



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RÔMULO EDUARDO OLIVEIRA BENEVIDES

**AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: ANÁLISE DO CASO DO COMPLEXO
DATACENTER - CEF E BB**

**FORTALEZA
2017**

RÔMULO EDUARDO OLIVEIRA BENEVIDES

**AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: ANÁLISE DO CASO DO COMPLEXO
DATACENTER – CEF E BB**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenadoria de Programas Acadêmicos da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará (UFC), como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
novembro de 2017.

Professor Orientador: Prof. Dr. Sidney Guerra
Reginaldo.

**FORTALEZA
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B413p Benevides, Rômulo Eduardo Oliveira.
AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: ANÁLISE DO CASO DO COMPLEXO DATACENTER -
CEF E BB / Rômulo Eduardo Oliveira Benevides. – 2017.
71 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo.

1. Direito Administrativo. Parceria Público-Privada – PPP. Complexo Datacenter Capital Digital –
Consórcio Datacenter e (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil).. I. Título.

CDD 340

RÔMULO EDUARDO OLIVEIRA BENEVIDES

**AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: ANÁLISE DO CASO DO COMPLEXO
DATACENTER - CEF E BB**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenadoria de Programas Acadêmicos da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará (UFC), como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito,
dezembro de 2017.

Professor Orientador: Dr. Sidney Guerra
Reginaldo.

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof.^a Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me possibilitou chegar até aqui.

Aos meus pais, Antônio e Maria Neta, por terem sido exemplos de caráter, fé, determinação e coragem durante toda minha vida e por terem feito de tudo para que eu pudesse realizar meu sonho de concluir uma graduação.

Aos meus irmãos, Simba e Safira, pela paciência e incentivo proporcionados ao longo de todos esses anos.

À minha melhor amiga, Everlene, pelo amor e incansável dedicação.

À minha grande amiga, Rossana, pelo auxílio na conclusão do trabalho.

Aos professores Sidney Guerra Reginaldo, William Paiva Marques Júnior e Fernanda Cláudia Araújo da Silva pelos conselhos, orientação deste trabalho e pela confiança em mim depositada.

Aos meus amigos e familiares, pelo companheirismo ao longo de todo o curso e pelas palavras de incentivo.

A todo o corpo docente, aos discentes e aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

"E conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará." (Jesus Cristo)

RESUMO

O objetivo precípua do trabalho é abordar os principais aspectos do Instituto das Parcerias Público-Privadas (PPP), positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Notadamente, buscou-se a demonstração da relevância do conhecimento das transformações sofridos pelo Instituto até a concepção dos contornos atualmente apresentado, bem como a exposição dos principais temas legislativos, jurisprudenciais e negociais pertinentes ao modelo. Nesta senda, a pesquisa é classificada como descritiva e aplicada e é pautada em análise bibliográfica acerca dos aspectos histórico-evolutivos e jurisprudenciais dos institutos apresentados, além de abordar a documentação do caso concreto analisado. Em seguida, buscou-se a materialização de todos os aspectos abordados mediante a análise do caso paradigmático para o estabelecimento de Parcerias Público-Privadas no âmbito da União, qual seja, o Complexo Datacenter. Ao final, conclui pela fulcral importância do planejamento e da transparência dos empreendimentos realizados por meio destas novas modalidades de concessões, mas sem olvidar da importância do controle estatal e da fiscalização por parte de todos os interessados – o Estado, o parceiro privado, a sociedade e os meios de comunicação. Assim, defende que a consecução das metas econômicas e políticas concretizadas na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 só poderá ser alcançada após a estabilização dos normativos das agências reguladoras, das decisões dos tribunais (jurisprudência) e, conseqüentemente, da aceitação pelo mercado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Parceria Público-Privada – PPP. Complexo Datacenter Capital Digital – Consórcio Datacenter e (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil).

ABSTRACT

The main objective of the work is to address the main aspects of the Institute of Public-Private Partnerships (PPP), which was incorporated into the Brazilian legal system by the publication of Law N°. 11,079 of December 30, 2004. Notably, knowledge of the changes undergone by the Institute up to the conception of the contours currently presented, as well as the presentation of the main legislative, jurisprudential and negotiating themes pertinent to the model. In this way, the research is classified as descriptive and applied and is based on a bibliographical analysis about the historical-evolutionary and jurisprudential aspects of the institutes presented, besides addressing the documentation of the concrete case analyzed. After, we sought to materialize all aspects addressed through the analysis of the paradigmatic case for the establishment of Public-Private Partnerships within the Union, namely the Datacenter Complex. At the end, it concludes that the importance of state control and supervision by all stakeholders – the State, the private partner, society and the public – is crucial to the planning and transparency of the projects undertaken through these new modalities of concessions. the means of communication. Accordingly, it argues that the achievement of the economic and political goals embodied in Law n° 11,079, December 30, 2004, can only be achieved after the stabilization of the regulations of the regulatory agencies, of the decisions of the courts (jurisprudence) and, consequently, of market acceptance.

Keywords: Administrative law. Public-Private Partnership – PPP. Complex Datacenter Capital Digital – Datacenter Consortium (Caixa Econômica Federal and Banco do Brasil).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
BACEN	Banco Central do Brasil
BB	Banco do Brasil S/A
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBMAE	Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial
CEF	Caixa Econômica Federal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CGP	Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal
CTP	Comissão Técnica das PPP's
DOU	Diário Oficial da União
FGP	Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas
FGTS	Fundo de Garantia de Tempo de Serviço
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IGP-DI	Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
PEC	Pacto de Estabilidade e Crescimento
PFI	Private Finance Initiative
PPP	Parcerias Público-Privadas
SPE	Sociedade de Propósito Específico
TCU	Tribunal de Contas da União
TI	Tecnologia da Informação
ONG	Organização Não governamental
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
OS	Organização Social

SUMÁRIO

1.1 INTRODUÇÃO	11
2 PERCURSO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	13
2.1 Experiência na Europa continental	13
2.2 Transformações provocadas pelo advento do Direito Administrativo	18
2.3 As concessões no Direito Brasileiro	21
2.3.1 <i>Período anterior à promulgação da Constituição de 1988</i>	21
2.3.2 <i>Período republicano posterior à promulgação da Constituição de 1988</i>	27
2.4 Reflexões.....	29
3 ANÁLISE DA LEI Nº 11.079/2004 – A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS..	31
3.1 Conceito de Serviço Público para o Direito Brasileiro	33
3.2 Conceituação de Parceria Público-Privada	35
3.3 Questões sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.079/2004	34.....
3.4 Regulamentação da Lei de PPP	41
3.5 Espécies de Parceria Público Privadas	42
3.5.1 <i>Modalidade de Concessão Patrocinada</i>	42
3.5.2 <i>Modalidade de Concessão Administrativa</i>	44
3.6 Premissas de uma PPP: Objetivos e Prioridades.....	47
3.7 Formatação Jurídica e Processo licitatório	50
3.8 Garantias geradas para a administração pública	53
4 ANÁLISE DE CASO. O COMPLEXO DATACENTER	54
4.1 Visão global sobre o Projeto	55
4.2 Principais aspectos do processo licitatório	57
4.2.1 <i>Objeto e do orçamento</i>	58
4.2.2 <i>Julgamento das propostas, impedimentos e condições para habilitação</i>	59
4.2.3 <i>Formalização dos contratos</i>	61
4.3 Principais aspectos contratuais	63
4.4 Acompanhamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU)	65
5 Considerações Finais.....	68
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O estudo é movido pelo interesse de identificação de alternativas jurídicas e negociais (já instituídas no ordenamento jurídico brasileiro) que permitam que o Estado, em parceria com a iniciativa privada, enfrente o danoso deficit de infraestrutura nacional. Nesta senda, serão tratados os principais aspectos que configuram as Concessões (*lato sensu*) e, especialmente, as Parcerias Público-Privadas como sendo o principal veículo para a superação dos obstáculos infraestruturais para o desenvolvimento econômico e humano nacional, bem como sua importância para o aumento na qualidade da prestação de serviços públicos.

O objetivo geral do estudo é examinar os principais aspectos que envolvem o Instituto das Parcerias Público-Privadas (PPP), através da análise da legislação, das construções doutrinárias sobre a matéria e da análise do caso paradigmático de aplicação da referida modelagem no âmbito da União.

De outra ponta, os objetivos específicos são: explorar a origem do instituto das parcerias jurídico-econômicas firmadas entre o Estado e a iniciativa privada no direito comparado e no ordenamento jurídico pátrio; a busca da definição de serviços públicos que melhor se adéqua ao direito brasileiro, observando o entendimento das principais escolas internacionais; a delimitação jurídica e doutrinária do objeto do instituto; a adequação do instituto aos ordenamento jurídico brasileiro e sua constitucionalidade; a análise específica das modelagens criadas – Concessão Administrativa e Patrocinada; os principais aspectos que devem ser observados para a adequada utilização do instituto; identificar as principais controvérsias do novel instituto, bem como as ferramentas que poderão ser utilizadas para sua mitigação; a análise dos principais aspectos dos casos do Complexo Datacenter.

O estudo é organizado em três capítulos. Na primeira parte, é realizada uma sucinta exposição do processo de evolução histórica, em âmbito nacional e internacional, do estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada, especialmente no que atine ao Instituto das Concessões (*lato sensu*), e suas transformações durante o processo de surgimento e evolução dos estudos do Direito Administrativo, como método de aprimoramento da prestação dos serviços públicos pelo estado ou em parceria com a iniciativa privada.

No segundo capítulo, são apresentadas as definições de serviço público adotada pela doutrina internacional e, em especial, pela brasileira. Em pó, partir-se ao estudo da mais recente modelagem de Concessões presentes no ordenamento jurídico, as Parcerias Público-Privadas – PPP, tratando dos principais aspectos técnicos, jurídicos, econômicos e sociais da

implementação de projetos por meio de sua utilização. Ademais, serão abordados os principais entraves para a utilização da modelagem no Brasil, destacando a aparente dificuldade para o reconhecimento dos regramentos normativos. Concluindo, ao fim, pela patente complexidade do estabelecimento desta modelagem de concessão, todavia, reconhecendo seus significativos ganhos para todos os envolvidos nas pactuações.

Ao fim, o terceiro capítulo cuida da análise do caso do Complexo Datacenter (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil), objetivando a materialização de toda a construção doutrinária e legislativa sobre a matéria, visto que tal modelagem ainda não vem sendo utilizada em larga escala, bem como que sua utilização ainda prescinde de solidificação mercadológica e judiciária. E é neste diapasão, que realiza-se a análise, de forma minudente, dos principais aspectos jurídicos do projeto do referido projeto, que é caracterizado por ser o primeiro projeto da União ligado à construção de uma infraestrutura de grande porte mediante a utilização da modelagem de PPP. Ademais, tem-se a importância de todas as suas fases de implementação e as iniciais de execução (ressalte-se que a fase de prestação do serviço ainda está sendo executada) aprovadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) (que editou novos normativos com o fito de facilitar sua execução, bem como o estabelecimento de novos projetos) e apresentando elevados índices de satisfação (por parte de todos os partícipes – parceiros públicos e privados) pela qualidade do bem construído e dos serviços prestados.

Ademais, são abordados os principais aspectos de uma Parceria Público-Privada (PPP) no âmbito da União, apontando os principais acertos pela escolha da modelagem e dos reflexos que o sucesso de um projeto de tamanha envergadura poderá trazer para a solidificação da modelagem para a doutrina brasileira bem como para o Estado, o mercado e, especialmente, a sociedade brasileira, visto que estes são os principais interessados no sucesso do estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada.

A metodologia do estudo funda-se nas pesquisas bibliográfica e documental¹, que cuidam dos principais aspectos que envolvem o instituto, tendo como escopo a natureza qualitativa da pesquisa realizada, utilizando as principais obras doutrinárias sobre o tema e a documentação que existente sobre o caso concreto analisado. Ademais, é realizada uma específica investigação jurisprudencial e normativa sobre os principais aspectos relacionados ao tema, especialmente no que concerne aos normativos firmados pelo TCU, com o fito de complementar o embasamento do esforço científico, por meio da análise comparativa dos entendimentos doutrinários e das construções jurisprudenciais e normativas.

1 GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27-28.

2 PERCURSO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A busca pela utilização da expertise e dos recursos da iniciativa privada, por meio do estabelecimento de parcerias estatais com particulares teve início em momento anterior ao próprio surgimento dos Estados (como conhecido atualmente) e ao encetamento dos estudos do Direito Administrativo Moderno, remontando aos primórdios do direito ocidental, com a utilização desta modelagem como ferramenta para a organização do império romano, dos feudos (durante a idade média) e durante o período dos governos absolutistas no continente europeu. Todavia, seu aprimoramento se confunde com o processo de evolução enfrentado pelo Direito Administrativo.

Inicialmente, se faz mister o destaque do fato de que as concessões não tiveram seu nascedouro nas outorgas de serviços públicos, bem como que sua utilização antecede o início dos próprios estudos do Direito Administrativo (precedendo, até mesmo, ao surgimento do poder de polícia). Ademais, durante seu processo de evolução, as concessões apresentaram significativas transformações em seus objetos, finalidades, e, especialmente, em seus contornos jurídicos. Fatos estes que foram responsáveis por sua caracterização de ponte de ligação entre a administração pública e a iniciativa privada, por meio da harmonização de suas intenções e da busca pela realização de seus objetivos.

2.1 Experiência na Europa continental

Como já dito, o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada antecede, até mesmo, o início dos estudos do Direito Administrativo. Desta forma, pode-se observar que sua manutenção durante todos os processos de transformações vividos pela sociedade ocidental deve-se à flexibilidade de seus contornos. Ou seja, o protagonismo do Instituto das Concessões como modelo de conjugação dos anseios estatais e da iniciativa privada, resultado sucesso na harmonização dos interesses divergentes (lucro e materialização de um serviço ou infraestrutura). Todavia, deve-se ressaltar o fato de a história oficial indicar que suas aplicações iniciais não limitavam-se às simples outorgas de serviços ou utilidades públicas.

Inicialmente, destaca-se que a gênese da ideia de estabelecimento de parcerias com particulares data do período da Grécia antiga, passando pelo Império Romano (desde a segunda etapa do período republicano – onde ocorreram as precursoras “concessões *vectigas*

de terras”², bem como as outorgas das “*ager publicus*”³. Nesta senda, ainda durante a era republicana, a administração romana passou a utilizar outras variações destes Institutos, tais como as concessões de superfícies para edificações (predecessor da atual modalidade de concessão urbanística); zonas pesqueiras; minas; edifícios públicos; e obras para o desvio de mananciais. Todavia, a experiência romana ainda tratou de objetos que apresentam maior similitude com os contornos atuais do instituto, com o início do estabelecimento de concessões de obras públicas, por meio da contratação de uma “*societates publicanorum*” ou um particular, bem como cuidou da outorga de utilidades públicas, com destaque para os serviços de banho e prevenção de incêndios⁴.

De outra ponta, inexistiu, durante todo o período de experiência romana, consenso nos aspectos pactuados entre o Estado e os particulares concessionários. Entretanto, surgiram conceitos que persistem até os tempos atuais, com destaque para: I – a busca pelo alcance dos objetivos convergentes; II – a proporcionalidade entre os ganhos (pecuniários ou de qualidade) auferidos pela administração e as recompensas pagas ao particular; e III – a transmissão de direitos sobre bem ou atividade de competência estatal.

Empós o fim do Império Romano e a reorganização geopolítica do continente europeu (que passou a dividir-se em feudos), a utilização (e, conseqüentemente, seu processo de evolução) do Instituto das Concessões fora gravemente prejudicado, diante do cenário de pulverização do poder e da inexistência de um agente detentor de grandes poderes passíveis de outorga. Todavia, mesmo com a manifesta desestruturação dos Estados, a história ainda explicita a manifestação do Instituto das Concessões no âmbito de contratos agrários. Como destaca Villar Palasí⁵, lecionando que “o Medievo conheceu duas sortes de concessões ligadas umas às *Hofhaltung*, ou administração feudal, e outras conectadas ao *Dominialbesitz*, o domínio feudal [onde reis, príncipes e senhores feudais concediam] o domínio (e, conseqüentemente, de parte dos poderes sobre os respectivos vassalos) de consideráveis porções de terra com o fito de ocupá-las ou, até mesmo, de torná-las produtivas da extração de suas fontes de riquezas naturais (como, por exemplo, minas, florestas e áreas férteis mas não cultivadas)”. Em mesmo sentido, Odete Medauar⁶ explica, ainda, que eram “utilizadas formas

2 Caracterizadas pela locação condicionada de glebas a particulares com o fito de torná-las produtivas, por meio da cobrança de parcela dos referidos frutos.

3 Referentes à concessões de autorizações para que particulares executassem a coleta de tributos.

4 MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.38-39; e ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos contratos públicos**. Lisboa: Almedina, 2006, p 125.

5 PALASÍ, José Luis Villar. **Concesiones administrativas**, 1950, p. 688. No original: “*El Medievo conoció dos suertes de concesiones ligadas unas a la Hofhaltung, o administración feudal, y conectadas otras al Dominialbesitz, o dominiofeudal, unidas ambas as classes a los beneficia*”.

6 MEDAUAR, Odete. **Concessão de serviço público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12.

contratuais com a finalidade de garantir o empenho dos que executavam as atividades e de fixar diretrizes quanto à remuneração”.

Desta forma, tem-se que durante o período da Baixa Idade Média, as Concessões e Parcerias foram utilizadas como instrumento para a garantia dos domínios dos soberanos, que identificavam neste instituto uma das formas mais efetivas de conservar e explorar toda sua propriedade. De outra ponta, ainda inexistiam exigências sobre a observância do interesse geral da população, visto que os anseios sociais eram desconsiderados pela realeza.

Todavia, com o reestabelecimento dos poderes das coroas (fim da divisão em feudos e início do processo de divisão geopolítico do continente europeu em Estados-nações) e, consequentemente, da descentralização administrativa (ou seja, o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna), os soberanos deixaram de dividir as prerrogativas (que tornaram-se irrestritas) pertinentes ao poder central e passaram a gozar destes privilégios (também conhecidos pelo termo latino *Iura Regalia* – direitos do príncipe) de forma exclusiva.

