

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES

**O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS**

HILDA CELA DE ARRUDA COELHO

Fortaleza-CE
Julho, 2007

HILDA CELA DE ARRUDA COELHO

**O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pinto

Fortaleza – Ceará
2007

HILDA CELA DE ARRUDA COELHO

O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pinto

Apresentada em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Adriano Pinto (Orientador)

Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque (UFC)

Rafaela Távora Ximenes (Bacharel em Direito - UFC)

Aos meus pais, por todo o apoio
que sempre me dedicaram.

Agradeço ao professor Adriano Pinto, por ter-se disposto gentilmente a orientar este estudo; ao professor Alexandre Rodrigues, pela atenção e simpatia despendida desde o início da faculdade; à amiga Rafaella, pela consideração em participar da banca examinadora deste trabalho.

Às minhas queridas amigas da faculdade.

À Dra. Lúcia Teixeira, por todo o aprendizado pessoal e intelectual que me proporcionou.

À Neves, pela gentileza e solicitude com que me atende na Livraria Gabriel.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar o regime jurídico da parceria público-privada, nova modalidade de concessão de serviços, instituída com vistas essencialmente a suprir as demandas em infra-estrutura pública, que emperram o desenvolvimento econômico e social do país. Tal instrumento busca, na gestão privada do empreendimento, a otimização dos recursos públicos, incentivando, através de compartilhamento de riscos e mecanismos de remuneração variável, a manutenção da qualidade na prestação dos serviços. Há também um sistema de garantias que o parceiro público poderá prestar ao parceiro privado, visando a aumentar a atratividade de tais arranjos ao capital particular, inovação que suscita críticas por parte de respeitável setor doutrinário. Inicialmente, expusemos as linhas gerais que revestem os serviços públicos e sua forma de concessão tradicional, buscando-se apresentar o suporte jurídico sobre o qual se instalaram as PPPs. Depois, passou-se para a análise do regime jurídico do novel instituto, quando foram apontados os elementos que o caracterizam e sua razão de ser. Ao final, colacionamos alguns projetos de contratação de PPP já em desenvolvimento da União e nos Estados.

Palavras-chave: Concessão de serviços. Parceria público-privada. Regime jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. LINHAS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS FORMAS DE CONCESSÃO	12
1.1. Apresentação do tema.....	12
1.2. Atividades administrativas.....	12
1.3. Serviços Públicos: conceito e elementos característicos	13
1.3.1. Prestação administrativa material	15
1.3.2. Titularidade estatal	16
1.3.3. Regime jurídico de direito público	18
1.3.4. Atividades de interesse coletivo	19
1.4. Competência para prestação dos serviços públicos	20
1.5. Formas de prestação dos serviços públicos	21
1.6. Redução do aparelhamento estatal: a concessão de serviços públicos como forma de privatização	23
1.7. O direito positivo brasileiro e as modalidades de concessão de serviços públicos ...	25
1.8. Conceitos: concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública	28
1.9. Natureza das concessões de serviços públicos	30
1.9.1 Caráter regulamentar e caráter contratual	32
1.9.2. Aspecto trilateral das concessões	33
1.9.3. Poderes da Administração Pública	34
1.9.4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato	37
2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	39
2.1. Apresentação do tema	39
2.2. A questão da terminologia	40
2.3. Experiência internacional	41
2.4. Panorama das parcerias público-privadas no direito brasileiro	43
2.5. Parâmetros objetivos para a delimitação dos contratos de PPPs	45
2.5.1. Valor	46
2.5.2. Prazo	46

2.5.3. Objeto	47
2.6. Modalidades	48
2.6.1. Concessão patrocinada	48
2.6.2. Concessão administrativa	50
2.7. Inovações para eficiência das PPPs	53
2.7.1. Contraprestação pecuniária ao parceiro privado	53
2.7.2. Compartilhamento de riscos e ganhos entre os parceiros	53
2.7.3. Sistemas de garantias	57
2.8. PPPs e responsabilidade fiscal	63
2.9. Sociedade de propósito específico	64
2.10. Particularidades da licitação	66
2.10.1. Pré-requisitos	66
2.10.2. Apontamentos sobre o procedimento licitatório	67
2.11. Órgão gestor das parcerias público-privadas	71
2.12. Caráter subsidiário das PPPs	72
2.13. Dos riscos das PPPs	73
3. PROJETOS PARA A CONTRATAÇÃO DE PPP NA UNIÃO E NOS ESTADOS	75
3.1. Apresentação do tema	75
3.2. Projetos federais	75
3.2.1. Projeto BR – 116/324	76
3.2.2. Projeto Datacenter	77
3.2.3. Projeto BR 116/381 e BR 040	78
3.2.4. Projeto Ferroanel de São Paulo	78
3.2.5. Projeto de irrigação Pontal	79
3.2.6. Projeto de irrigação Baixio do Irecê	79
3.2.7. Sobre o Projeto Ferrovia Norte-Sul	80
3.3. Projetos estaduais	80
3.3.1. Competência legislativa	80
3.3.2. Minas Gerais	81
3.3.3. São Paulo	82
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, pode-se falar em uma modificação da concepção de Estado, que passa da figura assistencialista de maior prestador de serviços para a de agente regulador, fiscalizador e incentivador – de acordo com as idéias que permeiam a noção de “Estado Subsidiário”. Nesse contexto, tem-se a utilização das parcerias entre a Administração Pública e o setor privado como uma importante forma de diminuição da máquina estatal, pois se prestam a efetivar a delegação de várias atividades que eram executadas predominantemente pelo Poder Público.

A instituição das parcerias público-privadas em nosso ordenamento jurídico, através da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, insere-se em um conjunto de inovações fruto da reforma no aparelhamento estatal iniciada na década de 90. Daí que as novas modalidades contratuais podem ser vistas como mais uma forma de privatização do Estado, pois que contribuem para a redução da atuação direta da Administração Pública, mediante a celebração de contratos com a iniciativa privada, nos quais se transfere a esta a execução de serviços de titularidade estatal.

Como forma de concessão de serviços, singulariza-se por não ser a concessionária remunerada apenas através de tarifas cobradas dos usuários, como ocorre, em regra, nas concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95. Há a previsão de contraprestação pecuniária a ser paga pelo poder concedente. Somando-se a isso, foram acrescentados vários instrumentos, alguns de constitucionalidade duvidosa, destinados a aumentar a atratividade de tais contratos ao capital privado, garantindo-o contra eventual inadimplemento do parceiro público.

A importância que as parcerias público-privadas estão adquirindo em nosso ordenamento jurídico, em níveis nacional, estaduais e mesmo municipais, cresce vertiginosamente. São muitos os entes federativos que já promulgaram legislação própria tratando do tema em apreço.

Na ótica de seus defensores, as PPPs apresentam-se como instrumento capaz de viabilizar projetos de infra-estrutura e de provisão de serviços públicos necessários para atender as demandas da população e da economia, ante a carência de disponibilidade

financeira do erário para tanto, na medida em que se utiliza de financiamento e de modo de gestão privados. No discurso governamental, retirado da Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 2.546/03, (o qual, após diversas modificações, deu origem à Lei nº 11.079/04), “no caso do Brasil, [a parceria público-privada] representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”.

A seu turno, existem as vozes que se erguem contra disposições do novo regime contratual, sustentando, em síntese, que privilegiariam sobremaneira os interesses do capital privado, inclusive em afronta à Carta Magna. Critica-se, em especial, o sistema de garantias que o parceiro público poderá oferecer ao parceiro privado, alegando que contraria o interesse público e a moralidade administrativa, pois que burla a impenhorabilidade dos bens públicos e o sistema de precatórios estabelecido na Constituição.

Desta feita, a ampla aceitação das novas modalidades contratuais por parte dos governantes, que enxergam nelas uma alternativa interessante para viabilizar a prestação de serviços frente aos problemas financeiros em que a maioria se encontra, aliada às intensas controvérsias que seus regimes legais suscitam no meio jurídico justificam a escolha do tema para um exame mais aprofundado.

Neste estudo monográfico, focado nas inovações trazidas à baila pela Lei nº 11.079/04, procurar-se-á apresentar o regime jurídico das parcerias público-privadas, que promete contribuir significativamente para o desenvolvimento econômico e social do país. Por que tais modalidades de contrato são vistas com tanto entusiasmo pelos setores governamentais? Quais os mecanismos postos para suprir as carências em infra-estrutura de serviços? E por que eles serão capazes de ir além dos instrumentos ordinários disponíveis em nosso direito administrativo – as concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, e os contratos de execução de obra e de serviços, regulados pela Lei nº 8.666/93? São estes alguns dos questionamentos que buscaremos responder ao longo de nosso desenvolvimento, apontando sempre os posicionamentos doutrinários mais relevantes.

A fim de atingir adequadamente tais objetivos com a máxima didática permitida, estruturou-se o estudo em três capítulos.

Inicialmente, fez-se a exposição das principais linhas referentes aos serviços públicos e sua forma de delegação tradicional, as concessões comuns, no intuito de fixar um suporte

jurídico em cima do qual se lançaram as disposições atinentes às PPPs, contextualizando-as, assim, dentro de nosso aparato administrativo.

O segundo capítulo voltou-se inteiramente para a exposição do regime jurídico das PPPs. Tratamos de suas características, alcance, delineamento contratual, particularidades licitatórias, dentre outros pontos relativos ao tema a que nos propusemos, buscando apresentar o devido panorama do novel instituto, de forma a satisfazer os questionamentos acima apresentados.

Por último, no terceiro capítulo, a título de complementação, colacionaram-se diversos projetos federais e estaduais que envolvem a contratação de parcerias público-privadas. Alguns em fase de estudos de viabilidade, outros já em processo de licitação ou mesmo em fase de execução.

No que tange aos aspectos metodológicos, este trabalho fundamentou-se, essencialmente, em intensa pesquisa bibliográfica e documental. Contou-se também com a utilização de recursos disponíveis na rede mundial de computadores, em especial na obtenção de informações relativas aos projetos de parceria público-privada desenvolvidos pelas entidades federativas.

1. LINHAS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS FORMAS DE CONCESSÃO

1.1. Apresentação do tema

Os serviços públicos são fonte de inesgotável debate em nossa doutrina.

Como nosso propósito neste trabalho é apresentar um panorama das parcerias público-privadas, nova espécie de contrato de concessão, em que o Estado poderá delegar a particulares a prestação de serviços de sua titularidade, cumpre-nos elaborar uma breve análise sobre os serviços públicos, espécie de atividade administrativa que, de forma preponderante, será o objeto do contrato, e sobre as ora chamadas concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, a fim de estabelecer-se um parâmetro para comparação com o novel instituto criado pela Lei nº 11.079/04.

Destarte, serão expostos os pontos mais relevantes da matéria, sem descer a minúcias procedimentais, direcionando o estudo a fim de contextualizar as PPPs, facilitando, o entendimento das razões que levaram à sua instituição e as críticas feitas por muitos estudiosos.

1.2. Atividades administrativas

Inicialmente, há que se ressaltar caber à Administração Pública o desempenho de variadas atividades na busca da realização do interesse público, o que se relaciona, em última análise, com a promoção dos direitos fundamentais da coletividade. A sistematização dessas atividades em categorias não é uniforme na doutrina administrativista. Apresentar-se-á aqui o esquema proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), consignando-se, desde logo, a existência de diferentes categorizações propostas por outros doutrinadores.¹

¹ É o caso de Marçal Justen Filho (2005), que, em esquema bem mais simplificado, classifica as atividades administrativas em: conformadora ou ordenadora (limitação das liberdades e direitos individuais – poder de polícia), prestacional (satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais, abrangendo os serviços públicos e a intervenção direta do Estado no domínio econômico) e regulatória (promoção da modificação do comportamento das pessoas por meio de incentivos ou desincentivos – atividade de fomento).

Para tal estudioso, existem as atividades que estabelecem *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, condicionando o exercício de uma e de outra pelos particulares, para evitar comportamentos danosos ao conjunto social. Reúnem-se sob a expressão *poder de polícia*, amplamente utilizada. Ao lado delas, existem as atividades que implicam *imposição das sanções previstas para as infrações administrativas*, que visam a desestimular a desobediência das limitações supra referidas.

Abrangendo providências como a desapropriação, a requisição e a servidão administrativa, o estudioso aponta as atividades que impliquem em *sacrifícios de direitos*, nas quais a Administração investe contra direitos dos administrados, restringindo-os ou eliminando-os.

Há as atividades que visam à *gestão dos bens públicos*, seguindo o regime jurídico específico para sua utilização e aquisição.

Ademais, existem as atividades de *intervenção do Estado no domínio econômico e social*, através das quais o Poder Público atuará diretamente no meio econômico (apenas em casos excepcionais) ou social (através dos serviços públicos sociais) ou indiretamente, mediante providências de fomento, que visam a estimular um ou outro comportamento do setor privado.

Por último, o objeto do estudo que irá se desenvolver no presente capítulo – as atividades administrativas voltadas para a prestação dos *serviços públicos*.

A noção de serviço público é uma das mais importantes do direito administrativo brasileiro, uma vez que implica um vasto campo de deveres do Estado em relação à sociedade; deveres estes com fundamento constitucional² e que se voltam para o atendimento de necessidades essenciais da coletividade. É uma espécie de atividade administrativa na qual predomina a satisfação do interesse social, estando, assim, intimamente ligada à própria essência da Administração Pública.

