda o **limite de endividamento** em 1% da receita corrente líquida do ente contratante.
- (iv) Pode-se cogitar da execução dos empreendimentos, por meio da **locação de ativos** pelo particular em favor do Poder Público, em que a responsabilidade pelo financiamento e pela construção da infra-estrutura fica a cargo de uma SPE, e a utilização e a operação da infra-estrutura e dos serviços a ela relacionados são realizadas pelo Poder Público. Trata-se de modalidade nova de empreendimento, que vem sendo vislumbrada como alternativa para a viabilizar projetos na área de saneamento básico e que tem linha de crédito específica com recursos do FGTS, criada no âmbito do programa Saneamento para Todos, na qual o mutuário é a Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Financiamento do empreendimento

O financiamento dependerá da modalidade de viabilização eleita. O financiamento para o Poder Público encontra mais restrições do que o financiamento para o privado, em

razão da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, das Resoluções do Senado relativas a limites de endividamento e das normas do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional. Existem, no entanto, linhas específicas de crédito para empreendimentos de saneamento básico, o que poderá facilitar o acesso dos municípios aos recursos. Da mesma forma, também as entidades internacionais de financiamento prevêem linhas específicas e taxas de juros menores para empreendimentos de desenvolvimento sustentável e de despoluição do meio ambiente.

Necessidade de licitação

A titularidade dos créditos de carbono pertence ao município que opera o aterro, o qual poderá transferir para particular (concessionário ou parceiro privado) o direito de obter os certificados. Em geral, a contratação com particular da execução das atividades de construção, regularização, desativação ou recuperação dos aterros sanitários, e de desenho, validação e certificação do projeto de redução de gases de efeito estufa deverá ser precedida de licitação, ainda que seja possível

a contratação direta, em casos específicos de singularidade do projeto, que torne inviável a competição, a exemplo da cooperação mais ampla entre o Poder Público e o particular, com características não-contratuais.

Viabilização e financiamento da certificação

Há mais facilidade para a viabilização e o financiamento da certificação, em razão do proveito econômico que poderá dela advir. O financiamento deverá obedecer às mesmas regras observadas para o empreendimento, havendo, no entanto, fundos de aquisição dos CER dispostos a pré-financiar todo o procedimento de validação do projeto e de certificação da redução de emissões. No que diz respeito, especificamente, à comercialização dos certificados já obtidos, pode-se cogitar da constituição de consórcio público ou de empresa intermunicipal, com o objetivo de agregar vários municípios que estejam em processo de certificação, dando-lhes melhores condições de comercialização e, eventualmente, possibilitando-lhes a capacitação técnica de quadros municipais e estaduais, o intercâmbio de tecnologias e modelos de viabilização, a extensão das melhores práticas, entre outros.