De outra senda, mesmo apresentando, à primeira vista, a característica de exclusividade, uma parcela destas prerrogativas podiam ser delegadas à particulares (as *Iuri minora*), por meio da conferência de direitos especiais e não mais (como nos casos das concessões *vectigais* de terra) atrelado ao trespasse da propriedades⁷. Estes privilégios ainda podiam ser divididos em quatro grandes classes, sendo elas: I – a concessão de títulos de nobreza (*Ius nobilitatis*); II – a exploração de recursos do subsolo (*Ius soli*); III – administrar e, consequentemente, cobrar (espécies de) impostos de circulação e/ou pedágios pela circulação de mercadorias e pessoas por vias públicas (*Ius telonii*); e o direito de fabricar moedas (*Ius monetae*).

Durante este período, a ideia de concessões restava intrinsecamente ligada ao trespasse de bens (ou direitos) integrantes do tesouro da coroa. Ou seja, as Concessões eram entendidas como dádivas concedidas à particulares (que detinham relações próximas com o príncipe), diante dos privilégios que lhes eram conferidos. Tal conceito só fora mudado a partir do início do Século XVI, quando a intensificação do processo de urbanização e o fortalecimento das relações comerciais provocaram o surgimento de novas demandas. E foi nesse contexto que as parcerias com a iniciativa privada começaram a se desvencilhar dos velhos costumes (atração de apoio político e acumulação de recursos financeiros) e iniciou o processo de aquisição dos contornos apresentados atualmente, passando a objetivar a consecução de interesses sociais (por meio de sua utilização para, especialmente, fortalecer os

⁷ Destaca-se, ainda, o fato de que as regalias que não eram passíveis de concessão ficaram conhecidas como *Iuri majora*.

investimentos em infraestrutura), bem como para salvaguardar as atividades mercantis e de extração de riquezas naturais com as colônias.

Todavia, os resquícios desta promíscua relação ainda permaneciam, visto que a atuação dos particulares nas atividades mercantilistas ainda careciam de autorizações reais, diante do monopólio estatal. E foi diante deste cenário que as concessões e parcerias se protagonizaram como o mais eficiente modelo de outorga de vantagens mercantis. Como bem preceituou Marçal Justen Filho⁸ afirmando que “até o final do século XVIII [...] a concessão relacionava-se estritamente a conceitos de privilégio. Era via de proteção do soberano e de seus apaniguados, atribuindo-lhes o monopólio no desenvolvimento de atividades da mais variada ordem, inclusive de natureza estritamente econômica”.

Ademais, cumpre ressaltar que as Concessões foram vigorosamente empregadas durante a era das grandes navegações, onde companhias (de capital estritamente particular) especializadas em navegação e comércio apoiaram a conquista e administração das colônias ultramarinas. Com destaque para a experiência portuguesa (que utilizava as “cartas de privilégio” para conferir o direito de o particular exercer as atividades comerciais, mas resguardando o direito de fiscalização) e espanhola (com a designação, e não concessão, de agentes da Coroa – os *chapetones*⁹ – para auxiliar na exploração de minérios).

Desta forma, pode-se observar que as Concessões e Parcerias adaptaram-se com o transcorrer dos anos, modificando-se para atender às novas necessidades estatais, bem como para a adequação do fortalecimento da participação social na tomada de decisões e do aumento da influência do capital privado. E foi com a acentuação do processo de urbanização vivido em todo o continente europeu durante o início do século XVI, bem como a escassez de descurados financeiros e administrativos, que o *establishment* francês buscou o apoio de parceiros privados para possibilitar a solução dos problemas de infraestrutura vividos pela nação. Ressalte-se, ainda, que este momento marca o início da utilização dos Institutos das Concessões para o atendimento dos anseios sociais, em detrimento da antiga utilização exclusiva para a conferência de vantagens aos “amigos da corte”.

A Concessão francesa do Canal de *Craponne*, em 1554, apresenta-se como a primeira parceria firmada com o objetivo precípuo de implementar uma utilidade pública. Esta empreitada marcou, também, pela singularidade dos termos que foram avençados, visto que foram pactuadas determinações sobre: I – o uso das águas; II – a proteção do parceiro

8 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

9 Colonos da elite espanhola nomeados pelos reis para cuidar da administração das colônias.

contra infratores e inadimplentes; III – a manutenção da propriedade estatal; IV – a obrigação de manutenção de padrões de qualidade; V – a liberdade de elaboração e execução do projeto, bem como a administração da utilidade (mas vinculado-o ao atendimento de resultados preestabelecidos) e VI – a previsão de que a exploração da serventia seria a fonte de remuneração do parceiro¹⁰.

Outrossim, destaca-se que o sucesso da retrocitada experiência implicou na outorga de outras Concessões de infraestrutura em solo francês, com destaque para as dos Canais de *Briare* (1638), *Beaucaire/Aigues-Mortes* (1644), *Midi* (1666), *Orléans/Brienne* (1679), *Gardette* (1701), *Verre de Avignon* (1705) e *Givors* (1760), bem como as das rotas (com o auferimento do lucro por meio da cobrança de pedágio) de *Paris/Borgonha* (1680), *Paris/Normandia* (1707) e *Orléans* (1755). Outras obras e utilidades também fora objeto de concessão, mas restringindo-se à cidade de Paris, tais como as atinentes à coleta de lixo domiciliar (1628), ao esgotamento sanitário mediante o manejo de fossas assépticas (1755), e ao bombeamento de água para a população (durante todo o século XVII)¹¹.

Por fim, cumpre ressaltar que resta notória a percepção de que as concessões guardavam um aspecto essencialmente de instrumento de viabilização da associação do príncipe (proprietário do objeto da concessão) com um particular (pessoa que detinha recursos e que buscava auferir lucro por meio do estabelecimento de acordos com a coroa) com o fito de alcançar harmonicamente o atingimento das metas políticas e econômicas. Todavia, a patente relevância de sua serventia como meio de solução de carências no setor de infraestrutura e outras funcionalidades públicas (sua funcionalidade) impediu sua abolição mesmo após o fim do absolutismo.

Desta forma, o fim do absolutismo resultou meramente na devida adequação das concessões ao Estado de Direito, como bem preceituou Marçal Justen Filho¹² ao afirmar que o Instituto logrou "um grande incremento no curso do séc. XIX, inclusive com o efeito de definição do seu perfil jurídico sob um regime de Estado de Direito. Por um lado, eliminou-se a utilização da concessão para atribuir privilégios no exercício de atividades econômicas [...], mas,] por outro lado, reservou-se a utilização da concessão para o desempenho dos particulares de serviço público".

10 BENZAÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et services publics**,. Paris: Ed. L.G.D.J, 1999, p. 68.

11 MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 48-49; BENZAÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et services publics**,. Paris: Ed. L.G.D.J, 1999, p. 71; e BLONDEAU, Ange. **La concession de service public**. Paris: Ed. Dalloz, 1929, p. 13.

12 Conf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, 2003, p. 51.

2.2 Transformações provocadas pelo advento do Direito Administrativo

Com a derrocada dos regimes absolutistas, bem como o estabelecimento do Estado de Direito e do Liberalismo (frutos, especialmente, da ascensão da ordem capitalista e da limitação dos poderes dos soberanos), o Direito Administrativo protagonizou-se como sendo uma das principais ferramentas jurídicas de limitação dos poderes estatais. E foi neste novo contexto que o Instituto das Concessões passou por um de seus momentos mais sensíveis de transformação, visto que teve que abandonar seus antigos contornos (de meio de atribuição de benefícios ou graças pelo soberano) e assumir um caráter prestacional, marcado pela prevalência dos interesses da sociedade.

Nesta senda, cumpre ressaltar, ainda, que a aparente dicotomia entre a utilização de um instituto criado pelo uso como um incabível outorgante de privilégios e a necessidade de sua utilização para a transposição dos desafios originados pela nova ordem capitalista fora prontamente superada, diante da inexistência de outras ferramentas bastantes para a viabilização da consecução dos investimentos necessários à implementação das utilidades públicas que o Estado e a iniciativa privada não tinham capacidade (financeira e/ou gerencial) de oportunizar de maneira separada. E foi com o fito de se readequar aos parâmetros liberais que o Instituto das Concessões adquiriu as seguintes características: I – ganhou os atuais contornos de um contrato de natureza administrativista; II – estabeleceu limitações para a cobrança de taxas aos usuários; III – abandonou o caráter perpétuo e hereditário; IV – inaugurou a fixação de garantias de lucros ao concessionário; e V – passou a fundar-se em critérios impessoais para a escolha dos parceiros.

Em contrário senso, durante o período inicial da revolução francesa o novo Estado burguês confiscou diversas concessões outorgadas pelo antigo regime. Todavia, a imprescindibilidade da participação de particulares para a realização de investimentos em infraestrutura fez com que os ideais liberais e iluministas fossem postos de lado e a administração pública concedeu importantes concessões, com destaque para os casos dos canais de *Ourcq* (já no ano de 1791) e de *Essone* (1793).

Foi no início dos anos 1800 que as concessões perderam seu caráter perpétuo, passando a serem outorgadas com a fixação de prazos razoáveis para o Estado e o parceiro (com o fito de manter sua atratividade), com destaque para a outorga do canal ligando *Bourgidou* e *Sylvéreal*. Entretanto, ainda foram registrados alguns casos de outorgas perpétuas, como o *case* do canal de *Saint-Quentin* (1827), bem como em diversas concessões

ferroviárias (as vias férreas interligando *Saint-Etienne à Loire* – 1823 – e *Lyon* – 1826, *Andrezieux à Roanne* – 1828, *Epinac* ao Canal de Borgonha – 1830 – e *Alais a Beaucaire* – 1833)¹³.

Desta forma, pode-se observar que as concessões só deixaram, definitivamente, de permitir sua outorga de forma perpétua apenas após a década de 1840. Ou seja, somente após o transcurso de meia década da aparente abolição da possibilidade de “outorga das propriedades” das utilidades públicas. E foi este novo entendimento que provocou a inserção nos contratos dos regramentos sobre a reversão (as futuras transferências da posse do bem).

Por conseguinte, tem-se que o novo panorama mundial, muito mais afeito a vida nas grandes cidades (e, conseqüentemente, as necessidades urbanas), provocou mais uma grande transformação no Instituto, que passou a ser fortemente utilizado para a disponibilização de utilidades públicas de forma direta aos cidadãos (em detrimento de sua consagrada aplicação em projetos de infraestruturas interurbanas e rurais). E foi neste cenário de maior utilização de forma direta pela população, que alguns aspectos começaram a ser absorvidos pelas concessões, com destaque para o dever de continuidade da prestação, os limites remuneratórios, e a busca pela proteção dos usuários. Desta forma, pode-se observar que o nascimento da ideia de serviço público está intrinsecamente ligada à evolução do Instituto das Concessões.

As primeiras construções doutrinárias entendiam que os serviços públicos configuravam-se como sendo todas as prestações ofertadas pelo Estado de forma direta ao administrado (que eram a razão de o Estado existir). Todavia, referidas definições apresentavam-se como sendo demasiadamente amplas e indeterminadas, implicando na caracterização de todos os objetos de concessões como sendo um serviço público.

Desta forma, o Instituto ganhou novos contornos, passando a ser utilizado para o atendimento das demandas por novas utilidades, mas evitando o inchaço estrutural do *establishment*. Ou seja, durante o período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX as concessões passaram a ser utilizadas em maior escala e para o provimento de atividades econômicas individualmente fruíveis (elevadas ao patamar de serviço público).

Com o início da contemplação do direito dos terceiros (dos efetivos usuários dos serviços outorgados), o instituto deixou de apresentar um caráter contratualista (pactuação entre concedente e concessionário regida pela legislação civil), recebendo influxos dos pactos de direito público (com cláusulas mandatórias e obrigacionais) e firmando-se como um contrato multilateral (pacto relacional de natureza regulatória).

13 BENZAÇON, Xavier. *Essai sur les contrats de travaux et services publics*,. Paris: Ed. L.G.D.J, 1999, p. 111.

Em contrário sensu, com fim da Segunda Guerra Mundial e a, consequente crise provocada pelos dolorosos anos de batalhas, os Estados optaram pela descentralização da administração pública (criação de órgãos ou empresas estatais) para a prestação de serviços, em detrimento da delegação a particulares (diante da catastrófica situação que a economia mundial e, conseqüentemente, os grandes empresários enfrentavam após os pesados anos de conflitos). Todavia, os registros históricos indicam que, até mesmo, o excessivo protagonismo exercido pelos Estados (com base em um forte vetor ideológico e na disputa entre os blocos econômicos) não impediu o estabelecimento (claramente) em menor grau de parcerias com a iniciativa privada até meados do Século XX.

De outra ponta, o fim do século XX e início do século XXI, fora marcado pelo fim da cortina de ferro e pelo estreitamento das relações entre os países europeus, especialmente no que concerne ao estabelecimento da União Europeia. Nesta senda, destaca-se a fulcral relevância das Diretivas Comunitárias da União Europeia e, conseqüentemente, de seus impactos no instituto da concessão, visto que a pluralidade de escolas jurídicas resultou na necessidade da busca pela universalização dos conceitos, especialmente no que concerne à delimitação dos objetos.

Desta forma, o direito europeu entende as concessões como sendo os atos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confia a um terceiro a gestão total ou parcial de serviços que sejam normalmente de sua responsabilidade e cujos riscos de exploração esse terceiro assume. Ademais, se faz mister o ressaltado de que as diretivas não delimitam as concessões como sendo um ato ou um contrato, sempre optando pelos termos ato unilateral ou ato contratual, com consentimento de terceiro, contemplando a escola alemã (ato) e a francesa (contrato).

Por fim, pode-se concluir que o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada segue sendo a principal ferramenta de delegação facilitadora da implementação e operação de utilidades públicas, que não poderiam ser livremente prestadas pelo mercado. Outrossim, cumpre destacar que este trabalho filia-se ao entendimento de que a liberalização dos mercados não provocará o fim dos serviços públicos, muito pelo contrário, tal medida facilitará o rompimento das amarras que ainda ligam as concessões (*lato sensu*) ao prejudicial legado absolutista, marcado pela outorga de benesses aos “amigos da coroa” (prática comum, até os dias atuais, no Brasil).

2.3 As concessões no Direito Brasileiro

De início, se faz mister o ressaltado de que a evolução do Instituto das Concessões e Parcerias no Brasil acompanhou, fundamentalmente, os processos de transformação enfrentados pela experiência europeia, visto que o processo de absorção deste instituto resta intrinsecamente ligado à herança deixada pela administração portuguesa. Como lembra Rodrigo Ricupero¹⁴, “em todo o processo de colonização do Brasil, a Coroa portuguesa utilizou-se da iniciativa particular e nela se apoiou, buscando, porém, sempre seu controle. Se, na perspectiva do Estado contemporâneo essa situação pode ser vista como fragilidade, à época, no processo de formação do Estado, tal política constituiu hábil recurso: a coroa utilizava recursos humanos e financeiros particulares para viabilizar seus projetos sem que lhe coubesse nenhum ônus, cedendo, em troca de apoio, terras, cargos, rendas e títulos nobiliárquicos”.

2.3.1 Período anterior à promulgação da Constituição de 1988

E o início da utilização destes institutos em solo brasileiro se deu ainda no período colonial, com as concessões de extensões territoriais na colônia (com o fito de povoar e iniciar a produção agrária e extrativista na colônia) e da exploração de atividades comerciais e, conseqüentemente, das rotas marítimas (por meio de delegações reais). Todavia, a evolução dos aspectos econômicos e jurídicos da pujante colônia provocou a necessidade de introdução de novas modelagens e alterações na forma de distribuição dos custos e riscos, com destaque para a flexibilização dos arranjos no tocante aos prazos, meios de cobrança da remuneração, a incidência de normas de Direito Público, a criação do instituto do resgate e, inclusive, o surgimento de arranjos de financiamento dual (particular e estatal).

Tal processo transcorreu sem bruscas evoluções até o início do século XIX, mais precisamente até o ano de 1808, que fora marcado pela chegada da coroa portuguesa em terras brasileiras (em decorrência das pressões inglesas e francesas). O referido acontecimento significou a inserção de novos instrumentos (já largamente utilizados em Portugal) ao ordenamento jurídico brasileiro, mas também o surgimento de novas necessidades, diante da necessidade de oportunização da exploração e ocupação de todo o território colonial, bem

14 RICUPERO, Rodrigo. **Governo-geral e a formação da elite colonial baiana no século XVI**. São Paulo: Alameda, 2005, p. 119-120.

como organizar a mínima infraestrutura de serviços nas principais cidades. Com destaque para as seguintes concessões: I – da mineração de ferro em Minas Gerais (por um período de dez anos ao senhor Luiz de Sousa Menezes); II – da atividade de comércio entre as capitanias do Pará e de Goiás (marcada não apenas por conceder privilégios ao outorgante, mas por trazer grandes obrigações¹⁵); III – da conservação de estradas localizadas na capitania de Minas Gerais (também por um período de dez anos mas outorgada ao senhor Manuel José Esteves); IV – do serviço de navegação a vapor no porto do Rio de Janeiro (Decreto de 21/01/1817); e V – o serviço de transporte por seges e coches interligando a cidade do Rio de Janeiro aos palácios da Boa Vista e Santa Cruz (Decreto de 18/08/1817)¹⁶.

A utilização do instituto como meio de superação dos problemas de falta de investimentos para a implantação de serviços e infraestruturas (utilidades públicas) prosseguiu, com os mesmos moldes, durante o período do primeiro império, destacando-se a edição dos seguintes diplomas: I – a Lei de 29 de agosto de 1828, que estabelecia regras para a construção de obras públicas para a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos (inaugurando o regime de concessão de obras públicas legítimas no ordenamento jurídico brasileiro); II – o Decreto de 23 de outubro de 1828, que concedia a instalação da iluminação a gás da cidade do Rio de Janeiro ao senhor Antônio da Costa; III – o Decreto de 12 de agosto de 1825, que estabelecia as normas gerais para o estabelecimento de concessões no setor de mineração (marcado por ser o pioneiro na disciplina geral de uma variedade de concessão, trazendo normas externas e cogentes).

Durante o curto período regencial, se faz mister o ressaltado do Decreto nº 101 de 31 de outubro de 1835, que instituiu as regras gerais para as concessões, sob regime de privilégio pessoal de 40 anos, de ferrovias interligando a capital federal às províncias da Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Entretanto, deve-se desatascar que o referido Decreto norteou as primeiras concessões de estradas de ferro no Brasil.

No que concerne ao extenso período do Segundo Reinado, cumpre salientar, inicialmente, o fato de Dom Pedro Segundo ter sido o governante que mais utilizou o instituto da concessão (tanto para admitir a implementação e operação de utilidades públicas e infraestruturas que careciam de vultosos recursos, concessão-delegação, quanto para permitir que indivíduos explorassem inventos ou atividades – autorização). No tocante aos principais

15 Como as obrigatoriedades de implantação de dispositivos para transposição de cachoeiras, de construção de presídios, de cuidar do abastecimento de medicamentos da região, bem como realizar o desassoreamento dos rios durante os períodos de estiagem.