1.3. Serviços públicos: conceito e elementos característicos

Conceituar serviço público não é tarefa fácil. Doutrinadores nacionais e estrangeiros reconhecem a dificuldade de se obter uma definição precisa. Os diplomas legislativos

² A Constituição Federal, em seu art. 175, determina expressamente que incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos.

contribuem para tanto, pois freqüentemente utilizam a expressão *serviço público* em diferentes acepções.

Neste jaez, o doutrinador português Marcello Caetano (1996, p. 216) observa que:

A expressão *serviço público* é ambígua, quer na doutrina, quer na prática. Relativamente à linguagem usual chamamos a atenção para o inconveniente de generalizar a designação de ‘serviços públicos’ a todos os serviços judiciais e administrativos do Estado e de entidades públicas, por oposição aos serviços ou actividades privadas. Poderá nesse sentido dizer-se antes serviços do sector público e serviços do sector privado. Na verdade, a doutrina administrativa individualizou, de entre o conjunto de serviços do sector público, uns tantos para os quais reserva a designação de serviços públicos.

Na tentativa de conferir alguma sistemática ao debate, José dos Santos Carvalho Filho (2007), vislumbrando os variados prismas sob os quais se pode enxergar a matéria, aponta a existência de dois sentidos fundamentais para a expressão.

Há o sentido subjetivo, que identifica como serviço público os próprios órgãos do Estado responsáveis pela prestação de serviços voltados para a coletividade, tais como uma entidade destinada para a arrecadação e fiscalização tributária. É nesse sentido que a CF/88 assinala, em seu art. 37, XIII, que “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do *serviço público*”. Outro exemplo pode ser encontrado no art. 40, §16: “somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no *serviço público* até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Já no sentido objetivo, encara-se serviço público como um tipo de atividade administrativa, prestada pelo Estado ou seus agentes. Utilizando-se dessa acepção, a CF/88 declara, em seu art. 37, §6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de *serviços públicos* responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. No mesmo sentido, em seu art. 175, há a previsão de que “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*”.

Esse segundo sentido merece maior atenção, pois o que se pretende é analisar qual tipo de atividade administrativa compõe a idéia de serviços públicos.

Tal acepção é adotada pela grande maioria dos administrativistas modernos, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 281), que cunhou a seguinte definição para

serviço público: “atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Já Marçal Justen Filho (2005, p. 478) defende que serviço público “é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executadas sob regime de direito público”.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 642), a seu turno, define serviço público como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

De tais conceitos, depreende-se a necessidade de conjugarem-se diversos elementos a fim de buscar uma caracterização adequada para serviços públicos.

Assim, devemos atentar para certos pontos principais: serviço público (a) é uma prestação administrativa material, (b) sua titularidade é do Estado (o qual poderá prestá-los diretamente ou, quando possível, através de seus delegados), (c) exige submissão total ou parcial a um regime jurídico específico – o de direito público – e (d) deverá atender a necessidades essenciais da coletividade, oferecendo utilidades ao público em geral.

1.3.1. Prestação administrativa material

Inicialmente, há que se atentar para um importante ponto: serviços públicos são atividades materiais que oferecem uma utilidade ou comodidade concreta aos administrados; possuem caráter positivo, visando à satisfação de necessidades coletivas e fundamentais da sociedade.

Daí sua diferenciação em relação a atividades administrativas que impliquem em limitações à liberdade ou à propriedade, ou seja, que se traduzam em exercício do poder de polícia – enquanto os serviços públicos, através de uma atuação positiva do Estado, ofertam utilidades materiais aos administrados, o poder de polícia, conquanto visando a proteger o interesse social e a promover um bom convívio, atua restringindo, limitando, contendo o comportamento dos administrados.

Por outro lado, serviços públicos também não se traduzem em atividades de fomento estatal à iniciativa privada em áreas de interesse social, nem se destinam a realizar os fins do chamado núcleo estratégico – o qual compreende os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e o setor do Poder Executivo diretamente responsável pelo planejamento e formulação de políticas públicas.

Nesse sentido, vale citar esclarecedora lição de Paulo Modesto:

Essas tarefas de prestação [de serviços públicos] não se confundem com as tarefas jurídicas da Administração, relacionadas às atividades de limitar, regular, incentivar ou planejar atos e comportamentos concretos; nem se realizam por prestações em dinheiro ou se destinam a realizar os fins essenciais da organização política do Estado. O serviço público é *atividade dirigida a produzir utilidade material para terceiros*, não uma atividade jurídica ou de subvenção/estímulo – o que aparta as noções de “serviço público” e “poder de polícia”, por um lado, e “serviço público” e “fomento”, por outro.³

1.3.2. Titularidade estatal

Como proclama o art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos são de incumbência do Poder Público. Não se considerou conveniente relegar tais atividades à iniciativa privada, considerando, então, ser do Estado o dever de assumi-las como próprias. Assim, a titularidade dos serviços públicos é estatal, estando sua prestação, em regra, excluída do campo da livre atuação dos particulares.⁴

A Administração Pública, dentro dos limites discricionários que lhe são legalmente estabelecidos, poderá optar por prestá-los diretamente, através de seus órgãos, ou indiretamente, mediante delegação da prestação do serviço a outras entidades, sejam elas integrantes da Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista) ou particulares concessionários ou permissionários.

Em interessante artigo sobre o tema⁵, Paulo Modesto procura demarcar fronteiras entre serviços públicos e o que chama de “serviços de relevância pública”. Para tal doutrinador, a titularidade dos serviços públicos, atribuída por determinação constitucional ou legal, é sempre exclusiva do Estado (*a publicatio*), que poderá, caso lhe seja permitido e conveniente, delegar sua prestação. Mas não são livres à iniciativa privada. Em suas palavras: “não podem

³ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado e formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviços de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica' para as parcerias público-privada* In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴ Em sentido oposto, existem as atividades de exploração econômica (art. 173, CF/88), as quais pertencem prioritariamente à esfera de atuação privada, apenas podendo o Estado atuar de forma excepcional, nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal ou quando necessário para atender a imperativos de segurança nacional ou a relevantes interesses coletivos.

⁵ Ob. cit.

ser nomeadas como ‘serviço público’ atividades desempenhadas por particulares, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias à titularidade exclusiva do Estado”.

Neste jaez, o estudioso se vale da expressão “serviços de relevância pública” para albergar as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas exclusivamente pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Serviços de saúde, educação, cultura, desporto, previdência, defesa do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica enquadrar-se-iam nessa categoria.

A grande maioria dos doutrinadores não faz tal diferenciação. É o caso de Bandeira de Mello (2006, p. 658), para quem os “serviços de relevância pública” são espécies de serviços públicos que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade. Quando são prestados por particulares, devem ser encarados como atividades econômicas, sujeitas à livre iniciativa e à concorrência.⁶ Nesse sentido, ao tratar dos serviços públicos de competência da União, sustenta que:

Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – e, de outro lado, os serviços públicos não-privativos do Estado. Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscreever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem. Ao particular é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) utiliza-se da denominação “serviços públicos sociais” para se referir àqueles que a Constituição Federal de 1988 consagra a possibilidade de prestação pelo Poder Público, com a participação da coletividade, ou a prestação pelo particular, como, em especial, a saúde e o ensino.

De fato, existe uma classe de serviços públicos em que a atuação do particular é, além de permitida, incentivada pela ordem constitucional. Atividades voltadas para promoção de educação, saúde, cultura, assistência social, dentre outras, a despeito de serem serviços públicos, de prestação obrigatória por parte do Estado, não são de sua exclusiva de titularidade – os particulares podem, sem necessidade de delegação estatal, atuar

⁶ É essa a orientação adotada por Marçal Justen Filho (2005, p. 488), segundo o qual “é costumeiro reconhecer que certas atividades são serviços públicos não monopolizados pelo Estado. Quando desempenhados pelo Estado, serão serviços públicos. Porém, os particulares podem assumir essas atividades, hipótese em que haveria atividade econômica. Assim se passa com as atividades de educação, de saúde, de assistência social”.

ordinariamente em tais áreas, desde que, é claro, observem os condicionamentos legais. Nesse sentido, vale destacar os seguintes artigos da Constituição Federal:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público.

A despeito de se reconhecer a validade das considerações feitas por Paulo Modesto, este trabalho não irá fazer distinção entre serviços públicos e serviços de relevância pública, pois que não é de nosso objetivo grande aprofundamento em tal matéria. Preferimos considerar “serviços de relevância pública” como espécies de serviços públicos, seguindo a posição majoritária na doutrina⁷.

1.3.3. Regime jurídico de direito público

A prestação de serviços públicos será regulada por um sistema específico de princípios e regras, os quais compõem o regime jurídico de direito público. Tal disciplina jurídica se presta a uma maior proteção dos interesses coletivos presentes na atuação dos prestadores de serviços, buscando tanto sua melhor viabilização, como a observância de princípios constitucionais, tais como a moralidade, a impessoalidade e a eficiência.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), o regime jurídico de direito público é uma das mais eficientes formas de proteção das conveniências da coletividade e, igualmente, da boa prestação do serviço não apenas em relação a terceiros que pudessem obstá-las, mas também em relação ao próprio Estado e ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário).

Neste tocante, merece referir-se à existência de certos princípios pertinentes à matéria em exame. Claro que tais postulados não excluem a incidência de princípios mais abrangentes, tais como os arrolados no art. 37, *caput* da CF/88; na verdade, pode-se dizer que são “versões” de tais normas, adaptadas para atender às peculiaridades dos serviços públicos. Os geralmente mencionados pela doutrina especializada são: *princípio da continuidade*, segundo o qual, em função de sua essencialidade, sua prestação não deve ser interrompida⁸;

⁷ Além dos autores já mencionados, acrescente-se ainda: José dos Santos Carvalho Filho (2007), Lúcia Valle Figueiredo (2006) e Diógenes Gasparini (2005).

⁸ Previsão do art. 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95 possibilita a suspensão dos serviços públicos em caso de inadimplemento da contrapartida por parte dos usuários, desde que haja aviso prévio.

princípio da generalidade (ou igualdade), de onde se extrai que a prestação de serviços públicos deve procurar atingir seus usuários de forma indiscriminada; *princípio da eficiência (mutabilidade)*, que reclama a atualização e modernização dos meios utilizados na execução das atividades⁹; e o *princípio da modicidade*, indicando que as taxas ou tarifas cobradas dos usuários devem ter preços razoáveis, de forma a alcançar a maior quantidade possível de beneficiários.

Vale apontar que a circunstância de o serviço público ser prestado diretamente pelo Estado ou mediante concessão a particulares determina uma maior ou menos submissão ao regime de direito público. Como se verá mais adiante, as empresas concessionárias de serviços públicos encontram-se submetidas a um regime híbrido: de um lado, como prestadoras de serviços públicos, possuem sua relação com a Administração Pública totalmente regida por normas de direito público; de outro lado, como empresa privada, seguem normas de direito privado em sua gestão e organização – por exemplo, não se submetem à exigência de procedimento licitatório ou concursos públicos.

Essa possibilidade de “fuga do direito público” é uma das causas do crescente aumento de delegações de serviços públicos a particulares, inclusive com a instituição de novas formas de concessões, como as parcerias público-privadas. O argumento é quase sempre o mesmo: a pretensa eficiência da gestão privada.

1.3.4. Atividades de interesse coletivo

Os serviços públicos se consubstanciam em atividades que representam interesses da coletividade – e não meramente de um grupo ou outro de particulares –; interesses estes que, por sua relevância social, o Estado considera pertinente assumir sua prestação – mesmo que de forma não exclusiva, como no caso dos serviços públicos sociais, acima mencionados – e não deixá-la ao arbítrio da livre iniciativa privada.

Claro que, frente à grande variedade de interesses coletivos, as necessidades se revestem de caráter mais ou menos essencial. Tal caráter, porém, não possui parâmetros rigidamente definidos; ao contrário, eles variam de acordo com o momento histórico e a população a ser atendida. O importante é que as atividades se reportem a necessidades coletivas – quando ausente tal especificidade, não há que se falar em serviço público¹⁰.

⁹ Nesse sentido, o art. 175, p. único da CF/88, determina que lei disporá sobre a obrigação que tem a Administração ou seus delegados de manter o serviço adequado.

¹⁰ Marçal Justen Filho (2005) transmite bem essa idéia ao afirmar que discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o

Aqui, cabe falar que existem várias atividades que já são, por força de norma constitucional, consideradas serviços públicos, tais como as previstas quando da repartição de competência entre os entes federativos, como o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, CF), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI, CF), de energia (art. 21, XII, b, CF), de gás canalizado (art. 25, §2º, CF) e de transporte coletivo em nível municipal (art. 30, V, CF). Há também aquelas presentes no Título VIII, que trata da Ordem Social, como os serviços de saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, entre outros.

Este rol, porém, não é taxativo. Lei ordinária poderá declarar determinada atividade como serviço público, uma vez se manifeste interesse social de que assim o seja. Isso há que ser feito com observância aos limites constitucionais, respeitando-se a área da exploração de atividades econômicas, em que deverá ser assegurada a livre iniciativa e em que o Estado só poderá atuar em caráter excepcional (art. 173, CF).

Veza que não há fronteiras bem definidas entre tais áreas, os critérios e padrões vigentes em dado tempo e espaço é que terão o condão de determinar se certa atividade deve ser prestada pelo próprio Estado ou criatura sua ou se se enquadra na esfera econômica, no âmbito da livre iniciativa.

1.4. Competência para prestação dos serviços públicos

De acordo com o modelo federativo adotado pelo Brasil, a titularidade dos serviços públicos vai caber a cada entidade federativa – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – dentro dos limites estabelecidos pela repartição constitucional de competências.

Nesse sentido, a União é a titular de serviços públicos como a emissão de moeda, serviço postal, de radiodifusão sonora e de sons e imagens e polícia marítima, aérea e de fronteiras (art. 21, VII, X, XII, a e XXII, CF); os Municípios têm competência para serviços públicos de interesse local, como os transportes coletivos (art. 30, V, CF); aos Estados, conforme art. 25, §2º da CF, cabe explorar o serviço de gás canalizado, possuindo também competência residual (art. 25, §1º, CF/88). Tais competências, como são reservadas a determinadas pessoas federativas, são chamadas de privativas – nenhum outro ente poderá exercê-las.

âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.

Existem, de outro lado, alguns serviços que podem ser prestados por mais de um ente federativo, os chamados serviços comuns. O art. 23 da CF arrola alguns deles, como os que se voltam para a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inc. IX). Citam-se também os serviços sociais – prestação de saúde (art. 197, CF) e de educação (art. 211, CF).

Dentro da competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, cada ente poderá regulamentar, executar e controlar a prestação dos serviços públicos. A ingerência indevida qualquer das entidades no âmbito de outra é inconstitucional, por atentar contra o princípio federativo.

1.5. Formas de prestação dos serviços públicos

Diz-se que o serviço público é prestado diretamente quando a própria Administração, através de seus órgãos, incumbe-se de aparelhar-se, tanto com estruturas materiais como com mão-de-obra adequada, para executar as atividades em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade. O Estado é o titular e o prestador do serviço – daí se falar em *prestação centralizada* dos serviços públicos.

Porém, a atual concepção de Estado não exige dele a execução direta dos serviços públicos, mas sim que assegure sua adequada prestação. Possibilita-se à Administração, observados o interesse público e os parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria, delegar a execução de tais atividades a outras entidades, estranhas ao seu aparelho administrativo central, que podem ser particulares ou pessoa jurídica integrante da administração indireta, os quais receberão a incumbência de desempenhá-lo, de acordo com os termos e condições previamente estabelecidos. Fala-se em descentralização para se referir a esta transferência de atividades estatais para particulares ou outras pessoas jurídicas que integrem a chamada Administração Pública Indireta.

Adotando a classificação proposta por José dos Santos Carvalho Filho (2007), existem duas formas básicas mediante as quais se processa a descentralização dos serviços públicos: a delegação legal e a delegação negocial.

A delegação legal é formalizada através de lei, a qual, ao mesmo tempo em que regula a descentralização, cria ou autoriza a criação de pessoa administrativa responsável para executar o serviço – em regra, autarquia, mas pode ser também fundação, empresa pública ou

sociedade de economia mista, todos componentes da Administração Pública Indireta, possuindo personalidade jurídica própria e capacidade de auto-administração, exercida com certa independência do poder central.

Já a delegação negocial é a que se efetiva por meio de negócio jurídico, regado basicamente por normas de direito público, que transfere a execução de determinado serviço público a um particular, pessoa jurídica de direito privado. Neste caso, fala-se em concessão ou permissão de serviços públicos.

Para Carvalho Filho, nenhuma espécie de delegação implica a transferência da titularidade dos serviços públicos, apenas de sua execução. Doutrinadores como Hely Lopes Meirelles (2006), Diógenes Gasparini (2005) e Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2006) não compartilham de tal entendimento.

Para Hely, a descentralização por outorga (equivalente à delegação legal de Carvalho Filho) transfere, mediante lei, para a pessoa jurídica a ser criada, a própria titularidade do serviço público e sua prestação. Por outro lado, na delegação (ou, na classificação proposta anteriormente, delegação legal), há a transferência, mediante contrato ou ato unilateral, unicamente da execução do serviço a particulares.

A professora Di Pietro prefere utilizar-se da expressão “descentralização por serviços, técnica ou funcional” para se referir à situação em que o Poder Público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui tanto a titularidade como a execução de serviço público; e da expressão “descentralização por colaboração”¹¹ para abranger os casos em que, por meio de acordo de vontades ou de ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público à pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Estado sua titularidade.

A despeito de tais posicionamentos, concordamos com Carvalho Filho. A titularidade dos serviços públicos foi conferida aos entes federativos pela própria Constituição Federal, quando da repartição de competências, sendo, assim, irrenunciável e intransferível para qualquer outra pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, criada pela própria Administração ou não. Ademais, não se pode olvidar que, a qualquer momento, caso o interesse público assim oriente, o Estado poderá extinguir a delegação, seja através da revogação da lei ou do término do contrato, quando, então, a prestação do serviço voltará a ser de sua competência.

¹¹ Sob esse termo, além das concessões e permissões de serviços públicos, a autora alberga também os contratos de gestão com organizações sociais, nos quais há atividade de fomento do Poder Público à atuação privada que se revista de relevante interesse social, como na área da saúde.

Interessa-nos, dentro deste tema, o instituto da concessão de serviços públicos, pois que é o gênero sob o qual se encontram as parcerias público-privadas, espécie de concessão de serviços nas modalidades patrocinada e administrativa. Antes de passar à análise de tal instituto, porém, cabe uma breve digressão acerca dos métodos utilizados para o redimensionamento do Estado, dentre os quais se encontram as concessões.

1.6. Redução do aparelhamento estatal: a concessão de serviços públicos como forma de privatização

O termo *privatização* popularizou-se como uma prática, utilizada por alguns governos, consistente na venda total ou parcial de empresas públicas ou sociedades de economia mista para o setor privado. Tal concepção, contudo, é bastante restrita.

A privatização, em seu sentido amplo, pode ser vista como um conjunto de atividades variadas que impliquem, essencialmente, a redução do aparelho estatal, com a conseqüente diminuição da intervenção do Estado na economia e o aumento da participação do setor privado e de seus meios de gestão na produção e prestação de bens e serviços públicos.

É nesse sentido que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) arrola medidas que podem ser qualificadas como formas de privatização, as quais compreendem, fundamentalmente: (a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); (b) a desmonopolização de atividades econômicas; (c) desnacionalização ou desestatização (venda de ações de empresas estatais ao setor privado); (d) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada, e não a empresas estatais; (e) os *contracting out*, como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços, dentre os quais o de terceirização.

Neste jaez, tem-se que o programa de desestatizações (ou de *privatarias*, segundo neologismo cunhado pelo jornalista Elio Gaspari¹²) promovido pelo Governo Fernando Henrique Cardoso na década de 90, no qual foram vendidas inúmeras empresas estatais, tais como a Companhia Vale do Rio Doce, a Eletropaulo e a Embratel, é apenas uma das

¹² Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Privataria>>. Acesso em: julho/2007.

ferramentas utilizadas para a redução do tamanho do Estado. E, registre-se, a mais impopular delas.¹³

Para Francisco José Villar Rojas¹⁴, o termo privatização abarca uma infinidade de iniciativas governamentais dirigidas “a incrementar o papel do setor privado e, paralelamente, a reduzir o intervencionismo estatal na economia. É um conceito que engloba vários meios destinados a mudar a relação entre o Governo e o setor econômico privado, distintos e em grande medida alternativos entre si.” Completando, tal autor define privatização como “a redução da atividade pública na produção e distribuição de bens e serviços, mediante a passagem (por vezes, a devolução) dessa função para a iniciativa privada”, o que inclui técnicas como a desnacionalização, a contratação de serviços e atividades antes geridos diretamente, a desregulação (traduzida na redução do intervencionismo estatal nas atividades econômicas privadas) e a substituição dos impostos por preços e tarifas a cargo dos usuários como modo de financiamento dos serviços públicos.

Assim, a concessão de serviços públicos, na medida em que contribui para a redução do aparelhamento estatal, pode ser encarada como uma modalidade de privatização. De fato, com a transferência da prestação de serviços a particulares, a Administração Pública ao invés de dedicar-se à atuação direta, o que exige, diga-se de passagem, maiores investimentos em estrutura, pessoal e estratégias, restringe-se às tarefas de fiscalizar, regular e incentivar os concessionários¹⁵.

Essa forma de delegação de atividades é uma tendência que se aprofundou nas últimas décadas, quando a noção de Estado sofreu mudanças significativas – de prestador de serviços por excelência, com pesados encargos no campo social e econômico, o que exigia grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, para um Estado com atuação mais

¹³ Atualmente, no direito brasileiro, tal procedimento encontra-se disciplinado, essencialmente, pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que veio a substituir a Lei nº 8.031, do Governo Collor, que previa o Programa Nacional de Desestatização.

¹⁴ “La privatización de la empresa pública”. Madrid: Montecorvo, 1993 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias da Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 646) apresenta-se como crítico feroz da tese que defende a restrição do Estado às atividades de fiscalização, regulamentação e controle dos serviços públicos, delegando aos particulares sua execução. Segundo tal doutrinador: “Em abono dessas concessões, alega-se, muitas vezes, que o Estado é mau prestador de serviços, ao contrário do particular. Esquece-se, entretanto, de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou ‘controlador’ do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos em alguns setores, decaiu visivelmente”.

voltada para a regulação, a fiscalização e o fomento das atividades dos particulares, diminuindo sua intervenção na economia e delegando a prestação de serviços públicos¹⁶.

É como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 26) quando analisa o conceito amplo de privatização, demonstrando tratar-se, na realidade, “de um conceito ou de um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão do serviço público”. E conclui: “como a confirmar essa idéia de que a privatização é um conceito em aberto, constata-se o surgimento de novas formas de parceria, como os contratos de gestão com as chamadas organizações sociais e, agora, as parcerias público-privadas. Verifica-se uma privatização das atividades estatais e uma fuga crescente do direito administrativo, com suas fórmulas rígidas tradicionais e a busca do direito privado que, por ser utilizado pela Administração Pública, acaba se mesclando com o direito administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado”.

Não cabe aqui um aprofundamento das vantagens ou desvantagens desse enxugamento da máquina administrativa, nem tampouco de suas causas ou conseqüências. O que se pretende é atentar para o redimensionamento que o aparelho estatal vêm sofrendo e o importante papel desempenhado nesse processo pelas concessões de serviços públicos, dentre as quais, nosso objeto de estudo, as PPPs.

1.7. O direito positivo brasileiro e as modalidades de concessão de serviços públicos

Como forma de delegação da prestação de espécies de atividades administrativas, a concessão de serviços públicos é instituto presente na legislação brasileira há algum tempo. Apenas para ilustrar, colacionam-se, respectivamente, os dispositivos das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967 que faziam referência à matéria:

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.

¹⁶ Sobre o tema, vale consultar interessante artigo de Dinorá Adelaide Musetti Grotti: *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Art. 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Art. 160. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, repetia, em seu art. 167, a redação do art. 160 da CF/67.

Atualmente, nossa Constituição Federal dispõe que:

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 – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Ademais, ao tratar da partilha de competências entre os entes federativos, a Constituição Federal de 1988 alude aos institutos da concessão e permissão de serviços públicos, como se vê no art. 21, XI e XII, que trata da competência da União; no art. 25, §2º, que determina área de atuação dos Estados-Membros; e no art. 30, V, o qual estabelece caber aos Municípios a prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local.

Ao contrário do que ocorreu nas outras ordens constitucionais, em que não houve a promulgação da lei que iria regulamentar *o regime das empresas concessionárias*, nosso ordenamento jurídico possui legislação ordinária que trata especificamente da matéria.

Assim, em observância ao disposto no art. 175 da CF/88, promulgou-se a Lei nº 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e de permissão de serviços públicos, tratando dos aspectos gerais relativos à contratação, aos encargos do poder

concedente e do concessionário, à política tarifária, à licitação, aos direitos e obrigações dos usuários.

Pouco tempo depois, decorrendo da conversão da Medida Provisória nº 1.017, de 1995, veio a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, a qual trouxe algumas inovações para o regime das concessões, com dispositivos referentes à reestruturação dos serviços públicos concedidos. Especificamente, tratou das concessões dos serviços de energia elétrica.

Tais diplomas foram parcialmente alterados pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e, mais recentemente, pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Lei nº 11.079, a qual, conforme seus próprios termos, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, dando origem, assim, a novas espécies de concessão de serviços, nas modalidades patrocinada ou administrativa¹⁷. Registre-se que, conforme disposto em seus arts 3º e 12, *caput*, aplicam-se a tais concessões, subsidiariamente, no que couber, os dispositivos da Lei nº 8.987/95, da Lei nº 9.074/95 e da Lei nº 8.666/93, que dispõe acerca de licitações e contratos administrativos.

De resto, mencione-se ainda a existência de legislação esparsa que disciplina concessões em setores específicos, como o de energia elétrica (Lei nº 9.427/96 e Decreto nº 2.335/97) e o de telecomunicações (Leis nº 9.295/96 e nº 9.472/97).

Resumindo, a par do regime de concessão de serviços públicos da Lei nº 8.987/95, há os modelos de contratação instituídos pela Lei nº 11.079/04, as parcerias público-privadas, revestidos de peculiaridades que os diferenciam significativamente dos então existentes.

José dos Santos Carvalho Filho (2007), aproveitando-se dos termos da própria Lei das PPPs (art. 3º, §2º), utiliza-se da denominação *concessões comuns* para se referir àquelas reguladas pela Lei nº 8.987/95, as quais comportam duas modalidades: concessões de serviços públicos e concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Por outro lado, ao tratar das parcerias público-privadas, adotou o termo *concessões especiais*, que abrange as modalidades patrocinada e administrativa.