16 MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77-78.

diplomas editados durante o período, temos: I – o Decreto nº 720 de 24 de outubro de 1850, que tratava da concessão por 20 anos do fornecimento dos serviços de transporte público, via ônibus, ente a Vila de Iguassú e o Rio de Janeiro (marcado pela disposição atinente à obrigação de o concessionário implantar a infraestrutura viária); II – o Decreto nº 632 de 18 de setembro de 1851, que estabeleceu os parâmetros gerais para as concessões de dos serviços de navegação a vapor; III – o Decreto nº 632 de 24 de outubro de 1851, que batizou o fornecimento do poder de expropriar os bens necessários à oferta do serviço (ou infraestrutura); IV – o Decreto nº 641 de 26 de junho de 1852, que atualizava os regramentos para a concessão de ferrovias, com o fito de angariar os elevados valores necessários para a implementação da malha viária brasileira (o referido Decreto oferecia um leque de garantias, bem como buscou superar os variados entraves jurídicos e econômicos); V – o Decreto nº 1.746 de 13 de outubro de 1869, que delimitou os contornos do regime geral das concessões portuárias (estabelecendo, em suma: o período máximo, 90 anos; a possibilidade de reversão de todos os elementos empregados no objeto; a remuneração exclusivamente por taxas cobradas dos usuários; e a garantia de remuneração mínima no patamar de 12% do montante investido); VI – o Decreto nº 6.995 de 10 de agosto de 1878, que estabeleceu as bases gerais para a concessão de ferrovias, lastreadas em fianças ou garantias estatais de rentabilidade (7% ao ano), dentre outras (ademais, o referido diploma fora consolidado pelo Decreto nº 7.959 de 29 de dezembro de 1880, que, dentre outras alterações, elevou a cláusula de remuneração para o patamar de 12% ao ano); VII – o Decreto nº 8.548 de 20 de maio de 1882, tratando da concessão para edificação, gozo e uso de ferrovia ligando a linha férrea D. Pedro II à São Christóvão; VIII – o Decreto nº 7.220 de 19 de abril de 1879 – cuidando da concessão de ferrovia interligando a colônia de Porto Real e a linha D. Pedro II, que estabelecia a possibilidade de aplicação de multas em decorrência de falhas do concessionário (arts. 16 e 17), bem como inaugurou a possibilidade de cobrança tarifária, com graduação em razão da distância (art. VI); e IX – o Decreto nº 9.754 de 19 de maio de 1887, que conferiu a possibilidade de construção de casas para a classe menos abastada (casas populares), onde o concessionário remunerava-se por meio da cobrança de aluguéis em patamares estabelecidos pelo governo imperial (destaca-se a verossimilhança desta pactuação com a atual modelagem das Parcerias Público-Privadas na modalidade patrocinada)¹⁷.

Por fim, deve-se ressaltar o fato de a regra para a escolha dos parceiros nas concessões realizadas durante este período fundamentaram-se em critérios estritamente

17 MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81-82.

peçoais, onde as escolhas lastreavam-se em preferências particulares dos governantes, tendo, todavia, a concessão do Porto de Santos à família Guinle como sendo a principal exceção.

Mesmo após o fim do período monárquico, resultado da proclamação da República, o *modus operandi* da administração pública brasileira demorou considerável tempo para se adaptar aos regramentos que uma gestão republicana deve seguir, visto que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1889, o ordenamento jurídico brasileiro ainda entendia o importante instituto das concessões como sendo um mero fornecedor de graças, distinções ou benefícios aos concessionários. Todavia, o governo do primeiro presidente dos Estados Unidos do Brasil, o senhor Marechal Deodoro da Fonseca, já iniciou a utilização do instituto das concessões já nos primeiros meses de gestão, destacando-se a edição dos Decretos nº 849, de 11 outubro de 1890, e nº 4.228, de 6 de novembro de 1901, que outorgavam a instalação e exploração de um sistema portuário (composto por um cais para grandes navios, os respectivos armazéns para a estocagem das mercadorias e o sistema ferroviário que seria utilizado pelo guindastes transportadores) que compuseram o arcabouço material da Companhia Docas do Rio de Janeiro.

A prática de outorga de concessões sem a prévia de realização de concorrência ou concurso seguiu até o fim da década de 1910 (sendo desrespeitada, até mesmo, nos importantes casos de concessões de energia elétrica – Decreto nº 5.407 de 27 de dezembro de 1904), momento da edição do Decreto nº 2.943, de 06 de janeiro de 1915, que estabelecia (em seu art. 3º)¹⁸ a obrigatoriedade de realização de concurso (por meio de concorrência pública que se fundaria no critério de maior vantagem oferecida) para a construção e operação, por 60 anos, de três linhas férreas na província do Rio Grande do Sul.

Na mesma toada, destacam-se os Decretos nº 12.688, de 24 de outubro de 1917 (concessão do cabo telegráfico unindo a capital federal ao continente africano) e nº 14.160, de 11 de maio de 1920 (cuidando da outorga do plexo de utilidades necessário ao funcionamento da siderúrgica brasileira na região de Itabira), que introduziram no ordenamento jurídico brasileiro a importância da não cessão de privilégios de exclusividade.

Após a Revolução de 1930, que resultou na ascensão de Getúlio Vargas ao poder, o governo varguista buscou assumir o papel de proeminência e conduzir o processo de

18 Art. 3º Fica mais autorizado o Poder Executivo a fazer a concessão, em concorrência pública, com quem mais vantagens oferecer e sem onus para o Thesouro Nacional, da construção, uso e gozo, por 60 anos de prazo, dos seguintes prolongamentos: Da via-ferrea que vem de S. Luiz e S. Borja á estação de S. Pedro, deste ponto até Pelotas, passando por S. Sepé, Caçapava e Cangussú; Da linha ferrea de Sant'Anna do Livramento a S. Sebastião, deste ponto até Pedras Brancas, passando por Lavras, Caçapava e Encruzilhada; Da Estrada de Ferro de S. Luiz até a colonia Serro Azul e entroncamento com a Cruz Alta e Ijuhy-Ligação de Caçapava a S. Gabriel".

urbanização e industrialização (em detrimento do anterior modelo agrário), diante do cenário de crise mundial provocado pela crise de 1929. Todavia, no que concerne às concessões de serviços públicos, os regramentos contidos nos artigos 137¹⁹ e 142²⁰ da Constituição de 1934 (promulgada no dia 16 de julho) que estabeleciam, respectivamente, que Lei Federal deveria dispor sobre a revisão tarifária e a fiscalização das concessões e a desautorização da utilização das cláusulas assecuratórias de remuneração (cláusula ouro e de capital garantido).

Em mesma senda, o Código das Águas – Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934, também provocou importantes mudanças no instituto, destacando-se as disposições contidas nos seguintes artigos: art. 43²¹ – Determinava que o emprego para fins econômicos das águas, agora entendida como bem público, carecia de licença – autorização ou concessão; art. 52²² – Vedava a transferência de concessões sem autorização do expressa do próprio poder concedente; art. 157²³ – Fixava o prazo máximo inicial de 30 anos, cabendo prorrogações, desde que não extrapolasse o prazo máximo de 50 anos; art. 167²⁴ – Possibilitava a “encampação” do bem a qualquer tempo nos casos em que houver relevante interesse público, mas devendo ser precedido do pagamento de indenização; arts. 168 e 169²⁵ – Tratavam da

19 Art. 137 – A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

20 Art. 142 – A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juros a empresas. concessionárias de serviços públicos.

21 Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

§ 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.

§ 2º Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo peticionário.

§ 3º Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas.

22 Art. 52. Toda cessão total ou parcial da concessão ou autorização, toda mudança de concessionário ou de permissionário depende de consentimento da administração.

23 Art. 157. As concessões, para produção, transmissão e distribuição da energia hidroelétrica, para quaisquer fins, serão dadas pelo prazo normal de 30 anos.

Parágrafo único. Excepcionalmente, se as obras e instalações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo, com o fornecimento de energia por preço razoável, ao consumidor, a juízo do Governo, ouvidos os órgãos técnicos e administrativos competentes, a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hipótese alguma, de 50 anos.

24 Art. 167. Em qualquer tempo ou em época que ficarem determinadas no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem, mediante indenização prévia.

Parágrafo único. A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver.

25 Art. 168. As concessões deverão caducar obrigatoriamente, declarada a caducidade por decreto do Governo Federal: I – Si, em qualquer tempo, se vier a verificar que não existe a condição exigida no art. 195; II – Se o concessionário reincidir em utilizar uma descarga superior a que tiver direito, desde que essa infração prejudique as quantidades de água reservadas na conformidade dos arts. 143 e 153, letra e; III – Si, no caso de

caducidade, estabelecendo as hipóteses de sua declaração e, principalmente, determinando que sua declaração não ensejaria o pagamento de indenizações; art. 195²⁶ – Estabelecia que as concessões só poderiam ser outorgadas às empresas organizadas em solo Brasileiro ou, diretamente, à cidadãos brasileiros.

Outros diplomas também apresentaram grande importância para a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, como o Decreto-Lei nº 272 de 12 de fevereiro de 1938 (que concedeu a exploração de diversos aeroportos), o Código de Mineração (Decreto nº 24.642 de 10 de julho de 1934 — que estabelecia os critérios para a exploração das riquezas do subsolo, destacando-se o regramento atinente à exigência de prévia concessão ou autorização para a prospecção e, consequente exploração industrial das minas) e o Decreto-Lei nº 3.999 de 22 de janeiro de 1942 (que outorgava ao Estado do Paraná a edificação, manutenção e exploração de um canal interligando as baías de Paranaguá e Cananeia).

Após o fim do período estado-novista e com a redemocratização do país, fora promulgada uma nova Carta Magna, a Constituição de 1946 (promulgada no dia 18 de setembro), que buscou materializar os anseios populares, jurídicos e econômicos (da época) de recepção do novel entendimento de que a prestação de serviços públicos deveria ser realizada de forma direta pelo Estado (por meio da criação de novos órgãos, ou empresas estatais – seguindo o processo de descentralização). Todavia, a referida carta política apresentava dispositivos ligados ao instituto das concessões, destacando-se os ditames atinentes à possibilidade de oferta de determinadas atividades prestacionais mediante a outorga de concessões (art. 5, XII)²⁷, a impossibilidade de cessão de isenção tributária (art. 31,

serviços de utilidade pública, forem os serviços interrompidos por mais de setenta e duas horas consecutivas, salvo motivo de força maior, a juízo do Governo Federal.

Art. 169. As concessões decretadas caducas serão reguladas da seguinte forma: I – No caso de produção de energia elétrica destinada ao comércio de energia, o Governo Federal, por si ou terceiro, substituirá o concessionário até o termo da concessão, perdendo o dito concessionário todos os seus bens, relativos ao aproveitamento concedido e à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma; II – No caso de produção de energia elétrica destinada a indústria do próprio concessionário, ficará este obrigado a restabelecer a situação do curso d'água anterior ao aproveitamento concedido, se isso for julgado conveniente pelo Governo.

26 Art. 195. As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil.

§ 1º As empresas a que se refere este artigo deverão constituir suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros.

§ 2º Deverão essas empresas manter nos seus serviços, no mínimo, dois terços de engenheiros e três quartos de operários brasileiros.

§ 3º Se fora dos centros escolares, mantiverem mais de cinquenta operários, com a existência entre os mesmos e seus filhos, de, pelo menos, dez analfabetos, serão obrigadas a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

27 Art. 5º – Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites

V), bem como a expectativa de permissão da exploração de minérios e de energia elétrica por meio da outorga de concessões e autorizações (art. 153).

Por fim, se faz mister o ressaltado de que a maior atuação do Estado na oferta de utilidades públicas (tanto de forma descentralizada como direta) resultou na minoração da utilização do instituto das concessões. Entretanto, o ordenamento jurídico não descuidou e tratar da matéria, bem como acompanhou atentamente os novos contornos que o instituto ganhou nas experiências internacionais, ou seja, as concessões mantiveram-se como uma das principais ferramentas para oferta de serviços públicos.

2.3.2 Período republicano posterior à promulgação da Constituição de 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (promulgada no dia 5 de outubro), na esteira do latente processo de redemocratização brasileiro, estreou um novo entendimento sobre o papel do Estado na prestação dos serviços públicos, inclinando-se para a busca de parcerias com a iniciativa privada, especialmente por meio da utilização do instituto das concessões (*lato sensu*). A Carta Magna tratava as concessões como sendo o mecanismo de ligação entre os anseios sociais e as atividades particulares, sob a supervisão estatal, destacando-se os ditames contidos nos arts. 21, XII²⁸, 25, § 2²⁹ e 30, V³⁰. Ademais, o texto original cuidava, ainda, de outras concessões, tais como as de pesquisa e exploração de recursos minerais e hídricos (arts. 23, 176 e 174, § 2), as de terras (arts. 49, XVII, 183, §1 e 188, §§ 1 e 2), bem como os regramentos dispostos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT que estabeleciam os regramentos de para as outorgas de jazidas minerais (arts. 43 e 44 do ADCT), de terras e bens públicos (art. 51 do ADCT) e dos serviços públicos de telecomunicações (art. 66 do ADCT).

de um Estado.

28 Art. 21. Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

29 Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

30 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 de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Todavia, o ponto fulcral estabelecido pela Constituição Cidadã no atinente ao tema desta trabalho, foram os ditames do art. 175³¹, que representou o assentamento do regime constitucional das concessões de serviços públicos. O referido regime fundava-se em cinco parâmetros, sendo eles: I – A discriminação das atividades que poderiam ser outorgadas a particulares mediante a utilização do instituto da concessão; II – A necessidade de edição de um diploma federal elencando as disposições normativas e o plexo de direitos e mecanismos de proteção dos usuários; III – O estabelecimento do caráter contatual das concessões; IV – A imprescindibilidade da realização de processo licitatório prévio; e V – A obrigatoriedade de a remuneração do parceiro fundar-se na cobrança de taxas dos usuários, que teriam apenas política tarifária fixada (parametrização geral) em lei.

Por conseguinte, as concessões ganharam, enfim, uma legislação específica e abrangente, deixando de apresentar uma espaçada normatização e atendendo às disposições constitucionais que remontam à retrocitada Constituição de 1934. A referida consolidação dos regramentos atinentes às concessões se deu com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Entretanto, deve-se reconhecer a grande dificuldade de aprovação do projeto que tinha sido proposto ainda no primeiro semestre do ano de 1990, pelo então senador Fernando Henrique Cardoso (que exerceu um papel fundamental para a aprovação do projeto, diante do fato de este cuidar de um tema que ainda apresentava entendimento dissonante entre a classe política, diante do fato de grande parcela dos parlamentares representarem interesses ligados aos colaboradores de estatais, bem como um entendimento nacionalista ou de estatista).

Neste diapasão, a Lei das concessões materializou a vontade política de firmar parcerias com o setor privado com o fito precípua de melhorar os padrões de eficiência dos serviços públicos prestados pelo *establishment*, bem como transpor as barreiras da exígua quantidade de recursos financeiros estatais. E foi desta forma, que o referido diploma embebedou-se das construções doutrinárias administrativistas (com destaque para a contribuição de Celso Antônio Bandeira, que fora o revisor da edição preliminar do projeto) sobre o instituto (especialmente no aspecto conceitual) com o fito de integrar as lacunas normativas provocadas pela desarrazoada demora (quase cem anos) para a edição de um texto compilando e, especialmente, atualizando os regramentos sobre a matéria.

31 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Por fim, se faz mister o ressaltar da edição de diversos diplomas cuidando da aplicação do instituto das concessões nos mais diversos setores econômicos e sociais em nosso país, sempre na esteira das disposições contidas na Lei Geral para as outorgas de serviços públicos (Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995) e observando os avanços doutrinários sobre o tema. E para tal, cumpre o destaque dos seguintes diplomas legislativos: I – Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993³² (cuidando do regime dos Portos – marcado pela possibilidade de subconcessão de utilidades portuárias); II – Lei nº 9.472/1997 (tratando da possibilidade de outorga dos serviços de telecomunicações por meio de um regime especial, afastando, nestes casos, a aplicabilidade da Lei nº 8.987/95); III – Lei nº 9.478 de 26 de dezembro de 1997 (Lei do Petróleo, que reinseriu a possibilidade de concessão de exploração de jazidas de gás e petróleo, bem como trouxe regramentos específicos para os projetos da referida atividade pública); IV – As Leis nº 10.233 de 5 de junho de 2001 (Reestruturadora dos transportes terrestre e aquaviário) e nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007 (estabelecidora das diretrizes nacionais para o saneamento básico); V – Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 – Lei das PPP's, que implicou em um novo impulso na utilização do instituto com a criação de duas novas modalidades concessórias (a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa), e que será amplamente estudado nos capítulos posteriores deste trabalho.

2.4 Reflexões

Desta forma, pode-se observar que mesmo apresentando uma origem tão remota no ordenamento jurídico ocidental, a outorga da prestação de serviços públicos a particulares ainda apresenta-se como um mecanismo vantajoso (e ainda em processo de evolução) para todos os interessados (Estado, concessionário e sociedade).

Nesta senda, deve-se destacar três pontos fulcrais do Instituto, quais sejam: I – As mudanças enfrentadas pela discriminação de seu regime jurídico demonstraram a dificuldade de concepção de um único regime abrangente de todas as espécies e modalidades de concessão e, conseqüentemente, que cada objeto concedido deve apresentar uma normatização específica. Ou seja, a busca por uma normatividade abstrata e geral deve ser preterida em função da conferência de maiores margens negociais para as pactuações; II – A multiplicidade dos objetos passíveis de outorga (incluindo-se a prestação de atividades, serviços, bens e, até mesmo, de riquezas), evidenciando a intrínseca ligação entre a oferta por

32 Posteriormente revogada pela Lei nº 12.815/2013.

particulares de utilidades públicas (via de regra, de relevante interesse social e do próprio *establishment*) e a opção estatal (pelas mais diversas motivações) de sua não disponibilização de forma direta, mas mantendo-se em seu dever de tutelar a execução do objeto pactuado; e III – O papel central do Instituto das Concessões é o de estabelecer um vínculo obrigacional entre o Estado e um particular, onde o concessionário deverá executar uma tarefa que interessa aos dois (via de regra, por diferentes razões – pecuniária e oportunização de uma utilidade pública).