Assim, *a priori*, pode-se falar nas seguintes modalidades de concessões: (1) concessão de serviços públicos simples (não precedida pela execução de obra pública); (2) concessão de

¹⁷ Como se verá adiante, nem sempre a PPP envolverá a prestação de um *serviço público*.

serviços públicos precedida da execução de obra pública; (3) concessão patrocinada; e (4) concessão administrativa.

Aqui, falaremos das duas primeiras, deixando as espécies de PPPs para o capítulo seguinte.

1.8. Conceitos: concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública

Pela valiosa definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 672):

A concessão de serviço público é instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Tal conceituação abrange ambas as espécies previstas pela Lei nº 8.987/95: a concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública e a não precedida da execução de obra pública.

José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 318) preferiu cunhar uma definição para o que chama de concessão de serviços públicos simples (“contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”) e outra para as concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública (“contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após sua conclusão, sua exploração por determinado prazo”).

De forma objetiva, a principal diferença que se pode apontar entre referidas espécies é a de que, na concessão precedida da execução de obra pública, há uma duplicidade de objetos: o poder concedente ajustará com o concessionário a execução de determinada obra pública (um verdadeiro contrato de construção de obra), delegando a ele, posteriormente, sua exploração por uma prazo predeterminado. Como se extrai pela própria nomenclatura, na concessão não precedida da execução de obra pública, há apenas a transferência da execução de atividade.

A Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, II, define como concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

O inc. III do mesmo artigo traz a definição da concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.¹⁸

Referidas definições padecem de impropriedades técnicas, pois incluem elementos puramente procedimentais, necessários para a válida formação das concessões, mas dispensáveis para suas conceituações, tais como a necessidade de serem realizadas mediante licitação na modalidade concorrência ou de o concessionário ser empresa que demonstre capacidade técnica para realização do empreendimento – tais fatores podem ser apreendidos pelo exame do diploma legislativo.

Ao lado disso, na conceituação da concessão de serviços não precedida por obra pública, não se fez referência a elemento *sine qua non* para sua caracterização – que o concessionário será remunerado pela própria exploração do serviço público concedido, geralmente através de tarifas cobradas dos usuários. Ademais, no final do inciso III, quando se fala em “exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”, sugere-se a idéia de poderia haver a exploração apenas da obra pública, sem a concessão de um serviço público, para fins de remuneração do concessionário, o que vai de encontro ao instituto da concessão de serviço público precedida da execução de obra pública¹⁹.

¹⁸ Tradicionalmente a expressão “concessão de obra pública” era adotada por estudiosos como Hely Lopes Meirelles para designar tal espécie de concessão. A despeito da extensão da nova nomenclatura, deve-se reconhecer que a alteração foi positiva, pois o que se concede não é a obra em si, mas o serviço público que, para ser prestado, necessita da execução prévia de uma obra; execução esta que o poder concedente transfere ao concessionário.

¹⁹ Discorda desse posicionamento a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006). Para ela, em tal espécie de concessão é dispensável a transferência da prestação de um serviço público, bastando para caracterizá-la a circunstância de a remuneração do concessionário não ser feita pelo concedente – pois aí seria mero contrato de empreitada –, podendo ser esta assegurada por formas alternativas à execução de um serviço público, como através de contribuição de melhoria. Não concordamos com tal entendimento. Caso não haja a transferência de serviço público, haverá a mera execução de obra pública seguida, se for o caso, por concessão de uso de bem público, em que o particular explorará a obra pública, mas não para satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. É a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006).

Assim, em busca de conceitos adequados, ao invés de prender-se a definições legalistas, mais vale atentar às lições de nossos administrativistas.

1.9. Natureza das concessões de serviços públicos

A CF/88, em seu art. 175, p. único, inciso I, determina que a lei disporá sobre o *caráter especial do contrato* das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos. A legislação ordinária segue tal direcionamento, como se pode ver pelo disposto no art. 4º da Lei nº 8.987/95, o qual determina que:

Art. 4º. A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, *será formalizada mediante contrato*, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. (grifo nosso).

Nesse sentido, prevalece na doutrina entendimento de que as concessões de serviços públicos possuem natureza contratual, apresentando, porém, peculiaridades próprias decorrentes do regime de direito público a que se submetem. É o posicionamento adotado por juristas como Hely Lopes Meirelles (2006), Diógenes Gasparini (2005), José dos Santos Carvalho Filho (2007), Lúcia Valle Figueiredo (2006) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006). Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 386):

O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias para a formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 682), com sua costumeira precisão, diverge um pouco de tal posicionamento, sustentando que:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um *ato regulamentar* do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um *ato-condição*, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo de uma situação jurídica estabelecida pelo Poder Público; e de *contrato*, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. (grifo nosso)

Conferindo às concessões natureza contratual ou complexa, reconhece-se que seguem um regime jurídico específico, em que há de se conformar a existência de prerrogativas da Administração Pública, que, no interesse da coletividade, preza pela prestação adequada do serviço público, com a busca por lucro do concessionário, empresa privada.

Neste jaez, é interessante a construção apresentada pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), inspirada nos doutrinadores franceses George Vedel e Pierre Delvolvé, para quem existem duas idéias antitéticas nos contratos em comento: por um lado, trata-se da prestação de um serviço público, voltada para atender da melhor forma possível as necessidades da coletividade, sob a autoridade da Administração Pública; de outro lado, há o interesse do concessionário, empresa privada, de auferir o maior lucro possível.

Essa visão está presente também em Bandeira de Mello (2006), segundo o qual, para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.

Assim, o Estado, em busca do atendimento aos interesses coletivos, mune-se das prerrogativas necessárias, tais como a possibilidade de livre disposição no tocante às condições de prestação dos serviços; ao passo que ao particular concessionário é assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma que não possa ser onerado excessivamente por alterações unilaterais introduzidas pela Administração Pública. Para melhor ilustrar tal dualidade, resumir-se-á o conteúdo do esquema proposto pela professora Di Pietro:

Por um lado, pelo fato de a concessão ter por objeto a execução de um serviço público, resultam: (a) a existência de cláusulas regulamentares no contrato; (b) a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; (c) sujeição dos concessionários aos princípios inerentes à prestação dos serviços públicos; (d) manutenção, pelo poder concedente, de determinados poderes sobre a concessão, como a encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder de aplicar sanções e decretar a caducidade; (e) a reversão de bens da concessionária para o poder concedente, ao término da concessão; (f) a natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço; (g) responsabilidade civil regida por normas publicísticas; (h) efeitos trilaterais da concessão de serviço público: sobre o poder concedente, sobre o concessionário e os usuários.

Pelo segundo prisma, de busca de lucro por parte da empresa concessionária, decorrem: (a) a natureza contratual da concessão de serviços públicos; (b) direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Utilizando-se dos pontos acima apresentados, procurar-se-á fazer uma análise dos principais aspectos que caracterizam as concessões de serviços públicos:

1.9.1. Caráter regulamentar e caráter contratual das concessões de serviços públicos

Como se sabe, o contrato administrativo possui significativas diferenças em relação aos contratos de direito privado, regidos pelo direito civil. Nestes, ambas as partes encontram-se em posição de equivalência, ao passo em que, naqueles, em decorrência de estarem afetos à busca pelo interesse público, são regidos por normas de direito público, as quais conferem uma série de prerrogativas à Administração, que não o são ao particular contratante.

Em decorrência dessa supremacia do interesse público em relação ao privado, os doutrinadores costumam ressaltar a existência de duas “espécies” de cláusulas, as regulamentares e as contratuais.

Possuem aspecto regulamentar as cláusulas que dispõem acerca da organização e do modo de prestação do serviço, que podem ser fixadas e alteradas unilateralmente pelo Poder Público, buscando-se sempre a prestação de serviço adequado. Elas se impõem ao particular não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder regulamentar da Administração. Muitas vezes, constam da própria lei que disciplina o serviço, de modo que, ao assinar o contrato de concessão, o concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes. Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários (DI PIETRO, 2006).

Por outro lado, como se colocou acima, não se pode deixar de reconhecer a existência dos interesses lucrativos que movem a empresa privada, concessionária do serviço, daí porque se fala na necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, no equilíbrio entre as obrigações e a remuneração do concessionário. Como consequência, as alterações unilaterais promovidas pela Administração Pública são admitidas, desde que não onerem demasiadamente o particular, fazendo-o arcar com custos superiores aos que haviam sido previstos; caso isso aconteça, a contrapartida ao concessionário deverá ser revista, buscando compensá-la proporcionalmente ao ônus que terá de suportar. As

cláusulas que tratam desse equilíbrio econômico-financeiro, assegurando a manutenção do custo-benefício que havia sido estabelecido no momento da celebração do ajuste, são as chamadas cláusulas contratuais.²⁰

1.9.2. Aspecto trilateral da concessão

Os serviços públicos são de titularidade do Estado e visam a beneficiar a coletividade. Quando concedidos a particulares, sob fiscalização do poder concedente, a prestação adquire um caráter triangular, pois que seu contrato vai regular mais de uma relação jurídica. De fato, além do vínculo jurídico principal, que se estabelece entre poder concedente e a empresa concessionária, há que se falar em outras relações jurídicas: a que vincula o concedente ao usuário e existente entre usuário e concessionário.

Dessa forma, seja em decorrência de normas regulamentares ou de normas contratuais, os usuários assumem direitos e obrigações tanto perante o poder concedente – o qual, sendo o titular do serviço público, não se desincumbe da responsabilidade de fiscalizar, regular e até mesmo assegurar a prestação adequada dos serviços concedidos – como perante o concessionário prestador dos serviços – o qual possui o dever de executá-los de forma adequada, satisfazendo condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Aliás, vale mencionar que ao usuário caberá papel fundamental na concessão dos serviços – a remuneração do concessionário.

A Lei nº 8.987/95, em seu art. 7º, traz os direitos e deveres dos usuários, *ipsi literis*:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I – receber serviço adequado;

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

²⁰ Bandeira de Mello (2006, p. 591), condizente com sua posição de considerar concessão de serviços públicos ato de natureza jurídica complexa, e não meramente contratual, sustenta que: “É curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos ‘contratos administrativos’ em geral – e não apenas a esta espécie ora cogitada [contratos de concessão de serviço público] –, que neles se contém cláusulas ‘regulamentares’ (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Essa assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e que foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável.”

IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Tal rol é meramente exemplificativo. Além do que se prevê no Código de Defesa do Consumidor, ao qual o próprio *caput* do artigo faz alusão, existem outros dispositivos que tratam da participação do usuário na prestação do serviço.

O que mais importa, aqui, é ter consciência da existência de outras relações jurídicas além da decorrente do ajuste entre poder concedente e concessionário: nas concessões tradicionais de serviços públicos, os usuários integram um terceiro vértice, com direitos e obrigações em relação à prestação do serviço.

1.9.3. Poderes da Administração Pública

Como já se colocou anteriormente, o Estado poderá delegar a prestação do serviço público, mas nunca, sob nenhuma circunstância, haverá a delegação de sua titularidade. Como meio utilizado para melhor satisfazer as necessidades da coletividade, a concessão não pode implicar em uma renúncia por parte do concedente de um conjunto de poderes destinados a ajudá-lo na regulamentação e fiscalização das atividades do concessionário. Tais prerrogativas colocam o Estado em situação de supremacia em relação ao contratado.

Nesse sentido, vale trazer à baila lição de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 333):

O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação.

A Lei nº 8.987/95 não arrola tais poderes de modo sistemático, mas a maioria deles pode ser encontrada no capítulo que trata dos “encargos do poder concedente”. Destacam-se os seguintes: poder de inspeção e fiscalização, poder sancionatório, poder de intervenção, poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído e poder de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares.

Há que se ressaltar que são poderes-deveres, ou seja, a Administração Pública não poderá se furtar de exercê-los quando necessário se faça e da forma devida, sob pena de responsabilidade por omissão.

O *poder de inspeção e fiscalização* se traduz na idéia de que o concedente deverá sempre zelar pela fiel execução do contrato. A Administração Pública, mesmo com a concessão, não deixa de ser responsável pelo serviço público, pois que continua seu titular, devendo atuar de forma a verificar, permanentemente, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório às obrigações assumidas. No art. 30 da Lei nº 8.987/95 há referência a esse poder, ao se determinar que, no exercício da fiscalização, “o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”.

Como uma forma de conferir maior efetividade à fiscalização exercida, a Administração Pública poderá (e deverá) *aplicar sanções* ao concessionário inadimplente. É um dos encargos do concedente, previsto no art. 29, inciso II (“aplicar as penalidades regulamentares e contratuais”). O art. 38 da mesma lei também se refere a tal poder, ao determinar que: “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.”

A Lei 8.987/95 não indica, porém, quais as penalidades aplicáveis.²¹

O *poder de intervenção* também está previsto entre os encargos do poder concedente, no art. 29 - “intervir na prestação do serviço nos casos e condições estabelecidos em lei” (inciso III). A intervenção é a substituição temporária, em situações excepcionais, para salvaguardar o interesse público, do concessionário pelo poder concedente, o qual assumirá a gestão direta do serviço.

A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que, além de especificar os objetivos e limites da medida, irá designar o interventor e o prazo da intervenção. Está regulada nos artigos 32 a 34 da Lei nº 8.987/95. Ao final da intervenção, caso não opte o Poder Público por extinguir a concessão (por inadimplemento contratual ou por razões de interesse público), a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida da prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante sua gestão.