Por fim, se faz mister o ressaltado da importância da análise do processo de evolução enfrentado pelas modelagens de parcerias do poder público com a iniciativa privada (ou seja, das concessões – gênero do qual as Concessões Administrativas e Patrocinadas são espécies) para a materialização de projetos de grande porte (infraestruturas e prestação de serviços).

3 ANÁLISE DA LEI Nº 11.079/2004 – A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O aumento das demandas por investimentos nos setores de infraestrutura e prestação de serviços em conjunto com a incapacidade estatal de investimentos de elevada magnitude, fomentaram a busca por novos meios de prospecção de financiamentos alinhados a nova fase de evolução dos Estados. E foi neste cenário que o aprimoramento dos modelos de parcerias com o setor privado apresentou-se como a principal alternativa para o enfrentamento da problemática, destacando-se o desenvolvimento, na Inglaterra, das *Private Finance Initiative (PFI)*, precursoras do atual instituto das PPP's, modelagem que caracteriza-se pela organização de parâmetros para a entrada de investimentos privados em empresas estatais com o fito de transpor a escassez de recursos.

Todavia, mesmo apresentando-se como uma modelagem eminentemente vantajosa para todos os partícipes (direta ou indiretamente)³³, as PFI's ainda careciam de aperfeiçoamento. E tal evolução só foi conseguida após um período de dez anos de ajustes.

E foi neste panorama de sucesso do instituto em solo inglês e em grande parte da Europa continental (por meio da utilização de modelagens similares, em observância aos ditames do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC))³⁴, que o governo brasileiro resolveu, no início do ano de 2004, introduzir esta nova modelagem ao ordenamento jurídico nacional. Entretanto, o processo de elaboração e aprovação do diploma se arrastou até o final do ano de 2004 (mais precisamente, até dia 30 de dezembro). E, devido ao injustificado atraso na aprovação do projeto, outros entes da federação (como os Estados de Minas Gerais³⁵ e de Santa Catarina³⁶) assumiram a dianteira do processo e legislaram sobre a matéria. Desta forma, se fez necessária a criação de uma legislação nacional complementando a Lei de Concessão de prestação do serviço público (Lei nº 8.987/95).

No que concerne sobre os ditames estabelecidos pela Lei nº 11.079/04 – Lei das PPP's, cumpre destacar a presença de um objetivo principal de determinar as amarras negociais que delimitarão as modalidades de Concessões, tanto a Patrocinada quanto a Administrativa, com o fito de criar uma modelagem de contratação que estabeleça compromissos (administrativos e financeiros) estatais perenes. Desta forma, pode-se notar que as PPP's surgem como um aperfeiçoamento das evoluções estatais e sociais e com o objetivo,

33 Estado, parceiro privado e a sociedade.

34 Pacto firmado pelos membros da UE, estabelecendo a necessidade de limitação do endividamento.

35 BRASIL. Lei nº 14.686 de 16 de dezembro de 2003.

36 BRASIL. Lei nº. 12.930 de 04 de fevereiro de 2004.

primordial, de enfrentar a latente ineficiência estatal por meio da oferta de uma nova modelagem capaz de atrair ganhos financeiros e de gestão para a execução de grandes obras e investimentos em infraestrutura.

Nesta senda, as PPP's apresentam-se como uma das principais ferramentas para o enfrentamento dos problemas atinentes à grave crise econômica vivida (especialmente a partir do ano de 2015) pelo país, os gargalos de infraestrutura que prejudicam o desenvolvimento econômico da nação, bem como a ausência dos respectivos recursos para a realização dos investimentos necessários (aliado ao esgotamento da capacidade de endividamento). Assim, as Parcerias Público-Privadas configuram-se como uma tentativa de harmonização dos anseios estatais (melhoria da infraestrutura do país) e da iniciativa privada (obtenção de lucro), por meio da divisão dos riscos de implantação e operação do empreendimento. Ou seja, o Estado busca, com a institucionalização da nova modelagem, uma nova forma de financiamento para os tão necessários investimentos no setor de infraestrutura, em detrimento das já ultrapassadas solicitações de empréstimos às instituições financeiras internacionais.

De forma contrária ao que ocorria nas concessões tradicionais (outorga do direito de exploração de determinado serviço público, sem a participação estatal na remuneração do particular), as parcerias público-privadas configuram-se como uma modelagem onde o próprio Estado será o responsável pela remuneração (parcial ou, até mesmo, integral) do parceiro privado. Entretanto, os referidos investimentos não serão realizados de forma imediata (como nos casos das terceirizações e das empreitadas). Ademais, as PPP's (assim como as *PFI's*) não estarão adstritas a projetos envolvendo obras ou serviços onerosos (remunerados exclusivamente por taxa), podendo ser utilizado em obras e serviços públicos onde inexistia a contraprestação dos usuários.

Outrossim, deve-se ressaltar que o conceito de *Private Finance Initiatives (PFI)* é natural do reino unido e abrange as PPP's (que não apresentam autossustentação), e as parcerias autossustentáveis (*project finance*)³⁷. Nesta senda, a Lei nº 11.079/04, restringiu a utilização da modelagem das PPP's aos casos de ligados a concessões de infraestrutura, enquanto o conceito de *PFI* continua tendo um sentido mais abrangente.

37 Modalidade de estruturação financeira para a realização de projetos de grande porte, onde a principal fonte de receita para o pagamento do serviço da dívida de seu financiamento e do produto ou serviço resultante vem do fluxo de caixa gerado pela sua própria operação.

3.1 Conceito de Serviço Público para o Direito Brasileiro

O entendimento jurídico doutrinário sobre a delimitação do que seriam serviços públicos evolui conforme o passar dos anos e seguindo as mudanças tecnológicas, econômicas, da própria sociedade e, em especial, do próprio ordenamento jurídico. Referida evolução lastreou-se nas transformações sofridas pelos anseios populares por prestações de funções por parte do *establishment*.

Desta forma, pode-se observar a impossibilidade de delimitação de uma definição do que seriam serviços públicos que abarcasse todas as fases da evolução desta atividade estatal. Todavia, este trabalho indicará a definição melhor aceita pela doutrina para a realidade brasileira atual. E para tal, devemos, inicialmente, expor quatro pontos importantes, que auxiliarão na demonstração do referido processo de evolução, bem como na demonstração de que o modelo seguido por este trabalho apresenta-se como o mais adequado para a atual realidade brasileira. Vejamos:

I – A origem do instituto: a noção do que hoje entendemos por serviço público surgiu em território francês, em período posterior à Revolução Francesa (todavia, se faz mister o ressaltar da existência de atividades correlatas ao serviço público, com contornos bem próximos mas que percebiam diferente nomenclatura), como uma construção jurisprudencial e doutrinária (especialmente relacionado ao caso “L’Arrêt Blanco” – Julgamento Blanco, proferido pelo Tribunal de Conflitos Francês, no ano de 1873). Quanto ao aspecto doutrinário, sua construção é atribuída à “Escola de Bordeaux” – também conhecida como “Escola do serviço público” – no princípio dos anos 1900.-

II – O caso norte-americano (*public utilities*): o início dos estudos deste ramo é bastante recente (visto que o Direito Administrativo não apresenta-se como um ramo “apreciado” nos países adeptos ao *Common Law*³⁸) e decorreu do aumento da necessidade de atuação estatal na esfera econômica e social, especialmente no que concerne a atuação de suas agências reguladoras nas atividades que apresentam elevado valor social (em detrimento da histórica liberdade da execução das atividades econômicas – livre iniciativa). Ademais, ressaltar-se que o ponto fulcral de diferenciação está ligado a titularidade da atividade, visto que neste caso o titular continua sendo o próprio prestador (particular), enquanto que no caso francês o Estado apresenta-se como o detentor da titularidade da prestação do serviço.

III – O caso europeu: o novo panorama europeu implicou (após o estabelecimento da União Europeia) na busca pela acomodação dos sistemas jurídicos romano-germânico e britânico (*Common Law*) e, conseqüentemente, no nascimento de uma concepção de serviços públicos (resultado de um misto entre a concepção francesa e a americana – *public utilities*). Este novo conceito – serviços universais ou serviços

de interesse econômico geral" consagra a oportunização da concorrência na oferta de atividades econômicas de interesse geral, por meio do fim do monopólio estatal. Ademais, cumpre o ressaltar do fato de a fluidez do termo "serviço de interesse econômico geral" resultar em aclimações divergentes entre os próprios membros da União Europeia, visto que determinadas atividades poderão ser consideradas como serviço público para alguns países e como *public utility* para outros.

IV – O atual momento: marcado pela sua patente evolução mas, também, por sua aparente crise, visto que o novo pensamento está ligado à oferta de serviços à sociedade, em detrimento do ideal de um serviço burocrático ou meramente administrativo. Nesta senda, Fausto Quadros³⁹ preceitua que: "o [advento d]o Direito comunitário, o conceito de serviço público [...] se reformulou, robusteceu e ampliou aquele conceito.

Desta forma, pode-se observar a inexistência de uma conceituação atemporal para os serviços públicos, diante de seu caráter de constante mutabilidade e da consequente impossibilidade da determinação dos paradigmas delimitadores das mudanças conceituais e, até mesmo, os de crise. Todavia, se faz mister o destaque das principais inclinações do serviço público hodiernamente, sendo elas: I – A partilha das infraestruturas essenciais para a oferta dos serviços públicos; II – A participação do serviço público no regime de concorrência, sendo excetuado apenas os casos em que restar comprovada a inviabilidade econômica ou técnica; III – A diminuição dos casos de titularidade exclusiva do Estado, bem como a inauguração de serviços públicos com repartição da titularidade com a iniciativa privada; e IV – A pulverização das prestações de serviços públicos, com o fito de impedir a concentração econômica e os, consequentes, abusos de poder.

Por fim, chega-se ao caso brasileiro, que apresenta relevante dissonância doutrinária, com destaque para as seguintes vertentes sobre o conceito de "serviços públicos": I – Noção restritíssima – admite exclusivamente os serviços públicos como sendo a prestação de atividades de titularidade do Estado e prestadas por particulares mediante concessões ou permissões (excluindo-se os serviços *uti universi* os serviços sociais); II – Noção restrita – reconhece simplesmente as atividades estatais de cunho prestacional e ofertadas aos cidadãos de forma individualizada e que forem passíveis de quantificação (considerando apenas os serviços *uti singuli*); III – Noção ampla – distingue apenas as atividades de cunho prestacional voltadas aos cidadãos; e IV – Noção amplíssima: entende que todas as atividades exercidas pelo Estado devem ser consideradas como serviços públicos.

Nesta senda, tem-se que a vertente melhor aceita pela doutrina brasileira é a

39 QUADROS, Fausto. Serviço público e direito comunitário. In: **Os caminhos da privatização da administração pública**. Coimbra: Editora, 2001, p.293.

ampla, visto que as demais não apresentam elementos bastantes para o afastamento necessário de algumas funções estatais, tais como o exercício do poder de polícia, a admissão exclusiva dos serviços públicos *uti universe* e a viabilidade de execução de serviços públicos sociais por agentes não estatais (em observância aos ditames do art. 77 do Código Tributário Nacional⁴⁰).

Ademais, cumpre ainda o destaque dos ensinamentos de Diógenes Gasparini⁴¹ sobre o tema, que conceitua os serviços públicos como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico”.

Portanto, pode-se conceituar os serviços públicos como sendo “uma atividade prestacional, titularizada, com ou sem exclusividade, pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público”⁴².

3.2 Conceituação de Parceria Público-Privada

A análise direta do Instituto das PPP's, deve cuidar, inicialmente, da busca por sua conceituação. E para tal, se faz mister a análise da legislação pertinente sobre a matéria, qual seja, a Lei nº 11.079/2004, especialmente o *caput* de seu artigo 2º⁴³, que estabelece, de forma

40 Art. 77 As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo Único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculado em função do capital das empresas.

41 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

42 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 234.

43 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

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

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

§ 3º 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.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

superficial, que as Parcerias Público-Privadas são “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Desta forma, tem-se que as Parcerias Público-Privadas configuram-se como um contrato Administrativo de Concessão, onde deverão ser observados os princípios constitucionais da administração pública⁴⁴ e, conseqüentemente, limitar-se às disposições normativas e ao benefício da sociedade. Desta forma, pode-se observar que as PPP's pertencem ao gênero das Concessões. Ademais, ressalte-se, ainda, a presença de diversas remissões à Lei das Concessões (Lei nº 8987/95), como pode-se observar na redação dos parágrafos 1º e 3º de seu artigo 2º⁴⁵, dentre outros.

Neste sentido, a ausência de delimitação normativa, bem como a novidade do instituto, resultaram na ausência de consentimento sobre a melhor definição para o Instituto das Parcerias Público-Privadas. Todavia, a melhor doutrina de direito administrativo não se escusou de tentar buscar a melhor solução para a lacuna legislativa e já apresentou definições harmônicas sobre o tema, como pode-se observar da análise dos seguintes trechos das obras de Carlos Ari Sundfeld⁴⁶ e Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴⁷:

Em sentido amplo, parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral.

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalações de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

44 Art. 37 da CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

45 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

[...]

§ 3º 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”.

46 SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p.20.

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9.ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 148.

Ademais, tem-se que mesmo não definindo o Instituto, a Lei nº 11.079/04 distinguiu as PPP's das demais espécies de Concessões ao estabelecer (em seu art. 2º, §3º)⁴⁸ que as Concessões de “serviços públicos ou de obras públicas [...] quando não envolver contraprestação Pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Ou seja, o fator caracterizador das PPP's é a presença do pagamento estatal direto ao parceiro privado.

Desta forma, este trabalho filia-se ao conceito restrito do instituto das Parcerias Público-Privadas, em consonância com o que fora materializado pelo legislador quando da elaboração da Lei nº 11.079/04 e em dissonância do que é adotado no continente europeu (especialmente no Reino e Unido e em terras lusitanas), onde o ordenamento jurídico perfilha-se à definição ampla, englobando todos os tipos de colaboração com agentes particulares sem fins lucrativos (OS's, OSCIP's, ONG's, dentre outros).

E neste sentido, conclui-se que para o ordenamento jurídico brasileiro, as PPP's apresentam-se como contratos de delegação de execução de obra pública (infraestrutura) e/ou de prestação de um serviço onde a Administração Pública será usuária, por meio do pagamento (exclusivo ou não) de contraprestação pecuniária do Estado ao parceiro privado.

Por fim, ressalte-se, ainda, disposições atinentes à impossibilidade de celebração de contrato de parceria público-privada nos casos em que o valor do contrato for inferior a vinte milhões de reais, o período de contratação for inferior a cinco ou maior que trinta e cinco anos (inteligência dos artigos 2º, § 4, II e 5º, II da Lei nº 11.079/01)⁴⁹, bem como nas pactuações em que restar verificado que o único objetivo resume-se ao fornecimento de mão de obra, provimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Todavia, mesmo reconhecendo a relevância das referidas vedações (que buscam evitar a vulgarização deste importante instituto, ao delimitar sua utilização a projetos infraestruturais que necessitam de grande investimento), optou-se por classificá-las como condições para a adoção da modelagem das PPP's. Ou seja, entende-se pela não adoção destes critérios como elementos nucleares da modelagem das Parcerias Público-Privadas.

48 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...] § 3º 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.

49 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...] § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [...] II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos.

[...]

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

3.3 Questões sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.079/2004

Inicialmente, destaca-se que a própria CF/88 dispõe em seus artigos 22, XXVII⁵⁰, 37, XXI⁵¹ e 175⁵²) sobre os instrumentos que poderão ser utilizados pelo Estado para a contratação e execução de suas atividades. Permitindo que se observe a inexistência de escolha por um regime restritivo de modalidades de contratação de serviços pela Administração Pública e, conseqüentemente, a concessão aos legisladores derivados (locais ou nacionais) do poder de escolha do melhor arranjo jurídico para a determinação de paradigmas para as contratações (com espeque nas especificidades regionais e locais). Ou seja, a competência para o estabelecimento dos arranjos jurídicos que propiciem as seleções de maior eficácia para a administração pública é do Poder Legislativo, respeitadas as vedações constitucionais.

Neste sentido, nota-se a opção do legislador pela estruturação da Lei das PPP's como uma legislação de âmbito geral (lei-quadro) relativa às contratações públicas. Apresentando, desta forma, a mesma toada das Leis 8.987/95 (Concessões e Permissões) e das 8.666 de 21 de junho de 1993 (Licitações e Contratações). Desta forma, tem-se que a Lei nº 11.079/04 agregou novos meios jurídicos capazes de aumentar a eficiência da prestação dos serviços públicos, diante da oferta de novos mecanismos inventivos para o financiamento, a efetivação e o gerenciamento de obras, insumos e operação de serviços públicos.

Todavia, cumpre ressaltar que o envolvimento de verbas públicas por lapsos temporais consideráveis (entre 5 e 35 anos), evidenciou a necessidade da determinação de que as contratações de Parcerias Público-Privadas fossem, obrigatoriamente, precedidas por estudos técnicos hábeis à validação da conveniência e oportunidade das contratações,

50 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

51 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] 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.

52 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

mediante a identificação das razões que justificaram a opção pela forma de PPP, bem como a demonstração de que as despesas criadas (ou aumentadas) não afetarão as metas de resultados fiscais (conforme o art. 10, I, “a” e “b”, da Lei nº 11.079/04)⁵³.

Ademais, tem-se que o referido estudo deverá possuir capacidade de demonstrar que a contratação via PPP configura-se como a melhor alternativa para a participação de parceiros privados no projeto. Ou seja, a modelagem deverá apresentar-se como a mais indicada para granjear os valores necessários à execução do projeto, bem como para a potencialização da relação custo-benefício entre os recursos estatais que serão aplicados e os ganhos econômicos e sociais auferidos pela população.

Portanto, resta evidenciado que os contratos de PPP's surgiram como uma solução do legislador para solucionar a problemática da ineficiência dos serviços estatais, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88).

Noutra ponta, subsiste, contudo, a querela doutrinária, mesmo após a edição da Lei nº 11.079/04, atinente à constitucionalidade das concessões subsidiadas (de forma integral ou parcial pelo Estado, com base em interpretações restritivas do art. 175 da CF/88 que consideram que a carta magna autoriza apenas as concessões que sejam remuneradas integralmente por tarifas pagas de forma direta pelos usuários e com a assunção total dos riscos por parte do concessionário. Entretanto, pode-se observar que o próprio art. 175 da CF/88 não deixa dúvidas quanto a possibilidade de participação (total ou parcial) do poder público na remuneração do parceiro privado. Ou seja, a prestação dos serviços à população não será, obrigatoriamente, suportada integralmente pela própria sociedade mediante do pagamento de tarifas, visto que o referido dispositivo constitucional dispõe, meramente, que a legislação disporá sobre a política tarifária, não implicando, necessariamente, na adoção das tarifas como sendo o único meio de remuneração do parceiro privado.