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) defende que elas podem ser estabelecidas em regulamentos anteriores à concessão ou no próprio edital do certame, de forma que os interessados na concessão tenham conhecimento das sanções a que poderão estar expostos. Quanto ao contrato, não poderá inovar na matéria, mas apenas reproduzir o que já se encontrava previsto anteriormente. Não partilha dessa posição a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006). Para ela, quaisquer penalidades devem estar previstas em lei (a lei do serviço concedido ou, subsidiariamente, a Lei 8.666/93, a qual arrola sanções aplicáveis em seus arts. 87 e 88), não podendo haver a instituição de novas penalidades não previstas em lei no edital, no contrato ou mesmo em atos normativos do Poder Executivo.

Outro poder que a Administração Pública mantém sobre a concessão dos serviços públicos é o de *extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído*. Cabe ao concedente retomar a execução dos serviços sempre que o interesse público assim recomendar, como por inadimplência do concessionário ou por razões de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, chama-se caducidade a forma de extinção unilateral e antecipada do contrato por iniciativa da Administração motivada por faltas praticadas pelo concessionário. O §1º do art. 38 da Lei nº 8.987/95 prevê situações que ensejam a decretação da caducidade dentre as quais citam-se: quando o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou insuficiente; quando a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão, ou quando paralisar o serviço ou concorrer para tanto; quando a concessionária perder as condições técnicas, econômicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido.

Por outro lado, considera-se encampação a retomada do serviço público pelo concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público. Não se trata de inadimplemento contratual – o contrato vem sendo cumprido, mas sua manutenção não interessa mais à Administração. Neste caso, far-se-á necessária a edição de lei autorizativa específica²² e o pagamento prévio de indenização por investimentos feitos em bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados (art. 37 da Lei nº 8.987/95).

Tal indenização será devida também no caso de declaração de caducidade, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

Quanto à concessionária, caso quera rescindir o contrato de concessão por descumprimento das normas contratuais por parte do concedente, ela necessitará interpor uma ação judicial, não podendo interromper nem paralisar os serviços até decisão judicial transitada em julgado (art. 39 da Lei nº 8.987/95). Assim, não caberá *exceção do contrato não cumprido* contra a Administração Pública, no caso de ela descumprir normas contratuais. O art. 6º, §3º da Lei nº 8.987/95 previu as únicas hipóteses em que é possível a interrupção válida da prestação: razões de ordem técnica ou inadimplemento do usuário.

De resto, cumprem-se fazer algumas observações quanto ao poder da Administração Pública de *alterar cláusulas regulamentares unilateralmente*. Como foi colocado

²² Maria Sylvia (2006) defende que a necessidade de lei autorizativa específica para decretação de caducidade é de constitucionalidade duvidosa, pois constituiria um ato de controle de um poder sobre o outro, de forma que só seria válido se estivesse previsto na Constituição, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

anteriormente, é conferida ao concedente a possibilidade de alterar as condições de funcionamento do serviço, não podendo a concessionária opor-se a tais alterações, desde que elas estejam dentro do limite de atuação do concedente, é obvio – tocará ao particular contratante apenas o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro que por ventura tenha sido afetado pelas modificações empreendidas pela Administração.

Aliás, não apenas no caso de alteração unilateral, como em todas as ações da Administração Pública que impliquem em modificação do equilíbrio econômico-financeiro devem ensejar contrapartidas às concessionárias, de forma que não arquem com ônus mais pesados do que os que foram previstos quando da celebração do contrato.

1.9.4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

De forma bem simplificada, o equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato. Atualmente, é pacífica a idéia de que se trata de um direito do concessionário, mesmo que não expressamente previsto no contrato, pois que decorre de princípios como o da equidade, o da razoabilidade e o da continuidade do contrato administrativo (DI PIETRO, 2006). No tocante a esta matéria, existem dois principais pontos a serem observados: a remuneração do concessionário e a repartição dos riscos nos contratos de concessão.

1.9.4.1. Da remuneração do concessionário

Nas concessões tradicionais de serviços públicos, o concessionário remunera-se através da prestação do próprio serviço, o que se dá, regra geral, mediante cobrança de tarifas dos usuários. A fixação do valor da prestação deve atender ao princípio da modicidade, mas também deve ser capaz de retribuir o particular pelos investimentos realizados e pela execução do objeto do contrato. Em outras palavras, como bem coloca Carvalho Filho (2007), se, de um lado, as tarifas não devem propiciar indevido e desproporcional enriquecimento do concessionário, com graves prejuízos para os usuários, de outro seu valor não pode inviabilizar a adequada prestação do serviço. O concessionário tem, inclusive, direito à revisão das tarifas, através de mecanismos a serem previstos no contrato, buscando a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

O Estatuto das Concessões faculta ao poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a

modicidade das tarifas (art. 11). Ou seja, dependendo das particularidades de cada serviço objeto de concessão, quando se faça necessário para o estabelecimento de uma tarifa razoável, que atenda às necessidades do concessionário, mas que seja acessível para os usuários, poder-se-á estabelecer outras fontes para pagamento do particular, inclusive subsídio por parte da Administração (por interpretação *a contrario sensu* do art. 17 da Lei nº 8.987/95). Tem-se, portanto, que as tarifas constituem a remuneração básica do concessionário; as receitas provenientes de outras fontes, inclusive do próprio poder concedente, serão instituídas para favorecer a modicidade dos valores cobrados dos usuários.

1.9.4.1. Da repartição de riscos

Quando da definição legal de concessão, prevê-se que o concessionário prestará os serviços por *sua conta e risco*. Dessa forma, nas concessões comuns, em regra, quem assume todos os riscos decorrentes da execução do serviço é o concessionário.

Contudo, existem determinadas situações que, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, fazem com que a Administração arque com seus riscos.

Daí, pode-se falar em *álea ordinária* para indicar os riscos que estão presentes em toda atividade empresarial, devendo ser arcados pelo concessionário, pois que decorrem de resultado da própria flutuação do mercado, como o aumento ou a diminuição espontânea da demanda.

Por outro lado, a *álea extraordinária* corresponde a riscos imprevisíveis, inevitáveis, não imputáveis ao contratado. Abrange a chamada *álea econômica* (que dá margem à teoria da imprevisão) e as chamadas *áleas administrativas* (que abrangem o poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do fato do príncipe e a teoria do fato da administração). No caso de advento de alguma dessas circunstâncias, deverá haver uma revisão das cláusulas contratuais, respondendo a Administração por quaisquer ônus decorrentes.

2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1. Apresentação do tema

Depois de feitos os devidos apontamentos acerca dos serviços públicos e de sua tradicional forma de delegação – ora denominadas concessões comuns –, há que se passar para a análise do regime jurídico das parcerias público-privadas.

Pela relativa brevidade de sua existência como uma alternativa legal para a delegação de serviços, ainda não há lastros de significativas experiências concretas capazes de indicar como se dará a execução dos contratos de PPPs e a aplicação prática das inovações trazidas pela Lei nº 11.079/04.

Na doutrina, as posições são das mais variadas. Há estudiosos que, seguindo a linha esposada pelo governo, consideram as parcerias público-privadas instrumentos indispensáveis para o desenvolvimento nacional, um verdadeiro aprimoramento do modelo contratual administrativo, em que se deixam de lado a ineficiência e a inflexibilidade da máquina estatal para se utilizar do modo de gestão privado na busca por suprir carências de infra-estrutura em serviços de caráter social e econômico que comprometem o crescimento do país. O modelo contratual das PPPs também teria a vantagem de contornar as restrições financeiras do erário, na medida em que se utiliza de investimento privado para a consecução de obras estruturais necessárias à prestação de serviços.

A seu turno, existem aqueles que não vêem como compatibilizar alguns dispositivos da Lei das PPPs com nosso ordenamento jurídico, apontando diversas inconstitucionalidades no texto legal²³. Criticam-se a fuga a normas de observância obrigatória e a exacerbada proteção conferida ao capital particular em detrimento da *res publica*.

Não se pode deixar de observar que o tema suscita questões de ordem ideológica e política. De um lado existem os que defendem que a pretensa habilidade e *expertise* privadas só terão a contribuir com a melhoria econômica e social do país, viabilizando a prestação de serviços que o Estado, por si só, não seria capaz de o fazê-lo. Por outro, há aqueles que se contrapõem ao modelo das PPPs, que afirmam ser essencialmente neoliberalista, contribuindo

²³ Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), que se apresenta como um dos mais ferrenhos críticos da Lei nº 11.079/04, afirma não se recordar de alguma outra lei que conseguisse reunir tantas e tão variadas inconstitucionalidades, principalmente se se considerar que o diploma possui apenas 30 artigos.

para o aprofundamento do processo de privatização da máquina administrativa e valorizando sobremaneira o capital particular. A despeito de se considerar importante a discussão dessa dualidade para completo domínio do tema, procuraremos, neste trabalho, na medida do possível, um distanciamento de tais questões, buscando-se concentrar os esforços na análise dos aspectos essencialmente jurídicos da matéria.

Dessa forma, abordar-se-ão a seguir as particularidades legais que revestem o tema, oferecendo um estudo voltado para a compreensão do novel instituto, de seu disciplinamento e do que se propõe com sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. A questão da terminologia

O termo *parceria*, em sentido amplo, é utilizado para designar espécies de vínculos estabelecidos entre o Estado e pessoas privadas, com ou sem propósitos lucrativos, em que há a colaboração de ambas as partes para a consecução de fins de interesse público. É nessa acepção que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 41), afirma que:

A parceria serve ao objetivo de diminuição do tamanho do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de fomento à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma Administrativa), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.

Neste contexto, nossa legislação prevê uma série de instrumentos que se enquadram nessa acepção de parceria, dentre os quais: as concessões comuns de serviços públicos, regidas pela Lei nº 8.987/95; os contratos de gestão com organizações sociais (OSs) de que trata a Lei nº 9.637/98, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), reguladas pela Lei nº 9.790/99, concessão de uso de bem público, contratos de terceirização e empreitada, cuja base normativa é a Lei nº 8.666/93, dentre outras espécies atinentes a campos mais específicos, como as parcerias destinadas à implantação de empreendimentos urbanísticos previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

Com a Lei nº 11.079/04, implantou-se, em nível nacional²⁴, o regime jurídico das “parcerias público-privadas”, conferindo-se, então, ao termo um sentido restrito de contrato

²⁴ Como se verá no Capítulo IV, alguns Estados já possuíam legislação específica de PPP antes mesmo da promulgação da lei federal.

administrativo de concessão, nas modalidades patrocinada e administrativa – o objeto desse estudo.

2.3. Experiência internacional

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.546/03, que deu origem à Lei nº 11.079/04, apresenta-se a parceria público-privada como modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Ainda segundo tal documento, referida forma de contratação pelo Poder Público, “em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul (...) ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado”.²⁵

De fato, o fenômeno de busca do financiamento e da gestão de particulares em serviços e obras públicas está presente em inúmeros outros países ocidentais, em que se parte da premissa de que o setor privado dispõe de recursos materiais para a realização de tais projetos e de que podem operar de modo mais eficiente do que os órgãos estatais. Porém, falar-se em “grande sucesso” e “pouco tempo” para caracterizar todas essas experiências soa forçado.

A priori, não se pode deixar de ter em mente, sob pena de se acabar em generalizações indevidas, que cada país concebeu um arcabouço legislativo e institucional voltado para suas necessidades políticas e econômicas, o que deu origem a regimes diversos, com especificidades próprias. Ademais, tais articulações foram, em diferentes níveis, mais ou menos bem sucedidas, possuindo todas suas vantagens e desvantagens.

Talvez se possa afirmar que, sob a sigla PPP (em inglês, *public-private partnership*), reúnem-se variadas (e, em sua maioria, complexas) formas de articulações entre o Estado e o setor privado, com compartilhamento de riscos, nas quais, reconhecendo-se as limitações estatais, se busca o financiamento e a gestão particular na realização de atividades com algum coeficiente de interesse público. Há também o desenvolvimento de mecanismos mais eficientes de garantias a serem ofertadas ao particular, o que tem por escopo atrair seus investimentos.

²⁵ PALOCCI, Antônio e MANTEGA, Guido. *Exposição de Motivos ao Projeto de Lei nº 2.546/2003*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/182910.pdf>>. Acesso em: março/2007

Na Inglaterra, por exemplo, as PPPs surgiram no início da década de 90, em um cenário no qual se desenvolvia um processo de diminuição do aparelhamento estatal abrangendo as chamadas PFIs (*private finance initiatives*) e outras formas de articulação entre o setor público e o setor privado, como as privatizações, as terceirizações (*outsourcing*), as *joint ventures*, as chamadas *concessions* e uma gama variada de modalidades contratuais²⁶. Em sua modalidade mais recorrente – as PFIs²⁷ –, o investimento inicial é feito pelo parceiro privado, que assume os riscos do empreendimento, sendo posteriormente, quando da prestação do serviço, remunerado pelo Estado ou pelos usuários, a depender da modalidade contratual adotada.

Diogo Rosenthal Coutinho²⁸ aponta a experiência chilena de PPPs para formação de infra-estrutura, em especial na área de transportes, como bem sucedida, pois que conseguiu suprir significativa lacuna em tal setor. Visando a aumentar o interesse do capital particular, foram criados mecanismos de subsídios e garantias governamentais que poderiam ser aplicados aos contratos de concessão, como a possibilidade de o Estado garantir uma receita mínima à concessionária, independentemente da demanda. Permitia-se, também, que as próprias obras públicas servissem como garantia ao financiamento das concessões.

Por outro lado, as PPPs portuguesas, em especial na área de concessão de rodovias, a despeito de terem contribuído para aumentar o dinamismo no desenvolvimento de infra-estrutura, apresentaram alguns problemas que podem servir de lição para novas experiências, como excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevistos com as concessões, procedimentos excessivamente burocráticos, compartilhamento insuficiente e impreciso de riscos e falta de competitividade nas licitações.

Tais menções casuísticas apenas têm por finalidade demonstrar que nossa legislação sobre PPP sofreu influência de experiências internacionais, em regra consideradas bem sucedidas. O que, porém, não pode ser tomado como garantia de que todas as inovações legais

²⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacional. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁷ Coutinho apresenta alguns números interessantes: dados de 2003 indicam que houve mais de 600 projetos no contexto das PFIs, somando todos eles, em termos de capital envolvido, mais de £ 50 bilhões. Desses projetos, 275 estão em fase operacional nos setores de transporte, educação, saúde, presídios, defesa, lazer, meio ambiente, habitação, desenvolvimento de tecnologia e obras públicas em geral. Os entes públicos que mais contrataram foram o Departamento de Transportes, Governo Local e Regiões (DTLR), com contratações correspondentes a 25% do total, e o Departamento de Saúde, sendo este o contratante de um valor que chega a 20% do total. No Reino Unido, o Governo central foi responsável por 70% das contratações, ficando os Governos regionais e locais com os demais 30% dos projetos. Da ótica do gasto público, as PPPs representaram 11% do investimento do setor público durante 1998-2004.

²⁸ Ob. cit.

serão viáveis em nossa realidade e adequadas para ela; ou mesmo se apresentam compatibilidade com a ordem constitucional posta.

2.4. Panorama das parcerias público-privadas no direito brasileiro

As parcerias entre Estado e o setor privado diversificaram-se muito nos últimos anos, sendo a *crise financeira estatal* um lugar-comum para justificar a busca do financiamento privado para a realização de obras de infra-estrutura e prestação de serviços públicos. Junto a isso, há ainda a premissa de que as empresas possuem um modo de gestão mais eficiente, o que colaboraria tanto para uma adequada prestação de serviços e execução de obras, como para a racionalização dos gastos do dinheiro público.

No Brasil, o disciplinamento legal de ajustes entre o Estado e o setor privado dava-se principalmente através da Lei nº 8.666/93, a qual possui um regime de contratos para execução de obra²⁹ e prestação de serviços³⁰ ao Estado, e da Lei nº 8.987/95, que trata dos contratos de concessões comuns de serviços públicos, já discutidos aqui. Fazia-se, porém, necessário complementar tais diplomas para que fossem viabilizados contratos específicos, capazes de suprir as necessidades de investimentos em áreas deficitárias que não estavam sendo suficientemente atendidas pelas modalidades de arranjo existentes.

Instituíram-se, então, com a Lei nº 11.079/04, novos regimes de contratação, reunidos sob a expressão *parcerias público-privadas*, com significativas inovações, visando a ampliar o leque de arranjos possíveis entre o Estado e o setor privado. Alexandre Santos de Aragão (2005), em interessante estudo sobre a matéria, aponta:

A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, assim ser sintetizada: 1) gargalos de infra-estrutura³¹ impeditivos do crescimento e conseqüente melhora da situação fiscal do Estado; 2) existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infra-estruturas, não auto-sustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho. As parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de Estado e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infra-estruturas, já que nenhum deles teria condições de com ela arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada

²⁹ Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta (art. 6, I, Lei n 8.666/93).

³⁰ Serviços – toda atividades destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (art. 6, II, Lei n 8.666/93).

³¹ Chamam-se “gargalos estruturais” o descompasso que surge quando os investimentos em infra-estrutura não acompanham o ritmo de crescimento da produção, não conseguindo atender à demanda, o que tem efeitos bastante prejudiciais para a economia.

porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os seus custos e a legítima margem de lucro do negócio.

De fato, as concessões comuns atendem bem os serviços chamados econômicos, auto-sustentáveis, nos quais a tarifa paga pelos usuários, além de amortizar os investimentos iniciais em infra-estrutura porventura realizados, cobre os custos de operação e manutenção da prestação, assegurando ainda a devida retribuição à concessionária. É o caso, *verbi gratia*, dos serviços de telefonia e de fornecimento de energia elétrica.

Porém, há empreendimentos que, sob o *prima* técnico ou econômico, não são possíveis de serem viabilizados mediante apenas o pagamento de tarifas – não são economicamente auto-sustentáveis – o que os torna inadequados para serem objeto das concessões tradicionais de serviços públicos. São áreas que não são rentáveis para os particulares, mas que interessam sobremaneira ao Estado, pois que proporcionam um retorno econômico e social extremamente positivo, mesmo que não seja auferível diretamente em pecúnia³². É o caso de construção de rodovias em áreas com pouco tráfego, serviços de saneamento básico em bairros pobres, entre outros.

Assim, as parcerias público-privadas apresentam-se como novas modalidades de contratos de concessão de serviços em que há previsão de que o próprio Estado arque com parte (concessões patrocinadas) ou com a totalidade (concessões administrativas) da contraprestação devida ao particular, em complemento ou em substituição à tarifa paga pelos usuários.

Ao particular caberá o investimento inicial para a implementação da infra-estrutura necessária à prestação do serviço – a amortização de tais gastos só será feita quando do início da efetiva disponibilidade dos serviços, de forma paulatina, ao longo da execução do contrato. Esse é um ponto de fundamental importância. Sem dispor de capital suficiente para tanto, o Estado transfere ao particular a incumbência do investimento em infra-estrutura pública, conjugando-o com o serviço que deverá ser prestado posteriormente (segundo o art. 2º, §4º, II, da Lei nº 11.079/04, pelo prazo mínimo de 5 anos). Apenas depois de o serviço objeto da parceria ser efetivamente posto à disposição é que se iniciará o pagamento do parceiro privado. Dessa forma, o Estado disporá de um período mais longo para amortizar os

³² Marcos Barbosa Pinto, em artigo intitulado “A Função Econômica das PPPs”, fala em *externalidades positivas* para indicar empreendimentos em que o benefício social marginal da produção ou do consumo de um bem excede o benefício privado marginal. Em outras palavras, sempre que a produção ou consumo de um bem gerarem benefícios que são subvalorizados pelo mercado, não sendo auferíveis diretamente em pecúnia. Consideram-se externalidades positivas, a título de ilustração, o bem-estar e a melhoria da saúde de uma comunidade beneficiada com saneamento básico.

investimentos feitos pelo particular, ao mesmo tempo em que o remunerará pela prestação do serviço. Aliás, no que tange à contraprestação devida, ela poderá ser variável, vinculada ao desempenho da execução do serviço, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato – tal fator é um importante instrumento que deverá ser utilizado pelo Estado para garantir a eficiência e a adequada prestação do serviço. Voltaremos a esse tema quando formos falar mais detidamente acerca da remuneração.

Em razão de tais inovações quanto à forma de remuneração do parceiro privado, criou-se também um sistema de garantias que visam a protegê-lo contra eventual inadimplemento estatal. Intenta-se, com isso, tornar tais contratos mais atraentes aos olhos da iniciativa privada, sempre receosa da falta de mecanismos mais eficazes na cobrança de dívidas públicas. Tais garantias são alvo de severas críticas por parte de respeitáveis doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) e Kiyoshi Harada³³, os quais as acusam de inconstitucionais. Por outro lado, há quem as considere indispensáveis para a viabilidade prática das PPPs, pois fazem os contratos interessantes para investidores privados.

Além disso, a lei federal foi expressa em reconhecer o compartilhamento objetivo de riscos entre as partes contratantes. Este é também um controvertido elemento das PPPs. Além da falta de maior disciplinamento da matéria³⁴, os estudiosos apresentam posições das mais diversas acerca do tema, havendo quem se posicione absolutamente contra e quem aplauda a inovação.

Dessa forma, em linhas gerais, as PPPs são contratos especiais de concessão de serviços, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do parceiro privado, previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público e compartilhamento de riscos entre os pactuantes.

2.5. Parâmetros objetivos para a delimitação dos contratos de parcerias público-privadas

³³ HARADA, Kiyoshi. *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas – Art. 8º da Lei nº 11.079/2004*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: março/2007.

³⁴ Na Lei nº 11.079/04, há apenas dois dispositivos que fazem menção ao tema: o art. 4, VI, que arrola entre as diretrizes a serem observadas nos contratos de parcerias público-privadas a “repartição objetiva de riscos entre as partes”; e o art. 5, III, que determina que deve haver no contrato cláusula que preveja “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

A Lei nº 11.079/04 estabelece alguns parâmetros objetivos para que se possa considerar possível a contratação mediante o regime de parceria público-privada, dentre os quais se destacam os seguintes:

*2.5.1. Valor*³⁵

O art. 2º, §4º, I veda que sejam celebradas PPPs cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Tal valor se refere ao investimento mínimo que o parceiro privado deverá fazer.

É uma quantia significativa, demonstrando a intenção governamental de restringir a utilização das PPPs apenas para contratos de grande vulto, que exijam considerável investimento, o que justificaria a outorga ao particular das prerrogativas inseridas pela Lei nº 11.079/04.

2.5.2. Prazo

Em seguida, cumpre expor que o art. 2º, §4º, II exige que o contrato de concessão do serviço possua duração mínima de 5 anos. De outro lado, o art. 5º, I arrola, dentre as cláusulas essenciais do contrato, a que preveja o prazo de vigência da concessão, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Assim, tem-se o limite temporal mínimo – 5 anos – e máximo – 35 anos – de duração dos contratos de PPPs. Ou seja, além da execução de obra pública, caso esta se faça necessária, o parceiro privado ficará encarregado da gestão do serviço pelo tempo determinado no instrumento contratual, observados os parâmetros legais.

A exigência da prestação do serviço por, pelo menos, 5 anos pode ser justificada por duas razões principais: trata-se (a) de um período mínimo de exposição do contratado ao risco do prejuízo econômico em decorrência da má execução da infra-estrutura e (b) de um modo de diluir no tempo, em favor da Administração, a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado.³⁶

³⁵ Para Diógenes Gasparini (2005), as disposições da Lei nº 11.079/04 que estabelecem as limitações de valor e de prazo não precisariam ser observados por Estados e Municípios quando da elaboração de suas leis, pois não seriam normas de caráter geral, mas sim especificidades que devem ser obrigatoriamente obedecidas pela União. Tal tese não prevalece. De fato, tais normas se relacionam com o objetivo geral de se utilizar as PPPs de forma seletiva, apenas para contratos que envolvam investimentos de grande vulto, o que as aproximam mais de diretrizes, serem observadas por todos os entes federativos que queiram utilizar-se do regime de parceria público-privada.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

No tocante à prorrogação, sua possibilidade deve estar prevista no edital e no contrato, havendo que se respeitar o prazo máximo de 35 anos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) defende que a prorrogação do contrato para além de tal limite será possível caso, chegado aos 35 anos, não tenha havido a total amortização dos investimentos feitos pelo particular. Caso contrário, se não fosse possível prorrogar-se a concessão, a Administração teria que indenizá-lo.

2.5.3. Objeto

O art. 2º, § 4º, III proíbe que os contratos de PPPs se limitem ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública. Ora, tal vedação decorre do que se propõe com tais modalidades contratuais – o financiamento privado de infra-estruturas públicas que deverá, ao longo dos anos em que houver a prestação do serviço pelo parceiro privado, ser amortizado pelo Estado. O objeto de todo contrato de PPP é um serviço a ser gerido e executado pelo setor privado, o qual geralmente será precedido da execução de uma obra pública. Tanto que o art. 7º da Lei nº 11.079/04 determina que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato, podendo, inclusive, o pagamento ser feito de forma variável, vinculado ao desempenho da prestação.

Contratos que tenham por objeto o mero fornecimento de mão-de-obra ou execução de obra pública devem reger-se pelas disposições previstas na Lei nº 8.666/93. É, inclusive, o que determina a Lei das PPPs, nos seguintes termos:

Art. 3º. *omissis*

§3º. Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Ademais, importante fazer referência ao art. 4º, III, da Lei nº 11.079/04, que determina serem indelegáveis as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Ora, referidas competências caracterizam-se, desde sempre, como funções típicas estatais, indelegáveis à gestão privada, por traduzirem atividades que pressupõem o exercício do poder estatal voltado para a realização de valores fundamentais; poderes estes que integram o espectro de prerrogativas instrumentais reservados ao Poder Público para a satisfação dos interesses sociais. Em outras palavras, são manifestações do poder de império constitucionalmente conferido ao Estado. Sua partilha não

poderá ser admitida, ante o risco de frustração de objetivos constitucionais que deverão ser perseguidos pelo Estado.³⁷

2.6. Modalidades

Segundo o art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.079/04, PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

2.6.1. Concessão patrocinada

Nos termos do art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/04, concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Há, inclusive, a previsão, no art. 3º, §1º, da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 e demais leis correlatas a esta modalidade de PPP.