A caracterização de um contrato administrativo de concessão de serviços públicos não está intrinsecamente ligada à remuneração do concessionário se dar integralmente pelo pagamento da tarifa pelos usuários, mas sim, às circunstâncias da sua gestão, execução e prestação dos serviços aos utentes. E trazendo para o caso das PPP's, deve-se entender política tarifária como sendo a ferramenta de arrecadação de apenas parte do custo do serviço público,

53 Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

sendo o restante arcado pelo Estado.

Ademais, tem-se que os posicionamentos no sentido de que a Constituição limitou que a remuneração do concessionário deveria se dar exclusivamente por tarifas (bem como arcaria com todos os riscos – salvo os casos de fatos imprevisíveis ou causados pela própria Administração) não merecem prosperar, visto que é impensável que o constituinte tenha amarrado o legislador a uma definição doutrinária clássica do que seriam as concessões, indiferente a todas as enormes mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas após 05 de outubro de 1988.

Nesta senda, cumpre o ressaltar de que o entendimento brasileiro da época da feitura da Constituição de 1988 fundava-se na doutrina dos países que originaram a base do Direito Administrativo brasileiro, especialmente a francesa, bem como que estas nações adotavam conceitos restritos para as concessões, que configuram-se como uma espécie do gênero delegação de serviços públicos (em dissonância do que ocorre no Brasil, que limita as Concessões e as Permissões às outorgas de serviços públicos).

No caso francês, existe um vasto leque de modalidades de delegação⁵⁴ onde a remuneração do parceiro privado se dá por meio de diferentes mecanismos de cobrança de tarifas dos usuários, assemelhando-se à nossa modelagem de PPP's. Desta forma, pode-se observar que o ordenamento jurídico francês possui variados modelos de delegação de serviços públicos, onde apenas no caso da concessão a remuneração do parceiro privado se dá, via de regra, exclusivamente mediante a cobrança de tarifas dos usuários. Todavia, é facultado à Administração Pública uma maior liberdade nas contratações, diante da possibilidade de pactuações atípicas e, até mesmo, inominadas. Tal liberalidade pactual não acontece apenas em solo francês, pelo contrário, surge como uma necessidade das sociedades e mercados pós-modernos, que são caracterizados pelo dinamismo e pela busca de modelagens negociais que se adéquem aos novos tempos, revelando a defasagem dos modelos tradicionais de delegação.

54 Modelos mais comuns de delegação de serviços públicos existentes no ordenamento jurídico francês: I – *Concession de service public*: Modelo de delegação de serviço público, marcado como sendo a contratação onde o concedente encarrega o concessionário (pessoa pública ou privada) de explorar um serviço público, com a responsabilização integral pelos riscos; II – *Affermage*: Semelhante à concessão brasileira, mas diferenciando-se simplesmente pelo fato de apenas de o objeto da delegação ser apenas a prestação do serviço em si, prescindindo da construção de infraestrutura; III – *Régie Interressé*: Situada entre a delegação e a mera terceirização, onde o delegatário presta um serviço a partir de uma infraestrutura já fornecida pelo Poder Concedente, que mantém a sua propriedade ao longo de todo o contrato; e IV – *Bail Emphytéotique Administratif*: caracterizada pela realização de investimentos, por parte do parceiro privado, em imóveis públicos que serão utilizados na prestação de serviços público, e onde a remuneração do particular se dará por meio da exploração de instalações por ele construídas no bem.

Ademais, pode-se observar que, até mesmo na tradição brasileira, as concessões de serviços públicos não abrangiam apenas as concessões remuneradas puramente por tarifas, como pode-se observar da análise dos casos das outorgas de ferrovias que eram celebradas com esope na Lei Geral nº 641, de 26 de junho de 1852. Lei esta que trazia diferentes formas de remuneração, diferente da já usual cobrança de tarifa, com destaque para a garantia de juros (que assegurava uma rentabilidade anual mínima de 5%).

Logo, resta patentemente evidenciada a constitucionalidade das concessões financiadas pelo Estado, diante da indiscutível inexistência de vinculação do legislador derivado a uma conceituação estanque e ultrapassada de modelos de remuneração dos concessionários, bem como pelo fato de as garantias atinentes ao estabelecimento de uma remuneração mínima do parceiro e a efetuação de pagamentos de forma direta de quantias previamente determinadas apresentarem-se como prerrogativas imprescindíveis para a atração de investidores. Ou seja, a edição da Lei nº 11.079/04 implicou em um grande avanço no aspecto negocial para o Estado brasileiro, diante do provimento de uma nova modelagem que permitiu a transação contratual da repartição dos riscos e despesas (desde que exista a devida previsão editalícia), conferindo uma maior margem negocial ao poder público.

3.4 Regulamentação da Lei de PPP

Ao analisar-se o texto da Lei nº 11.079/04 nota-se que a necessidade de sua regulamentação, decorre da natural existência de lacunas normativas que deveriam ser posteriormente preenchidas pela edição de Decretos do poder executivo (em âmbito Federal, Estadual e Municipal). E como ponto inicial deste processo, merece ser destacada a edição do Decreto nº 5.385/05, responsável pela instituição do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP).

Neste sentido, tem-se que o CGP (que se assemelha aos demais órgão de gestão colegiada do poder Executivo) é formado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (que deverá dirigir as reuniões e assumir a análise meritória do projeto), do Ministério da Fazenda (incumbido de verificar a exequibilidade fiscal, bem como a existência da margem de 1% da receita líquida corrente) e da Casa Civil da Presidência da República, mas sendo permitida a participação de outros membros de acordo com a área competente do respectivo projeto.

Ademais, sobreleva-se, também, a criação da Comissão Técnica das PPP's (CTP)⁵⁵, que tem como atribuição principal o fornecimento de apoio técnico e administrativo necessário ao desempenho de suas competências, por meio da recomendação dos serviços preferenciais para a modelagem e o respectivo aconselhamento para o aprova da licitação, bem como a propositura dos procedimentos para celebração dos contratos.

3.5 Espécies de Parceria Público Privadas

Inicialmente, cumpre ressaltar que o texto normativo distinguiu as Parcerias Público-Privadas das outras modelagens concessórias, visto que em seu art. 2º, §3º da Lei nº 11.079/04⁵⁶ expressa a necessidade de existência da contraprestação pecuniária ao parceiro privado para a caracterização do instituto.

Desta forma, tem-se que o instituto revela-se como o mais novo instrumento para o enfrentamento da carência de fundos para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura e fornecimento de serviços públicos de qualidade. Ou seja, as PPP's apresentam-se como um dos caminhos mais viáveis para o desenvolvimento econômico e social brasileiro, visto que sua modelagem permite a cooperação com a iniciativa privada e todos os seus benefícios.

3.5.1 Modalidade de Concessão Patrocinada

Ao partir-se para a análise específica das espécies de PPP's, inicia-se com o estudo da Concessão Patrocinada⁵⁷ de que apresenta-se como uma das espécies do gênero Concessão de serviço público (ou concessão de serviço público precedida de obra pública, ou apenas concessão de obra pública). Tal espécie é caracterizada pela complementação da remuneração do concessionário (além da natural cobrança de tarifa dos usuários diretos dos serviços) por meio do pagamento de contraprestação pecuniária por parte do ente estatal (com espeque no art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04). Desta forma, tem-se como ponto fulcral de diferenciação

⁵⁵ Que será composto por dois representantes titulares (e suplentes) dos três órgãos integrante do CGP, mais um titular (e suplente) dos três maiores bancos federais, o BNDES, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, bem como um representante (e suplente) dos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, dos Transportes, das Minas e Energia, da Integração Nacional e do Meio Ambiente.

⁵⁶ § 3º 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.

⁵⁷ Modelagem que também poderia ser denominada como Concessão Subvencionadas, Concessão Subsidiadas ou Concessão com garantia de receita mínima.

da Concessão Patrocinada e as demais espécies concessórias, está ligado ao formato de remuneração do parceiro privado, visto que apenas nesta modalidade o parceiro privado efetua pagamentos diretos e de natureza pecuniária, em complementação às já usuais tarifas pagas pelos próprios usuários.

Inicialmente, se faz mister ressaltar que as Concessões Patrocinadas estão diretamente ligadas a projetos de fornecimento de serviços públicos econômicos exclusivos do Estado, mas passíveis de exploração pela iniciativa privada por meio delegações, diante da possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

Por conseguinte, se faz mister o ressalte dos ensinamentos de Guimarães⁵⁸ sobre a matéria e, em especial, sobre quais critérios deverão ser respeitados para a estruturação do modelo possa observar o previsto na legislação:

“Do ponto de vista da identificação do conceito-tipo legal da concessão patrocinada (isto é: dos atributos que compõem sua previsão normativa), deve-se verificar se a estruturação do ajuste concessório concretamente conformada supõe cumulativamente os seguintes elementos: (a) delegação da gestão do serviço público; (b) aplicação do sistema tarifário (cobrança de tarifas dos usuários); (c) contraprestações pecuniárias provida pela administração cronicamente integrada na remuneração do concessionário (que compreende as tarifas pagas pelos usuários e/ou receitas provenientes de fontes alternativas). Se esses elementos estiverem presentes na conformação de dado ajuste contratual, a hipótese deverá subsumir-se ao conceito-tipo legal de concessão patrocinada.”

Desta forma, tem-se que as Concessões Patrocinadas apresentam-se como a modalidade de PPP mais apta ao favorecimento dos projetos de implementação, reforma ou ampliação de infraestruturas de serviços públicos. Todavia, a presença de investimentos diretos por parte do poder público implica na necessidade de um revestimento jurídico dos contratos celebrados (com o fito de salvaguardar os investimentos estatais que viabilizam a concessão concretamente projetada), bem como na busca pelo equilíbrio dos níveis de risco envolvidos, visto que o aporte financeiro do poder público apresenta-se como sendo crucial para a mitigação dos riscos do projeto.

Todavia, mesmo com a patente previsão de que a contraprestação deva ser efetuada em forma de pecúnia, o próprio diploma legal faculta (em seu art. 6º) à administração pública a possibilidade de pagamentos mediante outras formas de amortização, com destaque para a emissão de ordens bancárias, a outorga de direitos sobre bens dominicais

ou de outros em face da Administração Pública, a concessão de créditos não tributários, dentre outros meios em lei admitidos.

Neste sentido, destaca-se, ainda, o fato de a Lei das PPP's (em seu artigo 6º, § único) permitir também a remuneração indireta do parceiro particular, por meio do pagamento de remuneração oscilante, variando de acordo com o atendimento das metas e padrões de serviço previamente estabelecidos em contrato. Desta forma, tem-se que a remuneração do parceiro privado só terá início após a disponibilização integral (ou parcial, conforme art.7º) do serviço pactuado.

Ademais, cumpre ressaltar que nos casos em que a prestação do serviço pactuado carecer de realização de obra pública ou de qualquer instalação ou abastecimento, a Lei nº 11.019 (em seu art. 5º, §2º) permite que o parceiro privado agregue, de forma suplementar, mais um contratante. Integrando, desta forma, a empresa financiadora, com o fito de salvaguardar a continuidade do serviço diante da necessidade de investimento inicial.

Por fim, deve-se analisar o tema atinente à repartição dos riscos dos empreendimentos, visto que a mais recente modelagem estabelece a repartição objetiva dos riscos (art. 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/04), enquanto modelo comum previa a execução do serviço ou da obra por comprometimento exclusivo do concessionário (art. 2º, II, III e IV, da Lei nº 8.987/95). Todavia, mesmo com a referida previsão legal de que as responsabilidades serão objetivamente compartilhadas, tal tema deverá estar obrigatoriamente detalhado no contrato de PPP firmado entre o poder público e o parceiro privado (em observância às disposições do art. 5º, III da Lei nº 11.079/04), diante da ausência de pormenorização no próprio diploma legal.

3.5.2 Modalidade de Concessão Administrativa

Dando continuidade à análise das espécies de Parcerias Público Privadas, será abordado o estudo das Concessões Administrativas, instituto criado com o intuito de suprir a necessidade econômica da administração pública atinente às formatações de projetos incompatíveis com o sistema convencional de remuneração tarifária e propiciando o custeio integral (via de regra) dos investimentos por meio de contraprestações pecuniárias de origem estatal. Ademais, tem-se que as pactuações de Concessões Administrativas apresentam contornos de contratos de prestação de serviços em que o *establishment* figura como usuário direto ou indireto, bem como sua podem estender-se à execuções de obras ou o fornecimento

e instalação de bens (art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004).

No tocante à conceituação, cumpre destacar inicialmente, o que preceitua o § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04, que concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Ademais, temos, ainda, que nesta espécie de PPP a remuneração do parceiro privado se dará, via de regra, de forma exclusiva pelas contraprestações pecuniárias estatais, diante da inexequível cobrança de tarifas do usuário, seja por aspectos sociais, econômicos ou, até mesmo, jurídicos (com destaque para as vedações constitucionais à cobrança pelo acesso a serviços de fornecimento de educação e saúde pública – arts. 196⁵⁹, e 206, IV⁶⁰).

Em mesmo sentido, Di Pietro⁶¹ e Guimarães⁶² preceituam que as concessões administrativas apresentam como objeto a prestação de serviços onde a administração pública figurará como usuária mediata ou imediata, com a participação financeira do parceiro privado na constituição de infraestrutura não limitado ao fornecimento de bens ou pessoal ou à realização de obra, bem como o pagamento ao parceiro deverá ser efetuado de forma regular e diferida por um amplo período, possibilitando o custeio da prestação do serviço e o resgate dos investimentos. Ou seja, o particular deverá cuidar da gestão da infraestrutura, com a oferta de um serviço público por meio do próprio bem, distinguindo, desta forma, as Concessões Administrativas dos institutos da terceirização (onde inexistente o fornecimento de infraestrutura) e da empreitada (quando o serviço público não é prestado pelo parceiro).

Desta forma, pode-se observar que as concessões administrativas abrangem um amplo leque de possibilidades, podendo ser utilizadas até mesmo em projetos que envolvam serviços públicos em uma concepção mais ampla (especialmente aos serviços culturais e sociais), diferentemente das concessões patrocinadas, que apresentam como único objeto a prestação de serviços públicos econômicos.

Por conseguinte, tem-se que as Concessões Administrativas podem ser divididas em duas subespécies, com base na participação da Administração Pública como usuária direta ou indireta dos serviços, sendo elas: I – a de serviços ao Estado, pertencente ao gênero

59 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

60 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9.ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

62 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.168.

contrato de prestação de serviços, caracterizado pela oferta de utilidades diretamente à Administração Pública, e II – a de serviços públicos, pertencente ao gênero concessão de serviço público, assinalado pela prestação de serviços diretamente à sociedade e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (facultando, todavia, a participação de receitas alternativas).

No que concerne ao aspecto econômico, tem-se que as concessões administrativas de serviços ao Estado estão intrinsecamente ligadas à demanda por ganhos de eficiência na gestão de serviços e obras públicas e ao enfraquecimento da capacidade da aplicação de capital e de endividamento por parte do Estado. Nesta senda, a adoção de prazos contratuais mais longos (entre 5 e 35 anos), a flexibilização na formatação dos projetos (básicos e executivos), a repartição de riscos e o ajustamento das remunerações conforme o atendimento de metas geram fortes incentivos à execução mais eficiente dos projetos por parte dos parceiros privados.

Noutra ponta, embora reconhecendo que a concessão administrativa apresenta contornos doutrinários parecidos com o modelo de prestação de serviços previsto na Lei nº 8.666/93, cumpre ressaltar que esta modelagem apresenta uma formatação complexa, visto que cuida, também, de outras prestações, como a execução de obras ou o fornecimento de bens. Ou seja, as concessões administrativas cuidam de pactuações caracterizadas pelo repasse ao concessionário dos investimentos diretos e dos riscos atinentes à qualidade, enquanto que nas prestações de serviços prescritas pela Lei nº 8.666/93 atendem contratações simplificadas, ligadas, via de regra, às demandas ordinárias da administração.

Nesta senda, a delegação da gestão do bem também deverá ocorrer, visto que a plena administração assegura a autonomia empresarial na execução dos serviços (implicando, em alguns casos, até mesmo na definição dos principais meios que serão utilizados para que os objetivos contratualmente firmados sejam alcançados). A referida autonomia também encontra fundamento nos ditames da Lei nº 11.079/04, que veda (em seu art. 2º, § 4º, III) a celebração de parcerias com o fito exclusivo “o fornecimento de mão de obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

Outro ponto importante é o concernente ao fato de a remuneração do parceiro privado não poder se dar mediante a cobrança de tarifas, mas sim, pela adoção de parâmetros que estejam intrinsecamente ligados ao atingimento das metas de gestão do serviço contratualmente estabelecidas. Ou seja, a remuneração do parceiro deverá apresentar caráter variável, observando critérios qualitativos e quantitativos contratualmente estabelecidos na

prestação das utilidades à sociedade ou ao *establishment*, em observância ao regramento da repartição objetiva dos riscos entre as partes (contida nos arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04), diferindo, desta forma, dos casos das empreitadas e da própria terceirização (regulamentadas pela Lei nº 8.666/93), onde a Administração Pública assumi integralmente os riscos.

Ademais, cumpre o ressaltar de que a modelagem das PPP's só observará dispositivos da Lei das Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95) nos casos de remissão expressa na Lei nº 11.079/04 (sendo observando, ainda, o cabimento), diante da patente dependência financeira do Poder Concedente no caso da nova modelagem, enquanto que nas concessões comuns a remuneração decorre do pagamento de tarifas pagas pelos usuários.

De outra ponta, o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, que cuida de contratos marcados pela contraprestação financeira da Administração Pública, apresenta maior semelhança com os contornos financeiros das PPP's. Tal entendimento encontra fundamento, também, nos ensinamentos de Di Pietro (2012, p. 155), que já manifestou entendimento no sentido de que a concessão administrativa configura-se “como um misto, onde mescla contrato de prestação de obra ou serviço previsto pela Lei nº 8.666/93, pois mesmo que prestados a terceiros, é remunerado pela própria administração conforme previsto pelo artigo 2º, §3º; e de concessão de serviço público, sendo o serviço prestado ou não a terceiros”.

Por fim, depois de analisar-se todos os contornos econômicos e, de forma especial, os jurídicos, pode-se concluir que as concessões administrativas apresentam-se, para o parceiro privado, como um investimento amortizável ao longo do tempo, onde a remuneração do parceiro privado se dará por meio de repasses do Erário, em detrimento da opção pelo regime tarifário parcial (como no caso das concessões patrocinadas) ou total (como nos casos das concessões comuns). Ademais, cumpre ressaltar, ainda, o benefício atinente à reversão ao Poder Público dos bens mantidos, reformados ou construídos pelo parceiro privado.

3.6 Premissas de uma PPP: Objetivos e Prioridades

A aplicação do instituto das Parcerias Público-Privadas em projetos de infraestrutura está diretamente ligada às contratações de prestação de serviços relativos a planos de investimentos que observem os anseios estatais e que deverão ter seus objetivos fixados tanto nos editais de convocação quanto nos respectivos contratos. Desta forma, tem-se

que a escolha da modelagem das PPP's para a execução de um projeto prescinde da autossustentabilidade do empreendimento, bem como da transferência direta de recursos estatais (que deverão obedecer os critérios contratuais).

Neste sentido, cumpre ressaltar que os dispositivos da Lei nº 11.079/04 eliminaram o temor de que as demais modalidades de concessão de serviços públicos (carentes de garantia estatal) deixariam de atrair o interesse privado (bem como estabeleceu o tamanho do alcance da legislação) ao limitar a utilização das PPP's a projetos com investimento mínimo de vinte milhões de reais. Sendo assim, as PPP's cuidam de apenas duas espécies de concessões (Administrativas e Patrocinadas), ou seja, o referido diploma não incluiu os contratos de obras públicas (que mantêm-se sob a égide da Lei nº 8.666/93) e os contratos de concessão comum (que permanecem subordinados às Leis 8.987/95 e 9.047/95).

Outro ponto de extrema relevância está ligado à necessidade da análise econômico-financeira dos projetos (por meio de estudos quantitativos dos prováveis ganhos financeiros), visto que a esmagadora maioria das obras (desde as mais simples) costumam estender-se por períodos de tempo superiores aos previstos, bem como extrapolam os orçamentos. Ou seja, os projetos deverão ser lastreados por reservas de capital suficientes para a complementação dos orçamentos iniciais e, conseqüentemente, para cobrir todas as despesas extraordinárias. Desta forma, tem-se que os contratos deverão prever uma política de gestão compartilhada e que apresentem capacidade para superar todas as dificuldades que poderão surgir durante a execução do projeto, oportunizando uma rápida tomada de decisões.

Ademais, tem-se que a ideia de que a delegação da execução de obras públicas ao setor privado representaria, necessariamente, uma diminuição em seus valores globais já fora superada, diante dos recentes casos de obras públicas que foram entregues a concessionários e que encontram-se paralisadas ou com escabrosos casos de superfaturamento que vêm sendo massivamente denunciadas nos meios de comunicação ou identificados pelos próprios órgãos de fiscalização. Desta forma, tem-se que a escolha por um projeto de Parceria Público-Privada não implica, necessariamente, na diminuição das tarifas pagas pelos usuários.

Diante deste cenário, a Administração Pública deverá oportunizar uma real competição entre os candidatos (bem como exercer a devida fiscalização durante as fases licitatórias e de execução do projeto), com o fito de proporcionar os maiores ganhos possíveis com a escolha da modalidade e impedir a sobrevalorização dos objetos. Todavia, o *establishment* deverá buscar a mitigação dos riscos mercadológicos referentes à natural instabilidade das economias emergentes (diante de sua patente sujeição às intempéries das

economias desenvolvidas), do controle de custos, do marco regulatório, e das comuns crises cambiais.

Por fim, os referidos axiomas sobre economias em desenvolvimento devem ser enfrentados, (especialmente os entendimentos de que a participação do setor privado na execução de obras ou serviços públicos confere um significativo ganho de eficiência a prestação estatal costuma ser ineficiente), diante dos seguintes aspectos: I – Empresas privadas costumam gerar mais inovações do que as estatais – largamente utilizado em solo brasileiro, inclusive durante o processo legislativo de aprovação da própria Lei das PPP's, todavia, deve-se considerar o fato de que as companhias privadas costumam fixar parcerias com grandes fabricantes e fornecedores (muitas vezes internacionais) podendo, desta forma, lhes colocar em uma posição contrária das inovações tecnológicas, diante da perspectiva de choque de seus interesses globais; II – A gestão de serviços públicos por entes privados implica em uma maior fiscalização social e da mídia, diante da dicotomia dos interesses dos concessionários – o referido axioma deve ser analisado conforme o caso, visto que em diversas experiências internacionais e, até mesmo, nacionais, restou verificado o não atendimento dos padrões mínimos contratualmente estabelecidos para a prestação dos serviços, diante da ineficiência das equipes montadas pelas concessionárias; IV – Maior propensão governamental à fiscalização da prestação do serviço – pertinente, penas, nos casos em que inexistir uma forte cultura de estabilidade e profissionalismo do funcionalismo público; IV – Busca pelo aumento da lucratividade mediante a redução de custos e aumento de eficiência – variável, de acordo com o sistema de remuneração e a natureza do próprio objeto outorgado, visto que, em alguns casos, o aumento de perdas implica no aumento da remuneração (como em casos de sistemas de saneamento e abastecimento de água que consideram apenas o volume de água disponibilizado).

Outrossim, se faz mister o ressaltar dos principais itens responsáveis pelo sucesso da utilização da modelagem das PPP's em outras nações. Vejamos: I – transparência da fase licitatória – o processo licitatório deverá ser imparcial, objetivo, claro, permeado por ferramentas de análise dos resultados e transparente, bem como apresentar relevantes ganhos para o Estado e, especialmente, para a sociedade; II – Estabilidade legal, jurisprudencial e regulatória – a estabilidade das decisões dos órgãos regulatórios apresentam-se como imprescindíveis para o estabelecimento de projetos de longa duração e com o investimento de elevados valores; III – Governança corporativa – as pactuações deverão ter uma boa gestão compartilhada, com a especificação das obrigações de fazer e de não fazer, prever a

possibilidade de discussões sobre revisões econômico-financeiras e, até mesmo, técnicas, bem como permitir a participação de terceiros imparciais para a certificação de resultados ou para a ágil resolução de conflitos (como a arbitragem, por exemplo); IV – Participação dos usuários – importância da existência de instrumentos democráticos de verificação do contentamento da população; V – Capacidade técnica estatal – relevância do processo técnico de desenvolvimento dos termos e do objeto pactuados pelo Edital, visto que o sucesso da aferição dos resultados da parceria necessita da participação dos agentes públicos.

3.7 Formatação Jurídica e Processo licitatório

Por conseguinte, tem-se que os contratos de PPP's são compostos por normas de Direito Público em contratos de Direito Privado, representando uma verdadeira aplicabilidade de uma perspectiva privada em pactuações regidas pelo Direito Público. Nesta senda, tem-se que a aplicação dos ditames da Lei nº 11.079 deve observar a evolução do papel do Estado nas relações econômicas e sociais, objetivando a identificação das interseções com os ditames das Leis 8666/93 e 8.987/95.

Nesta senda, alguns pontos apresentam elevado valor para o conhecimento da estrutura jurídica do contrato, com destaque para os seguintes: I – A possibilidade de preestabelecimento de critérios para a solução de contendas emergentes (com fulcro na Lei nº 8.987/95 e no próprio CPC), todavia, respeitando-se o interesse público; II – A inexistência da obrigação da apresentação de projeto básico em uma PPP (ao contrário do que está previsto na Lei nº 8.987/95), possibilitando, desta forma, o surgimento de mecanismos geradores de ganhos tecnológicos ao programa. III – A possibilidade do saneamento de possíveis falhas durante o decurso do próprio processo licitatório (em consonância com a Lei nº 8.666/93), entretanto, a análise documental (ou de outros aspectos do projeto) deverá apresentar um maior rigor (buscando a devida aplicação dos princípios da boa-fé e da eficiência).

Por conseguinte, cumpre o destaque para a criação do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas (FGP), objetivando impossibilitar a efetivação das contraprestações exigidas do parceiro estatal por meio de precatórios. Nesta senda, deve-se observar que a Lei nº 11.079 conferiu personalidade jurídica própria ao Fundo, bem como lhe caracterizou como uma sociedade estatal (apresentando patrimônio, direitos e deveres próprios, bem como natureza privada e autogestão) que deverá existir enquanto houverem contratos por ela garantidos.

Ademais, a inovação jurídica atinente à possibilidade de tomada pelos credores do controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE) nos casos em que o projeto não for bem-sucedido apresenta extrema relevância para o aumento da segurança dos agentes financeiros. Em mesma senda, a inteligibilidade das metas estatais (bem como a definição da forma dos critérios de aferição) também apresentam extremo relevo para a securitização dos agentes financeiros, diante do fato de também integrarem os instrumentos de empréstimo, sendo classificadas como causas ensejadoras de resolução ou suspensão das obrigações.

Neste diapasão, o pacto poderá prever o aumento do prazo para cumprimento das metas, objetivando o saneamento dos entraves sem a suspensão dos pagamentos (todavia, não deverá ser olvidada a responsabilização do agente causador da transgressão). Outrossim, o socorro à companhia de ativos ou ao fundo fiduciário (garantidor) apresentam-se como uma viável opção para a superação de problemas com os recebíveis, diante da possibilidade de sua utilização como sendo verdadeiro colchão de liquidez (e não como uma ferramenta de recuperação de crédito), porém, apenas para curtos períodos (que não comprometam a exequibilidade operacional do projeto).

Por fim, deve-se destacar que o estabelecimento dos níveis de solidariedade entre os parceiros (público e privado) apresenta-se como um fator crucial para a manutenção da saúde dos projetos, visto que a praxe brasileira funda-se na estipulação da responsabilidade solidária para a conclusão e operação do empreendimento. Todavia, a ausência de legislação específica confere aos parceiros a faculdade para deliberar sobre a estipulação desses níveis, devendo-se buscar um denominador comum que não inviabilize a escolha pelo modelo.

Outrossim, os entes estatais deverão buscar uniformizar seu entendimento jurídico (especialmente as defesas que serão apresentadas em juízo) sobre os contratos de PPP, visto que as decisões proferidas por Tribunais Superiores para casos específicos (envolvendo apenas um ente) poderão afetar os contratos dos demais entes da federação. Em mesma senda, a referida padronização de instrumentos legais já é largamente praticada pelos grandes escritório de advocacia, bem como facilitaria o trabalho dos pesquisadores, dos agentes da sociedade civil e da própria mídia durante a elaboração de trabalhos acadêmicos ou de fiscalização das ações estatais.

No que concerne ao processo licitatório, cumpre destacar, inicialmente, que a Lei das PPP's – Lei nº 11.079/2004, não determina o procedimento licitatório que deverá ser seguido na realização da concorrência (cuidando apenas de algumas especificidades dissonantes dos dispositivos das Leis 8.666/93 e 8987/95).

Nesta senda, o artigo 11 da Lei nº 11.079/2004 (em seu inciso III)⁶³ possibilita a inclusão da previsão editalícia da utilização de ferramentas privadas para a resolução de conflitos (em complementação ao convencional recurso ao Poder Judiciário, com reconhecidos problemas de celeridade), especialmente a utilização da arbitragem. Entretanto, as referidas ferramentas deverão ser realizadas, preferencialmente, no local do Edital (mas obrigatoriamente deverá ser no Brasil e em língua portuguesa) e fundando-se nas leis brasileiras.

Por conseguinte, tem-se a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento (com espeque no art. 13, *caput* da Lei nº 11.079/04)⁶⁴, em consonância com o novo entendimento doutrinário e legislativo (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – Lei do Pregão Eletrônico, todavia, neste caso, a legislação obriga a inversão) sobre a matéria, visto que a referida mudança mitiga os possíveis conflitos entre os concorrentes.

Quanto aos critérios que poderão ser utilizados para a contratação, tem-se que o art. 12, II, da Lei das PPP's⁶⁵ estabelece que o certame deverá obedecer ao procedimento previsto na legislação vigente, mas também possibilita a utilização de outros dois critérios, quais sejam, o de menor valor da contraprestação e o da melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica. Outrossim, deve-se destacar, ainda, a possibilidade de o Edital prever o saneamento de falhas, de complementação de insuficiências, bem como de outras correções (de caráter formal) depois de iniciado o procedimento (com espeque no art. 12, IV da Lei nº 11.079/2004)⁶⁶.

63 Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

64 Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

65 Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: [...] II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

66 Art. 12 [...] IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Por fim, cumpre o ressaltar de que o legislador conferiu uma importante margem de discricionariedade aos administradores públicos (visto que os projetos de PPP's carecem deste maior espaço negocial para a implementação desta novel modelagem) durante a confecção dos dispositivos do Edital de licitação, com destaque para as seguintes liberalidades: I – Inversão das fases; II – Utilização de outras ferramentas para a resolução de conflitos; III – Imposição de garantias; IV – A forma de apresentação das propostas; V – Critérios de julgamento.

3.8 Garantias geradas para a administração pública

Por apresentarem-se como sendo uma das principais ferramentas no enfrentamento do manifesto deficit nacional de infraestrutura e de prestação adequada de serviços públicos, as PPP's deverão ser cobertas por outras garantias, além das já inerentes ao Estado, visto que os projetos envolverão elevados dispêndios elevados de verbas públicas. E foi neste sentido que o legislador estabeleceu (no art. 5º, VIII da Lei nº 11.079/04) a necessidade da prestação de garantias de execução por parte do parceiro privado.

Nesta senda, o parceiro privado ficará obrigado a prestar garantias no momento da pactuação do projeto da PPP (em dissonância do modelo previsto no *caput* do art. 56 da Lei nº 8.666/93), observando-se as possibilidades de garantias previstas nos parágrafos 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/93⁶⁷.

Por fim, cumpre o ressaltar de que a modalidade de concessões patrocinadas, não apresentam a referida limitação, visto que a própria Lei nº 11.079/04 estabelece (no retrocitado inciso VIII de seu art. 5º), que deverá ser aplicado à modalidade as disposições do art. 18, XV da Lei nº 8.987/95, que cuida dos regimes das permissões e concessões e, limita-se a simples garantia do valor do contrato.

67 § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.
[...]

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

4 ANÁLISE DE CASO: O COMPLEXO DATACENTER

Inicialmente, cumpre o ressaltar de que o objeto principal do trabalho é demonstrar a possibilidade do estabelecimento de pactuações envolvendo o Estado (por meio de seus agentes) e a iniciativa privada seguindo os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 11.079/04, ou seja, por meio da celebração de uma Parceria Público-Privada – PPP. E para tal, fora realizada uma importante pesquisa sobre os casos já firmados no Brasil, com destaque para os seguintes projetos da União:

I – Complexo Datacenter; II – Colégio Militar de Manaus. Construção e manutenção de novo Colégio Militar em Manaus – AM; III – Centro de Educação Física Almirante Adalberto Nunes (CEFAN); IV – Parques Nacionais de Jericoacoara, Serra das Confusões, Sete Cidades e Ubajara; V – Vila Naval de Itaguaí – Módulo I; VI: Abastecimento e Gerenciamento de Frota (AGEFROT); VII – Parques Nacionais de Brasília, da Chapada dos Veadeiros e das Emas; VIII – Arsenal da Marinha; IX – Fuzil-Imbel; X – Pontal de Irrigação; XI – Esplanada Sustentável; XI – Satélite Geoestacionário Brasileiro; XII – Rede de TV Pública Digital (RTVDB); XII – BR 116-324; XIII – Ferrovia Norte-sul.

Ademais, saliente-se que mesmo reconhecendo a pluralidade de projetos já firmados pelos demais entes da federação (Estados, Municípios e o Distrito Federal), fora optado pela escolha de um projeto da União, diante dos manifestos obstáculos que foram encontrados na inicial prospecção de dados e informações nas bases de dados das relativas administrações públicas, bem como pelo fato de a análise do presente trabalho fundar-se na Lei Nº 11.079/04, que apresenta, também, regramentos específicos à União, implicando, desta forma, no fornecimento de uma maior abrangência às análises realizadas.

Nesta senda, buscou-se a identificação do projeto que melhor ilustraria a aplicação da modelagem, e para tal, fora escolhida, inicialmente, o Projeto atinente ao Satélite Geoestacionário Brasileiro, todavia, tal escolha resultou infrutífera, visto que o projeto fora descontinuado, com base nos estudos preliminares realizados nos anos de 2010 e 2011.

Empos, a investigação adotou o critério de análise dos resultados mediante os retornos fornecidos pelos meios de informação jornalísticos e governamentais. Desta forma, fora identificado o projeto do Complexo Datacenter como sendo a pactuação que apresentou os melhores resultados econômicos, administrativos e financeiros. Ou seja, o projeto do Complexo Datacenter apresenta-se, para a mídia e para os próprios órgãos governamentais como o modelo de utilização da modelagem de PPP.

E foi neste diapasão, que este trabalho optou por analisar, de forma minuciosa, os

principais aspectos jurídicos deste projeto, buscando salientar os principais acertos e as possíveis distorções, ou equívocos, durante todo o processo de escolha, licitação, execução da obra e fornecimento do serviço do projeto. Saliente-se, ainda, que apenas a parte de implementação do projeto já fora finalizada e que o serviço ainda vem sendo prestado, ou seja, o projeto ainda não foi finalizado e, conseqüentemente, ainda está em estado mutável.

4.1 Visão global sobre o Projeto

O Projeto do Complexo Datacenter teve início, oficialmente, no dia 28 de julho do ano de 2006, com a publicação da Dispensa 2006/20056 (1903) firmada entre a Gerência Regional de Logística Brasília (DF) do Banco do Brasil S/A e a empresa DUO Arquitetura e Design S/C, com o fito de efetivar a revisão geral do projeto arquitetônico de um novo Edifício (para a acomodação da central de dados) a ser construído em lote do Parque Capital Digital em Brasília.

Em seguida, foram realizadas as devidas Consulta Pública (no dia 11 de outubro de 2006, sendo facultado um prazo de dois dias para o envio de comentários, manifestações e contribuições), Apresentação Pública (no dia 30 do mesmo mês) e Audiência Pública (no dia 13 de novembro do mesmo ano). Por conseguinte, fora publicada no dia 23 de fevereiro de 2007, a Concorrência n 2007/001-Consórcio Datacenter, já estabelecendo que os envelopes contendo as propostas e a documentação (necessária para a fase de habilitação) deveriam ser entregues até o dia 25 de abril do mesmo ano.

Todavia, a referida tentativa não resultou nos frutos esperados, visto que as propostas apresentadas (em dois momentos – com a primeira abertura sendo realizada no dia 29/06/2007 e a segunda no dia 24/08/2007) pelos 3 consórcios qualificados foram desclassificadas (pois apresentaram valores que extrapolavam os estabelecidos no edital). Desta forma, as empresas resolveram encerrar o processo licitatório em 17/04/2008.

Diante do insucesso, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil entenderam que as premissas financeiras adotadas não compatibilizavam-se com os interesses mercadológicos, visto que lastreavam-se nos custos interno, com destaque para as despesas com equipes de fiscalização, o elevado custo com o processo licitatório, a alta margem de imprecisão dos orçamentos, bem como as ameaças de atraso. Nesta senda, o Consórcio redesenhou a estrutura de custos do Empreendimento, inserindo um substancial estudo de viabilidade (econômica e financeira) em consonância com os anseios do mercado,

destacando-se as seguintes alterações: I – Afinamento técnico e readequação dos custos (observando as licitações realizadas); II – Supressão dos perigos de falta demanda de TI, por meio da utilização de toda a área de produção; e III – Eliminação dos dispêndios com o cabeamento interno.

Nesta senda, tem-se que os principais objetivos apresentados pelos parceiros públicos para a busca da efetivação da Concessão Patrocinada (Modalidade de PPP) foram os seguintes: I – Simplificação da gestão; II – Agregação de expertise, agilidade e eficiência do parceiro privado; III – Não investimento de vultosos recursos; IV – Simplificação, durante toda a vigência do “*co-location*”⁶⁸, dos processos para adequações que vierem ser necessárias na infraestrutura predial; V – Redução do risco de continuidade; VI – Compartilhamento dos riscos com o setor privado; VII – Garantia da continuidade dos negócios, mesmo em caso de desastres; e VIII – Redução dos riscos operacionais e aderência aos normativos internacionais.

Ademais, em atendimento a disposição da Lei nº 11.079/2004 (art. 14, III)⁶⁹ o Comitê Gestor de Parceria Pública Privada (CGP) aprovou, por meio da Resolução nº 1 de 25 de maio de 2009⁷⁰, as minutas de edital e contrato relativas ao projeto de PPP do Complexo Datacenter (cujo objeto é a edificação, fornecimento e instalação de equipamentos de infraestrutura e *link* externos e a, consequente, prestação de serviços de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial, pelo prazo de quinze anos), bem como autorizou a respectiva abertura do processo licitatório.

Diante de todo o exposto, chega-se às seguintes conclusões sobre o projeto: I – Os parceiros públicos são o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal (que compõem o consórcio Datacenter); II – O parceiro privado é a SPE GBT S/A (que fora constituída pelo consórcio vencedor do certame licitatório – Consórcio Termoeste, composto pelas empresas GCE, Termoeste e BVA Investimentos); III – O objetivo principal do projeto é assegurar a continuidade dos negócios mesmo em casos de desastres, a expansão da infraestrutura de dados, bem como a aderência aos normativos internacionais; IV – A parceria apresenta três

68 Atividade pela qual uma empresa se obriga a abrigar equipamentos de TI de outra e a manter, no local, determinadas condições que permitam o perfeito funcionamento dos equipamentos lá abrigados, observadas as condições contratuais.

69 Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: [...] III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital.

70 Art. 1º Aprovar as minutas de edital e contrato relativas ao projeto de PPP do Complexo DATACENTER, localizado em Brasília, Distrito Federal que tem por objeto a prestação de serviços de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial do Complexo Datacenter, pelo prazo de quinze anos, além da edificação, fornecimento e instalação de equipamentos de infraestrutura e link externo, em terreno de propriedade do Banco do Brasil S.A. que, por ocasião da entrega do complexo, será parcialmente vendido à CEF na proporção de sua participação no consórcio Datacenter.

contratos, dois de PPP (firmados entre a SPE e cada um dos parceiros públicos) e outro de arrendamento do terreno (firmado, inicialmente, apenas com o Banco do Brasil, porém, após a compra de parte do terreno pela CEF, fora firmado com os dois parceiros públicos, sendo observada a proporção de cada um nos pagamentos das contraprestações); IV – O prazo inicial de vigência dos contratos é de 15 anos, sendo admitida renovações que não excedam o período global de 30 anos); V – Ao fim da parceria, todas as benfeitorias edificadas serão revertidas às consorciadas (BB e CEF); VI – O Complexo está edificado na cidade de Brasília/DF e contará com uma área construída de 29 mil m². VII – O Complexo Datacenter apresenta-se como sendo o paradigma na execução de Parcerias Público-Privadas, na modalidade de Concessão Administrativa, diante de sua magnitude, importância, dos valores envolvidos e do seu pioneirismo no âmbito da Administração Federal.

4.2 Principais aspectos do processo licitatório

Por conseguinte, são abordados os principais aspectos do processo licitatório do projeto do Complexo Datacenter. E para tal, destaca-se, inicialmente, que a segunda tentativa de contratação de empresa qualificada para firmar parceria com os licitantes fora realizada sob a modalidade Concorrência e adotou como critério o menor “Valor de julgamento – VJ”, tendo como objeto a realização de PPP (nos termos da Lei nº 11.079/2004) entre os licitantes (BB e CEF) e o vencedor, que deverá prestar, pelo prazo de 15 (quinze) anos, serviços de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial do Complexo Datacenter, a ser por ela edificado em terreno de propriedade do Banco do Brasil S.A., na cidade de Brasília/DF, sendo admitida a edificação de áreas adicionais destinadas à prestação de serviços de TI. Ao fim do contrato, tanto por seu término natural ou por rescisão, todas as benfeitorias edificadas sobre o terreno serão repassadas ao controle das parceiras públicas.

Nesta senda, deve-se ressaltar que o Edital, ainda, estabeleceu algumas definições importantes para a compreensão do processo licitatório, com destaque para as seguintes:

CO-LOCATION: atividade pela qual uma empresa se obriga a abrigar equipamentos de TI de outra e a manter, no local, determinadas condições que permitam o perfeito funcionamento dos equipamentos lá abrigados, observadas as condições contratuais.

COMPLEXO DATACENTER: Conjunto de áreas e instalações de altíssima disponibilidade, com total controle e integridade da infraestrutura de Tecnologia da Informação e de telecomunicações nele abrigadas, independente das variáveis externas.

CONSÓRCIO DATACENTER: Consórcio operacional firmado pelo BANCO DO

BRASIL S.A. e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com a finalidade de viabilizar um COMPLEXO DATACENTER de altíssima disponibilidade, na cidade de Brasília (DF), com o compromisso de realização de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, entre as consorciadas e o Concorrente Vencedor.

CONTRATADA: Sociedade de Propósito Específico (SPE) constituída pelo vencedor.

CONTRATO DE ARRENDAMENTO DO TERRENO ou ARRENDAMENTO DO TERRENO: Contrato firmado entre o BANCO e a SPE, com vistas ao arrendamento do terreno de propriedade do BANCO onde será construído o Complexo Datacenter.

CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA ou CONTRATO DE *CO-LOCATION*: Cada um dos contratos de Parceria Público-Privada, na modalidade de Concessão Administrativa, firmados entre os membros do Consórcio Datacenter. (CONTRATANTES) e a CONTRATADA, nos termos da Lei nº 11.079, de 30/12/2004, com a finalidade de prestação, pelo prazo de 15 (quinze) anos, pela CONTRATADA, dos serviços discriminados pelo Edital.

PARCEIRO PRIVADO: A Contratada.

PARCEIRO PÚBLICO: Cada um dos Contratantes.

PROJETOS TÉCNICOS DESENVOLVIDOS ou PROJETOS EXECUTIVOS: Conjunto dos elementos necessários e suficientes à realização do empreendimento a ser executado, com nível máximo de detalhamento possível de todas as suas etapas.

SPE: Sociedade de Propósito Específico, a ser constituída pelo Concorrente Vencedor, obrigatoriamente, antes da assinatura dos contratos que resultarem da presente licitação.

4.2.1 Objeto e Orçamento

A licitação teve como objeto a realização de Concessão Patrocinada, nos termos da Lei nº 11.079/2004, entre os membros do Consórcio Datacenter e o vencedor do certame, selecionado pelo critério de menor “Valor de julgamento – VJ”, com a finalidade de prestação, pelo prazo de 15 (quinze) anos, pela Contratada, de serviços de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial do Complexo Datacenter, a ser por ela edificado na cidade de Brasília/DF (em terreno pertencente ao Banco do Brasil S.A. e arrendado à Contratada) e por ela mantido em funcionamento com, no mínimo, os níveis de desempenho determinados nos respectivos Contratos de Parceria Público-Privada, com a finalidade de abrigar infraestrutura de Tecnologia da Informação (TI) dos Contratantes, na modalidade de “*Co-location*” em áreas de “produção”, bem como o pessoal do Contratante responsável pelo monitoramento de TI, em áreas de “escritório” exclusivas, sendo admitida a prestação de serviços similares a terceiros.

Ademais, ressalte-se que a Contratada receberá valores referentes ao

ressarcimento dos investimentos realizados durante a edificação do Complexo, onde o valor será o indicado pelo próprio Concorrente, mas devendo obedecer o teto de R\$ 262.117.218,00 (duzentos e sessenta e dois milhões, cento e dezessete mil, duzentos e dezoito reais).

No que concerne ao orçamento, tem-se que o valor nominal estimado para toda a contratação (por todos o período de 180 meses) é da ordem de R\$ 1.012.746.414,50 (um bilhão, doze milhões, setecentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e quatorze reais e cinquenta centavos).

4.2.2 Julgamento das propostas, impedimentos e condições para habilitação

Inicialmente, cumpre ressaltar que as causas de impedimento para a participação no processo licitatório estão em total consonância com os ditames legais, destacando-se as seguintes: I – Instituições financeiras concorrentes do BB e da CEF e as sociedades por ela controladas; II – Os consórcios que contarem com a participação igual (ou maior) a cinquenta por cento de instituições financeiras, ou que, de outra maneira, sejam por ela controlada; III – A participação de empresas em mais de um consórcio; IV – Empresas cumprindo suspensão temporária imposta pelos licitantes; V – Empresas declaradas inidôneas em qualquer esfera de Governo; VI – Empresas que estejam sob falência, concordata, dissolução ou liquidação; e VII – Empresas com funcionários (ou membro da Administração) dos consorciados, com exceção da participação de empresas controladas pelos próprios licitantes.

Em mesmo sentido, tem-se que a fase de habilitação cuidou das comprovações (por meio de análise documental) da habilitação jurídica, da regularidade fiscal e da qualificação econômico-financeira da empresa ou consórcio concorrente. Outrossim, deve-se ressaltar que o Edital possibilitou a participação de empresas que não comprovassem sua habilitação técnica, todavia, estabeleceu a obrigatoriedade de realização de subcontratação de empresas com qualificação técnica para o desenvolvimento das atividades.

Os envelopes (1 – contendo a proposta, e que foi apresentado com a identificação do Concorrente e a discriminação dos preços unitários e mensais; e 2 – contendo os documentos) e a Declaração de cumprimento integral dos requisitos de habilitação, foram recebidos nos locais e na data estabelecidos no Edital. Por conseguinte, fora realizada a verificação e validação (segundo os critérios de classificação dispostos no Edital) das propostas apresentadas e, conseqüentemente, fora elaborada a classificação preliminar das propostas válidas.

Empós, tiveram início os lances em viva voz, sendo possibilitada a participação de todos os concorrentes que apresentaram proposta escrita com “Valor de Julgamento – VJ” inferior ao patamar de 120 % (cento e vinte por cento) do valor da melhor proposta.

Empós, a Comissão de Licitação realizou o julgamento da Licitação em sessão reservada, com espeque na análise da “proposta final” campeã e na conferência dos documentos de habilitação. Ademais, a referida habilitação cuidou da averiguação da regularidade das concorrentes, ou seja, da análise das condições para participação do certame estabelecidas no Edital (destacando-se a comprovação do patrimônio líquido mínimo e da verificação, veracidade e completude da validade da documentação entregue). Nesta senda, as possíveis inabilitações deveriam ser justificadas pela Comissão de Licitação (devendo ser publicado no Diário Oficial da União (DOU) e ofertando prazo para a interposição de recursos) e implicariam na desclassificação da proposta.

O julgamento das propostas se deu com base no menor “Valor de Julgamento – VJ”, onde o referido valor fora calculado com base nas informações contidas na Carta-Proposta apresentada por cada um dos Concorrentes. Com base na seguinte fórmula:

$$\mathbf{VJ = (PA \times M1) + (PB \times M2) + (PC \times M3) + (PD \times M4) + (PCOMP \times M5) + (RI \times M6)^{71}}$$

Ademais, ressalta-se a possibilidade de desclassificação das propostas que apresentassem as seguintes irregularidades: I – Contiverem rasuras (emendas ou entrelinhas) II – Não espelharem plenamente o conteúdo da minuta de carta-proposta; III – Contarem, na proposta final, valores de PA, PB, PC, PD, PCOMP e RI que implique em um faturamento mensal (contraprestação mensal + ressarcimento do investimento) manifestamente inexequível; e IV – Apresentarem valores de PA, PB, PC, PD, PCOMP e RI que resultem em um “Valor de Julgamento – VJ” superior ao montante de R\$ 433.300.309,04 (quatrocentos e trinta e três milhões, três mil, trezentos e nove reais e quatro centavos).

Por fim, foi considerado vencedor do processo licitatório o concorrente devidamente habilitado (após a análise de toda sua documentação), aprovado na análise de

71 Onde: PA: valor unitário mensal, em R\$/m², proposto para áreas de “produção” de “custeio pleno”, obtido do item 3.1.1 da proposta apresentada pelo CONCORRENTE. PB: valor unitário mensal, em R\$/m², para áreas de “produção” de “custeio reduzido”, obtido do item 3.1.2 da proposta apresentada pelo CONCORRENTE. PC: valor unitário mensal, em R\$/m², para áreas de “escritório”. PD: valor unitário mensal, em R\$/pares de fibra *km, para as interconexões em fibras ópticas, obtido do item 3.1.4 da proposta apresentada pelo CONCORRENTE. PCOMP: valor mensal, em R\$, para cobrir custos complementares da CONTRATADA. RI: valor total, em R\$, definido para ressarcir os investimentos efetuados durante a etapa de edificação do Complexo Datacenter. M1: multiplicador adotado para PA = 244.794,109130017. M2: multiplicador adotado para PB = 104.233,132101475. M3: multiplicador adotado para PC = 91.284,047706698. M4: multiplicador adotado para PD = 127.582,880794773. M5: multiplicador adotado para PCOMP = 67,120623314. M6: multiplicador adotado para RI = 0,594416781.

exequibilidade da proposta e, especialmente, que tenha apresentado o menor “Valor de Julgamento – VJ”. Ademais, o referido resultado fora divulgado no DOU, sendo facultada a interposição de recursos (em um prazo de cinco dias, contados do primeiro dia útil subsequente ao da publicação). Por fim, após o julgamento dos possíveis recursos, o objeto da licitação fora adjudicado ao vencedor.

4.2.3 Formalização dos contratos, sanções, garantias e outros

Após a adjudicação do objeto, os participantes do Consórcio Datacenter e a SPE criada pelo concorrente vencedor (que deverá ter sede e administração no país), firmaram os contratos específicos visando a execução do objeto da licitação nos termos das minutas de Contrato que integram o Edital. Nesta senda, o estatuto da SPE deverá observar as seguintes condições: I – A SPE deverá assumir, preferencialmente, a forma de sociedade anônima de capital fechado; II – A preservação dos mesmos termos do compromisso público ou particular de constituição do consórcio, apresentado durante a fase de habilitação (incluindo-se a proporção de participação das empresas consorciadas), quando o concorrente vencedor for um consórcio; III – A presença de restrições ao repasse de ações para terceiros; IV – A adoção de padrões de governança corporativas compatíveis com as melhores práticas de governança divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) ou com as normas adotadas pelo “Novo Mercado” da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa); V – A Integralização de capital mínimo correspondente a 2% (dois por cento) do valor nominal do contrato; e VI – A adoção da contabilidade e de demonstrações financeiras compatíveis com as a praxe das companhias abertas.

Ademais, o vencedor teve que apresentar a seguinte documentação no ato de assinatura dos contratos: I – O ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor; II – A prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; III – A prova de regularidade perante o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS); e IV – As respectivas procurações.

No que concerne às sanções, infere-se que sua aplicação será permitida durante todo o processo licitatório e, também, ao longo da execução do projeto (devendo ser observado o devido processo administrativo), destacando-se as seguintes punições que poderão ser aplicadas pelas contratantes, sem prejuízo da reparação dos danos causados: I –

Advertência⁷²; II – Multa⁷³; III – Suspensão temporária⁷⁴ (de no máximo dois anos) do direito de licitar e contratar com os contratantes e suas subsidiárias; IV – Declaração de inidoneidade⁷⁵ para licitar e contratar com a Administração.

Quanto às garantias que deverão ser prestadas pelo parceiro privado, tem-se que a empresa contratada ficará obrigada a manter, do fim da etapa de construção das instalações até o fim do contrato, garantias bancárias (com o fito de assegurar o cumprimento das obrigações eventualmente inadimplidas na vigência do contrato) em favor dos Contratantes (BB e CEF e dividida conforme a proporção dos valores investidos) e que apresentarão uma variação periódica entre quinze milhões de reais (durante os cinco primeiros anos), dez milhões de reais (do 6º ao 10º ano) e vinte milhões de reais do 11º ano até o final do contrato.

Outrossim, as garantias serão ser atualizada pelo índice pelo IGP-DI a cada doze meses, bem como deverão ser apresentadas em uma das seguintes modalidades: I – Caução em dinheiro⁷⁶ ou em títulos da dívida pública (emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e avaliados pelos seus valores econômicos); II – Fiança bancária; ou III – Seguro-garantia⁷⁷.

Por fim, deve-se ressaltar que após o fim do contrato (que, inicialmente, se dará após o transcurso do prazo contratual de quinze anos da assinatura do Termo de Aceitação da Edificação), todos os direitos sobre o Complexo Datacenter (com todas suas benfeitorias – úteis, necessárias e voluptuárias) serão revertidos aos parceiros públicos. Ademais, o BB acordou a venda de um quinhão do terreno (correspondente a 21,562 % de sua área) à CEF

72 Aplicadas nos casos de descumprimento de obrigações que não acarretem prejuízos aos contratantes ou por pequenos transtornos ao desenvolvimento dos serviços.

73 As multas obedecerão aos percentuais e condições contratualmente especificados, mas observando o limite de vinte por cento do valor da contraprestação.

74 Os casos em que o concorrente ou o contratado: I – Apresentar documentação falsa ou falsificada; II – Retirar a proposta, após a fase de habilitação, sem anuência da Comissão de Licitação; III – Recusar, injustificadamente, a assinatura do contrato; IV – Reincidir na execução insatisfatória dos serviços; V – Atrasar, injustificadamente, na execução/conclusão dos serviços; VI – Reincidir na aplicação das penalidades de advertência ou multa; VII – Cometer irregularidades que frustrem a licitação ou causem a rescisão do contrato; VIII – For condenado, de forma definitiva, pela prática de fraude fiscal no recolhimento de tributos; IX – Praticar ilícitos visando a frustração dos objetivos da licitação ou da execução do contrato; e X – Praticar ilícitos que demonstrem sua inidoneidade de contratar com a administração pública.

75 Que poderá ser proposta ao Ministro da Fazenda quando constatada a má-fé, ação maliciosa e premeditada em prejuízo dos contratantes, bem como quando constatada a presença de interesses escusos em suas ações, reincidência de faltas que acarretem prejuízos ou aplicações sucessivas de outras penalidades.

76 Que será administrada por um dos parceiros públicos.

77 Onde a apólice deverá indicar o Contratante como beneficiário e assegurar o pagamento de indenizações pelos danos e prejuízos causados pela segurada (Contratada) durante a sua vigência, ainda que os valores respectivos sejam exigidos pelo Contratante após o término do prazo de sua vigência.

em momento anterior à assinatura do referido Termo.

Ademais, cumpre o destaque da acertada a escolha do foro do local da realização do certame (Brasília) como sendo o designado para julgamento das consequentes questões judiciais, bem como a opção pela utilização de “arbitragem” (que deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa – nos termos da Lei nº 9.307/1996 e do CPC/2015 e das disposições contratuais) para dirimir os conflitos resultantes do processo licitatório e do, consequente contrato.

4.3 Principais aspectos contratuais

Neste tópico, são expostos os principais aspectos contratuais do projeto, especialmente no que concerne aos ditames jurídicos pactuados e sua adequação aos regramentos legais. Nesta senda, infere-se que os parceiros públicos optaram pela confecção de dois contratos individuais cuidando da Parceria Público-Privada e um outro tratando do arrendamento do terreno destinado à edificação do empreendimento. Ou seja, a SPE criada teve que firmar três contratos principais, sendo dois de PPP (um para cada parceiro público) e um de Arrendamento (inicialmente, apenas com o Banco do Brasil S.A.).

Inicialmente, se faz mister o destaque de que as cláusulas tratadas neste tópico estão presentes nos dois Contratos de Parceria Público-Privada firmados entre a SPE criada pelo consórcio vencedor (GBT S.A.) e os dois parceiros públicos (CEF e BB).

Nesta senda, tem-se que um dos principais pontos que merece destaque é o atinente à possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos pactos. A referida reestruturação poderá ser solicitada (deverá ser realizada de maneira formal) pela postulante (parceiros privado ou um dos públicos) em decorrência de eventos específicos, devidamente comprovados pelas partes (tais como a alteração do objeto contratual ou na legislação tributária) e que deverá ser analisado pela postulada (que terá um prazo de quinze dias corridos para a análise do pleito e de sessenta dias corridos para realizar diligências, caso entenda necessário). Por fim, caso haja acordo entre as partes, deverá ser lavrado o respectivo aditivo contratual (com o fito de registrar todos os ajustes), caso contrário, a parte postulante poderá recorrer à arbitragem (conforme será tratado mais a diante).

No que concerne à possibilidade de rescisão administrativa do Contrato, por interesse dos parceiros públicos, denota-se a necessidade da presença de sua formal motivação nos autos do respectivo processo administrativo e poderão ocorrer nos seguintes casos: I –

Rescisão, por qualquer motivo, do Contrato de Arrendamento do Terreno; II – Obstaculização das vistorias às obras ou serviços realizados no Complexo Datacenter; III – Cometimento reiterado de faltas na condução do Contrato; IV – Falência ou decretação de recuperação judicial (ou extrajudicial) que não preserve os direitos dos parceiros.

Neste diapasão, a referida rescisão implicará, imediatamente, na execução da garantia contratual (buscando ressarcir os contratantes das indenizações devidas), bem como na contenção de todos os créditos decorrentes do Contrato (observado o limite dos prejuízos).

No tocante à reversão dos bens edificados, tem-se que após o encerramento do contrato (pelo natural transcurso do prazo de validade – que originalmente é de quinze anos da assinatura do Termo de Aceitação da Edificação, ou pela rescisão), todas as benfeitorias (necessárias, úteis ou voluptuárias) realizadas pela Contratada serão revertidas às contratantes, sem o direito de indenização. Outrossim, as possíveis prorrogações do contrato de PPP implicarão na prorrogação (pelo mesmo período) do Contrato de Arrendamento do Terreno, todavia não poderão extrapolar o prazo máximo legal de trinta e cinco anos (contados da assinatura dos contratos de PPP).

Por conseguinte, tem-se que o concorrente vencedor (o Consórcio Termoeste) também assinou o contrato, na qualidade de Interveniente, com o fito de assegurar que a SPE executará os contratos decorrentes da licitação, bem como se obrigam a responder (solidária e ilimitadamente) pelos danos e prejuízos causados pela SPE (e pelas empresas subcontratadas para a edificação, manutenção ou operação do projeto).

Outrossim, cumpre destacar, ainda, que tanto os Contratos de PPP quanto o de Arrendamento estabeleceram a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE) como sendo a entidade responsável pela arbitragem do pacto, bem como firmaram que a condução do processo será em Brasília e com espeque na legislação brasileira.

No que concerne ao Contrato de Arrendamento, destacamos, inicialmente, que sua existência só se justifica pela validade do contrato de Parceria Público-Privada firmado entre a SPE e o Consórcio Datacenter. Desta forma, sua vigência será, originalmente, de quinze anos, ressalvados os casos rescisão administrativa ou judicial dos Pactos de PPP mantidos com os parceiros públicos.

O terreno arrendado para fins exclusivos de edificação do Complexo Datacenter, está localizado no Parque Tecnológico Capital Digital (PTCD), em Brasília (DF) e apresenta uma área de 40.000 m², contando com a devida “Licença de Instalação” (concedida pelo

IBAMA) e o aprovo da Norma de Gabarito⁷⁸. Outrossim, a SPE arrendatária ficará responsável pelo pagamento de todos os tributos incidentes sobre o terreno.

A responsabilidade por todos os custos e responsabilidades (ainda que executada por subcontratadas) da edificação do Complexo Datacenter são da arrendatária (que deverá observar todos os termos do Edital), bem como a contratação do seguro-construção obrigatório. A referida etapa de edificação teve um prazo máximo de 690 dias corridos⁷⁹, a contar da assinatura do contrato de arrendamento, para sua conclusão. Ademais, o Termo de Aceitação da Edificação só foi assinado após o aprovo (reconhecendo que a edificação detém as plenas condições para seu funcionamento) da equipe técnica do Consórcio Datacenter.

A Arrendatária (SPE) deverá paga ao arrendador (inicialmente, apenas o BB), desde a data de assinatura do “Termo de Aceitação da Edificação”, a importância de R\$ 195.560,00 (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e sessenta reais) mensais referentes ao arrendamento do terreno, que sofrem reajustes, a cada período de doze meses, e com base na variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI).

Ademais, o Contrato de Arrendamento ainda prevê a possibilidade de aplicação das sanções (que deverão observar o devido processo administrativo) de advertência ou multa (que, no caso de inexecução do Contrato, poderá chegar até o patamar de vinte por cento do valor mensal do arrendamento do terreno) para os atos prejudiciais à execução do Contrato.

No que concerne aos ressarcimentos pelas benfeitorias, tem-se que, nos casos de rescisão do Contrato durante a etapa de edificação empreendimento, só serão indenizadas as benfeitorias necessárias, as benfeitorias úteis e voluptuárias estabelecidas pelo projeto e as que forem formalmente autorizadas pelos arrendante.

4.4 Acompanhamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU)

Em atendimento à Instrução Normativa Nº 52 de 20 de novembro de 2007 – que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou o acompanhamento e a fiscalização de todas as fases do projeto, mediante,

⁷⁸ De competência do Governo do Distrito Federal.

⁷⁹ Compreendendo: I – 150 dias para a elaboração dos “memoriais descritivos”, dos “projetos desenvolvidos/detalhados”, das “especificações de materiais e serviços” e do “cronograma da etapa de EDIFICAÇÃO”; II – 30 dias para concluir a aprovação dos projetos e dar início às obras; e III – 510 dias para a construção do Complexo Datacenter, contratação e treinamento de todo o pessoal responsável pela operação e manutenção do empreendimento.

inicialmente, a instauração do Processo de Acompanhamento Nº 009.004/2006-0. Entretanto, o referido insucesso da licitação implicou arquivamento do processo.

Nesta senda, após a realização dos reajustes necessários (atendendo às indicações realizadas, inclusive, pelo próprio TCU) o Consórcio Datacenter intentou a instauração de um novo procedimento licitatório e, conseqüentemente, o TCU instaurou o Procedimento de Acompanhamento Nº 026.755/2008-7 (que teve como relator em todos os seus acórdãos o Ministro Raimundo Carreiro), que proferiu seu primeiro Acórdão (nº 851/2009) aprovando, sem ressalvas, o primeiro estágio de acompanhamento da PPP do Complexo Datacenter (Concorrência nº 2008/001) e do valor da contraprestação pública máxima de um bilhão, quatorze milhões, duzentos e dez mil, cento e três reais e noventa centavos. Todavia, fora estabelecida a necessidade de algumas adequações, destacando-se as atinentes aos casos ensejadores do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e à reavaliação das premissas adotadas (com o fito de evitar a subestimação de custos na etapa de edificação)

Por conseguinte, após uma nova fase de envio de documentos pelos parceiros públicos e um robusto parecer da Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID), fora proferido o Acórdão nº 2572/2009 (no dia 04 de novembro de 2009 e também com a relatoria do Ministro Raimundo Carreiro) aprovando, sem ressalvas, o segundo estágio do processo de contratação de PPP para a construção, fornecimento de equipamentos, instalação e manutenção do Complexo Datacenter, na modalidade de concessão administrativa.

Empós, o TCU proferiu (no dia 27 de janeiro de 2010) o Acórdão nº 69/2010 aprovando os terceiro e quarto estágio do projeto, especialmente no que concerne ao fato de a licitação ter sido realizada com inversão das fases de julgamento e habilitação (com espeque no art. 13 da Lei nº 11.079/2004, bem como não houve análise de proposta técnica, visto que o critério adotado foi o de menor preço (denominado de menor Valor de Julgamento – VJ). Outrossim, o acórdão referendou a decisão que indeferiu⁸⁰ o recurso interposto pelo Consórcio Método, que questionava, em suma, a existência de problemas na localização da sede da empresa vencedora (se estaria mesmo na cidade de Brasília), bem como sobre alguns aspectos envolvendo a empresa BVA Investimentos (alegando sua participação em mesmo grupo empresarial que outra instituição financeira e o exercício do controle do consórcio, visto que conta com 49% no Consórcio Termoeste).

80 Sob a argumentação de que: I – A regularidade fiscal está ligada apenas ao estabelecimento participante (qual seja, a Termoeste S.A); II – A certidão de quitação de tributos apresentada é suficiente; II – A mera participação da BVA Investimentos em grupo que o Banco BVA também integra, não comprova que a existência de um controle comum; e IV – A participação de 49%, está em consonância com os ditames editais.

Por fim, o TCU aprovou (no dia 11 de agosto de 2010) o quinto (e último, de sua competência) estágio de acompanhamento, por meio do Acórdão nº 1969/2010. A referida decisão referendou os atos de constituição da Sociedade de Propósito Específico – SPE e de adjudicação do objeto da licitação e de, bem como a proposta econômico-financeira apresentada pelo vencedor e a, consequente, assinatura dos contratos de Concessão.

Ademais, após o arquivamento do Processo de Acompanhamento pelo TCU e por entender que o andamento da parceria necessitará do cotejo entre as especificações técnicas (dos Parceiros Públicos) e o projeto executivo (de responsabilidade do Parceiro Privado), fora determinado que a Sefid ficaria incumbida do acompanhamento da fase de execução contratual (com esboço no art. 8º da IN/TCU 52/2007), incluindo a edição do cronograma de fiscalizações *in loco* e a avaliação, caso necessário, de requisições de prestadores de serviços técnicos especializados para o auxílio nas averiguações (diante da complexidade do projeto).

5 Considerações Finais

Ao fim, conclui-se que Mesmo apresentando uma origem bastante remota no ordenamento jurídico ocidental, a outorga da prestação de serviços públicos a particulares ainda apresenta-se como um mecanismo vantajoso (e em contínuo processo de ajuste) para todos os interessados (Estado, concessionário e sociedade), especialmente no que concerne às mudanças enfrentadas pela discriminação de seu regime jurídico (que demonstraram a dificuldade de concepção de um único regime abrangente de todas as espécies e modalidades de concessão e, conseqüentemente, que cada objeto concedido deve apresentar uma normatização específica), à multiplicidade dos objetos passíveis de outorga, evidenciando a intrínseca ligação entre a oferta por particulares de utilidades públicas e a opção estatal de sua não disponibilização de forma direta e à fulcral importância do Instituto das Concessões como meio de estabelecimento de vínculo obrigacional entre Estado e particular. Ou seja, o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada segue sendo a principal ferramenta de delegação facilitadora da implementação e operação de utilidades públicas, que não poderiam ser livremente prestadas pelo mercado.

Em mesmo sentido, observa-se que a liberalização dos mercados não provocará o fim dos serviços públicos, mas sim, facilitará o rompimento das amarras que ainda ligam as concessões (lato sensu) ao prejudicial legado absolutista, marcado pela outorga de benesses aos “amigos da coroa” (prática comum, até os dias atuais, em nosso país).

Por conseguinte, tem-se que a definição de serviços públicos que melhor se enquadra ao caso brasileiro, está ligada à sua configuração como uma atividade prestacional, titularizada, com ou sem exclusividade, pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público. Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro, entende as Parcerias Público-Privadas como contratos de delegação de execução de obra pública (infraestrutura) e/ou de prestação de um serviço onde a Administração Pública será usuária, por meio do pagamento (exclusivo ou não) de contraprestação pecuniária do Estado ao parceiro privado.

E foi neste diapasão que a Lei nº 11.079/04 criou duas novas modalidades de concessão (quais sejam, as Concessões Patrocinada e Administrativa), cuidando de casos específicos (objetos e modo de remuneração do parceiro privado), destoando das modelagens existentes e implicando em um grande avanço no aspecto negocial para o Estado brasileiro, por permitir a transação contratual da repartição dos riscos e despesas (desde que exista a

devida previsão editalícia).

A constitucionalidade das concessões financiadas pelo Estado, empós o enfrentamento das teses de existência de vinculação do legislador derivado a uma conceituação de modelos de remuneração dos concessionários e das garantias atinentes ao estabelecimento de uma remuneração mínima do parceiro e a efetuação de pagamentos de forma direta de quantias previamente determinadas.

Nesta senda, tem-se que as principais premissas que deverão integrar os projetos de PPP são: I – transparência da fase licitatória – que deverá ser imparcial, objetivo, claro, transparente e permeado por ferramentas de análise dos resultados; II – Estabilidade legal, jurisprudencial e regulatória – a estabilidade das decisões dos órgão regulatórios apresentam-se como imprescindíveis para o estabelecimento de projetos de longa duração e com vultosos investimento; III – Governança corporativa – as pactuações deverão apresentar uma boa gestão compartilhada, com a especificação das obrigações, prever a possibilidade de discussões sobre revisões econômico-financeiras e técnicas, bem como permitir a participação de auditores externos e de ferramentas para a ágil resolução de conflitos; IV – Participação dos usuários – importância da existência de instrumentos democráticos de verificação da satisfação social e V – Capacidade técnica estatal – relevância do processo técnico de desenvolvimento dos termos e do objeto pactuados pelo Edital.

No tocante ao caso concreto analisado – o Complexo Datacenter, denota-se sua total consonância com os ditames legais e normativos, bem como o respeito a todas as fases orientadas pelo TCU. Outrossim, deve-se ressaltar sua importância para o processo de maturação (negocial e jurídica) da utilização da modelagem, visto que o referido caso apresenta-se como o paradigma (por ter sido a primeira, apresentar vultosos valores e excelentes níveis de satisfação dos envolvidos) para os procedimentos licitatórios e para os esquemas operacionais de Parceria Público-Privada firmadas pela União.

Ademais, cumpre o ressalte da fulcral importância da modelagem das Parcerias Público-Privadas (PPP) para o enfrentamento do danoso deficit de infraestrutura enfrentado pelo Brasil. Todavia, alguns aspectos ainda carecem de estabilização, especialmente no que concerne à observância do ordenamento jurídico, da solidez dos marcos regulatórios (e da atuação das agências reguladoras), da legislação ambiental, da simplificação dos demasiados entraves burocráticos e do aumento da participação dos agentes financeiros do mercado (visto que, em quase todas as concessões realizadas em solo brasileiro, tiveram o BNDES – ou outro banco estatal de fomento – como o único financiador).

REFERÊNCIAS

BENZAÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et services publics**,. Paris: Ed. L.G.D.J, 1999.

BLONDEAU, Ange. **La concession de service public**. Paris: Ed. Dalloz, 1929.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 9.ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos contratos públicos**. Lisboa: Almedina, 2006, p 125.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**, São Paulo: Saraiva, 2012. p.89.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed., São Paulo: Método, 2015.

PALASÍ, José LuisVillar. Concessiones administrativas das unas a la Hofhaltung, o administraci3n feudal, y conectadasotras al Dominialbesitz, o dom3niofeudal, unidas ambas as classes a los beneficia".

QUADROS, Fausto. Serviço p3blico e direito comunit3rio. In: **Os caminhos da privatiza33o da administra33o p3blica**. Coimbra: Editora, 2001, p.293.

RICUPERO, Rodrigo. **Governo-Geral e a formação da elite colonial baiana no século XVI**. São Paulo: Alameda, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ZYMLER, Benjamin. **Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização**. Artigo publicado no sítio do TCU.