Assim, a principal diferença em relação à concessão comum é a de que nesta, como foi visto no Capítulo II, a contraprestação devida à concessionária é feita, em regra, exclusivamente mediante o pagamento de tarifas pelos usuários, ao passo em que, naquela, além das tarifas, caberá ao Poder Público arcar com uma parte da contraprestação. A própria Lei nº 11.079/04 faz questão de ressaltar tal ponto, afirmando, em seu art. 2º, §3º, que não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Não se pode olvidar, contudo, que já no regime contratual regido pela Lei nº 8.987/95 podia-se prever fontes de receita alternativas, inclusive adicionais pagos pela Administração Pública, para a concessionária, a fim de favorecer a modicidade das tarifas, como se vê pelos seus arts. 11 e 17.³⁸ E, com base nisso, alguns estudiosos, como a prof. Di Pietro (2006),

³⁷ No tocante ao exercício do poder de polícia, há intenso debate quanto à possibilidade de se contratar PPP para prestação de serviços penitenciários. Sobre esse tema, vide GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁸ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 deste Lei.

Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes. §1º. Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do

chegam a sustentar que já haveria, na Lei das Concessões, a abertura para celebração de um contrato de concessão na modalidade patrocinada.

Ora, do ponto de vista estritamente jurídico, considerando-se a possibilidade da instituição de subsídios do poder concedente em favor do concessionário nas concessões comuns, pode-se considerar que tal espécie de PPP não é propriamente nova. A título de curiosidade, vale mencionar que a idéia de concessão patrocinada já estava contida no projeto de lei aprovado pelo Congresso e que iria dar origem à Lei nº 8.987/95, como se pode observar pela redação do então art. 24, o qual previa:

Art. 24. O poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo durante o primeiro terço do prazo da concessão.

Tal dispositivo, porém, foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que:

Garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões.³⁹

Nota-se, então, que a idéia de contraprestação do Estado para complementar as tarifas pagas pelos usuários nas concessões de serviços públicos não é novidade em nosso ordenamento jurídico. O problema era a viabilização de tais contratos, pois que não existia um suporte legal adequado para sua manutenção.

Nesse sentido, a Lei nº 11.079/04 trouxe inovações no tocante ao regime contratual das concessões patrocinadas, distinguindo-as das concessões comuns – são particularidades, em sua grande maioria, instituidoras de benefícios ao parceiro particular, como a repartição de riscos com o Poder Público e as garantias que o parceiro público poderá prestar ao parceiro privado e aos financiadores do projeto, que, diga-se de imediato, têm uma importância fundamental nas PPPs, como se verá mais adiante.

A seu turno, vale frisar a existência de inúmeros pontos em comum entre tais espécies de concessão, a começar pelo caráter antitético que reveste seus contratos. De um lado, há o

poder concedente que, para a sua viabilização, necessita de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade. §2º Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

³⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep-181-95.htm>. Acesso em: julho/2007.

fato de que seu objeto é a prestação de um serviço público, do que resulta, *verbi gratia*, a manutenção pelo parceiro público de diversos poderes em relação ao parceiro privado (poder de inspeção e fiscalização, poder sancionatório, poder de intervenção, poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído e poder de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares) e a relação trilateral – poder concedente, concessionária e usuário – com atribuição de direitos e deveres a cada uma dessas partes. Por outro ângulo, o prestador dos serviços é uma empresa privada e, como tal, busca o lucro, sendo assegurada a ela a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Concretamente, tudo isso se reflete na presença de cláusulas regulamentares e contratuais no instrumento do arranjo.

Assim, as determinações contidas na Lei nº 8.987/95, como as referentes aos direitos e obrigações dos usuários, à política tarifária, aos encargos do concedente e da concessionária, às cláusulas essenciais do contrato, à intervenção, à responsabilidade objetiva da concessionária, à subcontratação, às formas de extinção, à reversão são aplicáveis às concessões patrocinadas, desde que não contrariem disposições da Lei nº 11.079/04.

2.6.1.1. Objeto

Serão objeto das concessões patrocinadas serviços públicos ditos econômicos, que permitem a cobrança de tarifa aos usuários, mas que, por alguma razão, a receita daí advinda não é suficiente para a amortização dos investimentos feitos pela concessionária, os custos operacionais e uma taxa de retorno razoável. Não são auto-sustentáveis economicamente. O Poder Público, para viabilizar a execução do serviço, participa da contraprestação do parceiro privado, complementando as tarifas dos usuários, buscando assegurar, também, sua modicidade das tarifas.

Pode-se citar como exemplo a construção e exploração de rodovias em área de pouco tráfego, no qual a cobrança de pedágio não seria capaz de amortizar os investimentos e cobrir as despesas com sua manutenção.

2.6.2. Concessão administrativa

A concessão chamada pela Lei nº 11.079/04 de administrativa é, conforme dispõe o art. 2º, §2º, 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.

Concordamos com Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) quando este afirma que tal conceituação é bastante nebulosa. De fato. O que significa ser a Administração usuária direta

ou indireta da prestação dos serviços? Só a leitura das disposições legais não é capaz de responder tal questão – apenas com a análise de considerações feitas por estudiosos da matéria podemos indicar o que se pretende através da instituição dessa modalidade de concessão.

Carlos Ari Sundfeld⁴⁰, que participou ativamente do processo de concepção e elaboração da Lei nº 11.079/04, em aclarador artigo sobre o tema, afirma que há dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

A *concessão administrativa de serviços públicos* seria a que tem por objeto a delegação da prestação de serviços públicos, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, sem haver cobrança de qualquer tarifa aos usuários. Caberá ao parceiro público a remuneração integral da empresa concessionária em pecúnia (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Aqui, tem-se o caso em que a Administração apresenta-se como a usuária indireta do serviço, sendo os administrados seus usuários imediatos, diretos.

Por outro lado, a *concessão administrativa de serviços ao Estado* seria a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei nº 8.666/93, o Estatuto das Licitações e dos Contratos, ou seja, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será a usuária direta do serviço, cabendo-lhe, por óbvio, a contraprestação devida ao parceiro privado.

Nesta espécie de concessão administrativa, como se vê, não há a prestação de serviços públicos, o que a afasta das concessões comum, patrocinada e mesmo da concessão administrativa de serviços públicos. Aproxima-se, por outro lado, dos contratos administrativos regidos pela Lei de Licitação, em especial o de empreitada e o de prestação de serviços, eis que não há o terceiro vértice presente nas concessões comuns – aqui, o usuário se confunde com o poder concedente.

O que autorizaria a utilização do termo “concessão” seria, conforme expõe Sundfeld, o fato de que a estrutura contratual e a lógica econômica presente em tais contratos foram “retiradas” das concessões de serviços públicos, pois que não se cingem a um mero fornecimento de mão de obra ou construção de obra pública (vedação expressa no art. 2º, §4º, III, Lei nº 11.079/04) – há a realização de um investimento do parceiro privado na criação, ampliação ou recuperação, por meio da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, de infra-estrutura necessária aos serviços; serviços estes que serão prestados pela

⁴⁰ Ob. cit.

concessionária por um prazo suficiente para a amortização de seus gastos, mediante contraprestação a ser paga pela Administração concedente. Ao final do contrato, a infraestrutura instalada pelo particular, de acordo com o que estiver previsto (art. 3º, *caput* da Lei nº 11.079/04 c/c arts. 18, X e 23, X da Lei 8.987/95), será revertida para o poder concedente.

Dessa forma, constata-se o *caráter dúplice* das concessões administrativas, que ora podem ser celebradas com o objetivo de delegar a prestação de serviços públicos, ora voltar-se-ão para promover a execução de serviços para a Administração Pública, usuária direta. Em ambos os casos, competirá exclusivamente ao parceiro público a contraprestação do parceiro privado.

Em razão de tais especificidades, a Lei nº 11.079/04 foi mais detalhista no que tange aos dispositivos da legislação de concessões de serviços públicos que serão aplicados subsidiariamente às concessões administrativas. Pelo disposto no *caput* do art. 3º da Lei das PPPs, quanto à Lei nº 8.987/95, serão empregadas as disposições relativas a cláusulas essenciais do contrato (art. 23), à responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, usuários e terceiros e à subcontratação (art. 25), à transferência da concessão (art. 27), aos encargos do poder concedente, (arts. 29 e 30), aos encargos da concessionária (art. 31), à intervenção (arts. 32 a 34) e às formas de extinção do contrato de concessão e à reversão dos bens (arts. 35 a 39); e, em relação à Lei nº 9.074/95, apenas seu art. 31⁴¹.

2.6.2.1. Objeto

Como se colocou acima, as concessões administrativas poderão ter como objeto a prestação de um serviço público ou a prestação de um serviço no qual o Estado seja seu usuário direto.

Quanto aos serviços públicos, existem casos em que, por razões técnicas, políticas, econômicas ou mesmo jurídicas, é inviável reclamar contrapartidas dos usuários. De fato, em algumas hipóteses, há previsão constitucional da gratuidade de sua prestação, como nos serviços de saúde ou de educação, conforme se vê pelos art. 198, §1º e art. 206, IV da Constituição Federal:

Art. 198. *omissis*

§1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

⁴¹ Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

omissis

IV – gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais.

Em outros casos, isso se dá por conta de uma escolha política tomada pelo Poder Público de não onerar os usuários, a qual deve ter em vista sempre algum interesse social, como a concessão de serviços de saneamento básico, com o intuito de atender até as camadas mais pobres da população; ou a concessão de rodovias em regiões pobres, optando o Estado pelo chamado “pedágio-sombra”, mecanismo pelo qual o poder concedente se encarrega de remunerar a concessionária, buscando estimular um maior desenvolvimento da região.

Assim, nas concessões administrativas de prestação de serviços públicos, poderão ser objeto tanto os chamados serviços sociais (ou serviços de relevância pública, na definição de Paulo Modesto, apontada no Capítulo I) como serviços econômicos em relação aos quais o Estado opte por não onerar os usuários.

Por outro lado, quando se trata da concessão administrativa de serviços ao Estado, não há que se falar em *prestação de serviços públicos*. Aqui, o objeto serão *serviços administrativos que tenham como usuário direto a própria Administração*. Não possuem uma característica fundamental que compõe a noção de serviço público: a produção de utilidade material fruível diretamente pela população.

Através dessa modelagem contratual, a Administração poderá celebrar ajustes nas áreas de ciência, tecnologia e pesquisa, do sistema penitenciário, de formação e manutenção de infra-estrutura turística.

Reafirme-se aqui que o objeto de tais contratos não poderá ser a simples execução de obra pública ou o puro fornecimento de mão-de-obra – deverá haver obrigatoriamente a *gestão do serviço* pelo parceiro particular, sob pena de não se tratar de PPP, mas de mero contrato de empreitada ou de terceirização.

2.7. Inovações para eficiência das PPPs

2.7.1. Contraprestação pecuniária ao parceiro privado

Como se viu, a depender da modalidade de concessão, caberá ao parceiro público responder, total ou parcialmente, pela contraprestação devida ao parceiro privado. O art. 6º da Lei nº 11.079/04 prevê que a contraprestação da Administração Pública poderá ser feita por ordem bancária, cessão de créditos não-tributários, outorga de direitos em face da

Administração Pública, outorga de direitos sobre bens dominicais ou outros meios admitidos em lei.

A forma de remuneração e de atualização de seus valores deverão estar previstas no contrato, bem assim como os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação do serviço e os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia (art. 5º, incs. IV a VI da Lei nº 11.079/04).

No tocante à contraprestação devida na modalidade patrocinada, observe-se que a definição legal fala em “*contraprestação pecuniária* do parceiro público ao parceiro privado”. Com base nisso, Sundfeld afirma que, em tais ajustes, o pagamento deverá ser feito por ordem bancária ou cessão de créditos não-tributários, pois que as outras possibilidades não se caracterizam como pecuniárias, podendo ser enquadradas no conceito de *receitas alternativas* a que alude o art. 11 da Lei nº 8.987/95.⁴²

O parágrafo único do art. 6º traz a importante previsão de que o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Apesar da utilização do verbo *poderá*, é de se entender, inclusive em função do compartilhamento de riscos que deve haver em tais ajustes, como se verá mais adiante, que o mecanismo de remuneração variável deve estar presente sempre que possível, pois que contribui sobremaneira para a melhor prestação do serviço por parte do parceiro privado, aumentando a eficiência econômica de forma considerável, vez que, estando sua contraprestação atrelada à qualidade do serviço, o contratado prezarão por sua adequada execução.

Por último, merece destaque a previsão de que a contraprestação será obrigatoriamente precedida da disponibilização total ou parcial do serviço objeto do contrato de PPP, o que significa dizer que o parceiro privado terá de prover a infra-estrutura necessária para a prestação dos serviços às suas custas, investindo no empreendimento. Apenas quando já disponível o objeto do contrato é que terá início sua amortização. Através de tal exigência, o poder concedente busca incentivar a celeridade das obras ou serviços a serem previamente executados.

2.7.2. *Compartilhamento de riscos e de ganhos entre os parceiros*

⁴² Em sentido contrário, entendendo que a contraprestação na modalidade patrocinada pode ser feita por qualquer das alternativas previstas no art. 6º, encontram-se Bandeira de Mello (2006), Diógenes Gasparini (2005) e Lúcia Valle Figueiredo (2006).

Dentre as diretrizes a serem observadas na contratação de parcerias público-privadas, a Lei nº 11.079/04 arrola, no art. 4º, VI, a *repartição objetiva de riscos entre as partes*⁴³. Logo adiante, ao tratar das cláusulas essenciais dos contratos de PPPs, há a previsão de que o instrumento contenha *a repartição dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária* (art. 5º, III). Como se vê, inovou-se em nosso ordenamento jurídico quando da instituição de um regime compartilhado no que toca à assunção dos riscos decorrentes da execução dos contratos de parcerias público-privadas.

Nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, o risco é exclusivo da Administração Pública, que contrata a prestação de serviço ou a realização de obra por determinado valor, que deverá ser pago independentemente de a obra ou o serviço vierem a ter a efetividade inicialmente programada.

Por outro lado, nos contratos de concessão de serviços públicos regidos pela Lei nº 8.987/95, há a previsão de que a prestação do serviço caberá à concessionária, que o fará por *sua conta e risco*. A idéia é a de transferir todos os riscos ordinários ao particular, assumindo a Administração Pública apenas os riscos decorrentes da álea extraordinária, que abrange a álea econômica (teoria da imprevisão) e as áleas administrativas (fato do príncipe e fato da administração), por força da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao contrário das Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, as quais já estabelecem previamente o critério de divisão de riscos que deverá ser observado em todas as contratações por elas regidas, a Lei nº 11.079/04, sem descer a pormenores, permite a distribuição entre os contratantes dos riscos relacionados ao serviço, sejam eles decorrentes da álea ordinária ou extraordinária. Concede-se, então, à Administração Pública considerável margem de discricionariedade para a modelagem contratual da divisão dos riscos, o que deverá ser feito

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), crítico ácido da Lei nº 11.079/04, no que toca às diretrizes contidas no art. 4º argumenta que: “Com exceção da ‘repartição objetiva de riscos entre as partes’, todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas. Com efeito, ninguém no mundo imaginaria que os contratos em apreço deveriam buscar a *ineficiência* tanto no cumprimento das missões estatais quanto no emprego de recursos; nem que deveriam *desrespeitar os interesses e direitos dos destinatários* dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; nem que, por via deles, fossem *delegados a função jurisdicional do Estado*, ou *sua função regulatória*, ou *o exercício do poder de polícia* ou *quaisquer outras atividades que o próprio dispositivo menciona como ‘exclusivas do Estado’*; nem que as parcerias se empenhassem na busca da *irresponsabilidade fiscal*; como também ninguém suporia que ditos contratos devessem primar pela *falta de transparência* dos procedimentos e das decisões. Do mesmo modo não se suporia que vieram para promover a *insustentabilidade financeira e desvantagens socioeconômicas*. Assim, seria o caso de perguntar: por que tais dispositivos foram incluídos na lei?” E ele mesmo responde: “Deve ser coisa de economista ou administrador”, pois que quem fosse do ramo jurídico “jamais cometeria uma infantilidade de tal ordem”.

de acordo com as especificidades de cada caso concreto, havendo de ser tudo absolutamente detalhado no contrato.

Há quem critique a possibilidade repartição dos riscos decorrentes da álea extraordinária, especialmente quanto aos riscos advindos de fato do príncipe e de fato da administração, pois que não se poderia imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante, o que levaria à conclusão de que só poderiam ser repartidos os riscos advindos de fatos estranhos à vontade das partes, como nos casos de força maior e de fatos imprevistos.⁴⁴

Por outro lado, existem aqueles que consideram o sistema de compartilhamento um progresso em relação às concessões comuns e aos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93. Segundo defende Marcos Barbosa Pinto (2005), a distribuição dos riscos nos contratos de parcerias público-privadas é um importante instrumento na busca pela máxima eficiência econômica. Para tal estudioso, riscos são custos e certamente serão levados em consideração pelo particular na sua proposta de remuneração. Dessa forma, o Estado deve ponderar quanto a quem suportará melhor determinados riscos. Em suas palavras:

Se o Estado transfere ao particular riscos que poderia absorver melhor do que o contratado, ele está na verdade pagando caro por um serviço que não necessita. Por outro lado, ao transferir para o setor privado riscos que este pode gerenciar melhor, o Estado reduz seus custos e promove a eficiência econômica.

Não é sempre óbvio, todavia, quem pode suportar determinados riscos a um custo mais baixo. É claro que o particular deve suportar o risco de construção da obra e disponibilidade do serviço, pois ele exerce controle direto sobre esses fatores. Por outro lado, o risco de alterações unilaterais do contrato por interesse público não deve ser transferido ao particular, pois o Estado pode gerenciá-lo muito melhor. Entre esses dois extremos, porém, existem uma série de riscos que precisam ser repartidos caso a caso, como o risco de demanda pelo serviço e riscos relacionados a casos fortuitos e força maior.

Ao decidir sobre a melhor forma de alocar os riscos, diversos fatores devem ser ponderados pelo Estado. O primeiro, é claro, é o grau de controle sobre o risco. Quem controla o risco é capaz de suportá-lo de maneira mais eficiente. O segundo é a capacidade de avaliar e quantificar os riscos: quem puder avaliar os riscos melhor é também o melhor candidato para evitar as perdas correspondentes.

Para Paulo Modesto⁴⁵, que considera extremamente generosa para com a concessionária a noção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum, nos quais o concedente responde integralmente diante de todos os riscos decorrentes da álea extraordinária, a Lei nº 11.079/04 impôs um regime mais austero, ao determinar a repartição objetiva dos riscos entre as partes, que nada tem de inconstitucional, mas sim que contribui para o avanço das concessões de serviço no direito brasileiro.

⁴⁴ É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2006).

⁴⁵ Ob. cit.

De fato, nas PPPs, o equilíbrio econômico-financeiro terá um caráter mais complexo, mais dinâmico. Caberá à Administração Pública a análise detalhada do sistema de compartilhamento de riscos a ser proposto, levando em consideração as especificidades que envolvem cada caso concreto. É recomendável a previsão de um catálogo objetivo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais serão de responsabilidade exclusiva do contratante e do contratado, de forma a delimitar o âmbito de responsabilidade de cada parceiro. Aqui exsurge a importância de um estudo prévio criterioso e minudente. Uma repartição de riscos mal elaborada pode comprometer seriamente a viabilidade da execução do contrato.

De resto, cumpre enfatizar que a Administração não poderá, no uso da modelagem dada pela Lei nº 11.079/04 adotar critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto e sua natureza de delegação, nem que retire integralmente o risco ordinário da atividade empresarial, como ocorreria se, por exemplo, a Administração devesse pagar quantia fixa, sem relação com a quantidade e a qualidade das utilidades disponibilizadas pelo parceiro privado. Nesse caso, não se trataria de PPP, mas de contrato administrativo comum, apenas excepcionada a regra de 30 dias para a realização dos pagamentos após a entrega do objeto contratual ou de suas parcelas à Administração, conforme está previsto no art. 40, XIV da Lei nº 8.666/93. A repartição de riscos também não poderá equivaler à das concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95. Em ambos os casos, não haverá o compartilhamento de riscos exigido para a caracterização de PPP (ARAGÃO, 2005).

Por outro lado, há também a exigência de que o contrato de PPP preveja o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados por ele (art. 5º, IX), regra que se justifica porque, nas PPPs, o parceiro público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto, como se verá mais adiante (art. 5º, §2º), o que é capaz de reduzir os riscos do empreendimento e possibilitar maiores ganhos ao particular.

2.7.3. Sistema de garantias

2.7.3.1. Garantias do parceiro privado ao parceiro público

Tais garantias são comuns nas várias modalidades de contratos administrativos.

A Lei nº 11.079/04 determina, em seu art. 5º, VIII, que o contrato deverá prever a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos.

As modalidades estão previstas no art. 56, §1º da Lei nº 8.666/93, quais são: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária; e deverão ser observados os limites dos §§3º e 5º do mesmo artigo (10% do valor da obra, acrescido do valor de bens a serem porventura entregues pelo concessionário), e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987/95 (valor da obra como limite).

2.7.3.2. Garantias do parceiro público ao parceiro privado

Como já se expôs, o regime de contratação das PPPs é destinado a concessões que, além de exigirem um considerável investimento inicial do parceiro privado, possuirão contraprestação advinda total ou parcialmente do erário. Ademais, tendem a ser contratos de longa duração, o que implica que sua execução passará por várias gestões de governos.

Ocorre que, além de o Estado, em geral, não ter fama de bom pagador, os mecanismos disponíveis para, em caso de inadimplência pública, promover o “pagamento forçado” são, no mínimo, morosos. É nesse sentido que se manifesta Alexandre Santos de Aragão (2005):

O problema, infelizmente, não está sequer mais em como se garantir a adimplência do Estado, mas sim em como, diante da inadimplência, fazer valer os seus direitos. Ordinariamente o credor do Estado tem que iniciar seu périplo propondo uma ação no Poder Judiciário, que demoraria anos para ser julgada, e, depois, esperar o seu precatório ser pago, o que via de regra demanda no mínimo a mesma quantidade de anos, ainda mais se considerando os fortes contingenciamentos que os últimos orçamentos vêm sofrendo.

Foi com base nesse raciocínio, buscando aumentar a atratividade das PPPs tanto para potenciais parceiros privados como para potenciais financiadores (os quais também são atingidos pelos efeitos da inadimplência pública), que foram instituídas uma série de garantias que o poder público poderá oferecer em tais contratos, tranquilizando seus investidores no que toca à facilitação dos meios de satisfação de dívidas pecuniárias porventura contraídas pela Administração, pois que não precisarão recorrer ao regime comum dos precatórios. Para os entusiastas das PPPs, a previsão de garantias por parte do parceiro público é um dos principais instrumentos de viabilização do novo modelo contratual, pois que contribuem significativamente para assegurar o pagamento dos parceiros privados. O sistema de garantias está previsto no Capítulo III da Lei nº 11.079/04:

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V - garantias prestadas fundo garantidor ou empresa estatal criada para esta finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei.

Não são poucos aqueles que condenam tais instrumentos, taxando-os de inconstitucionais⁴⁶, pois que estabelecem um sistema privilegiado de satisfação de crédito em favor dos parceiros privados em contratos de parcerias público-privadas, burlando a fila dos precatórios judiciais, o que afrontaria também os princípios da impessoalidade e da moralidade. Questiona-se o sistema de garantias das PPPs sob o fundamento de que a Constituição Federal não admitiria a concessão de bens e receitas da Administração Pública em garantia nos moldes do processo privado de execução de crédito.⁴⁷

Por outro lado, é interessante mencionar a posição de Diógenes Gasparini (2005), que critica as garantias estabelecidas no art. 8º, mas por considerar que não possuem a devida efetividade. Segundo o autor, a vinculação de receitas não pode ser de impostos, a utilização de fundos especiais exige a promulgação de uma lei anterior, o fundo garantidor ou a empresa estatal ainda tem de ser criados, não estando tais formas de garantias imediatamente à disposição do Poder Público – tudo isso irá atrasar a implantação das PPPs em âmbito federal. Quanto às outras modalidades, o autor considera-as não tão expressivas.

2.7.3.2.1. FGP - fundo garantidor das parcerias público-privadas

No Capítulo VI, dentre as disposições aplicáveis apenas à União, autorizou-se a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de R\$ 6 bilhões de reais, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude de contratos de PPP. Trata-se de um fundo de natureza privada e patrimônio separado dos cotistas, sujeito a direitos e obrigações próprias, a ser formado através da integralização de cotas, que poderão ser em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis

⁴⁶ Por haver, em nossa Carta Magna, a determinação de que lei complementar disporá sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas (art. 163, III), chegou-se a afirmar que o próprio sistema de garantias instituído pela Lei nº 11.079/04 seria inconstitucional, pois que se trata de uma lei ordinária. Contudo, argumenta-se, por outro lado, que a exigência constitucional de lei complementar é para a regulamentação de normas gerais sobre a concessão de garantias, o que teria sido feito pela Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁴⁷ Condenando a instituição de garantias a serem oferecidas pelo parceiro público posicionam-se Celso Antônio Bandeira de Mello, Kiyoshi Harada e Lúcia Valle Figueiredo.

dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.⁴⁸

Instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União terá competência para criar, administrar, gerir e representar judicial e extrajudicialmente o FGP, nos termos do art. 17. A Resolução nº 01, de 05 de agosto de 2005, do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (órgão federal responsável pela coordenação dos projetos de PPP, como se verá adiante), determinou que o Banco do Brasil exercerá a função de gestor do FGP.

As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP. As modalidades de garantias estão previstas no §1º do art. 18:

Art. 18º. *omissis*

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

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

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

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

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

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

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

O inciso VI, como se nota, permite a criação de um patrimônio de afetação dentro do próprio Fundo, que já é um patrimônio de afetação. Tal entendimento encontra lastro no art. 21 da mesma Lei, que faculta a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Possivelmente, as disposições relativas ao FGP são as mais atacadas pelos críticos das PPPs. Argumenta-se que a previsão de um patrimônio destinado exclusivamente a servir de

⁴⁸ O Decreto nº 5.411/06 autorizou a transferência para o FGP de ações da União em empresas como o Banco do Brasil, a Embraer, a Petrobrás e a Usiminas.

garantia para eventuais credores afronta os princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, criando uma verdadeira casta privilegiada que não se submete ao sistema dos precatórios. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 178) vaticina:

Se os bens da União, autarquias e fundações públicas são públicos e, portanto, impenhoráveis, por força do art. 100 da Constituição, não perdem essa natureza pelo fato de ficarem vinculados a um Fundo. Se isso fosse possível, estar-se-ia, pela via indireta, alcançando um objetivo que o constituinte quis coibir com a regra do referido dispositivo constitucional. A cada vez que uma pessoa pública quisesse oferecer bens de seu patrimônio em garantia de dívidas, poderia instituir um fundo ao qual esses bens ficassem vinculados. Nem por lei isso pode ser feito, sob pena de burla ao preceito constitucional. Aliás, parece ter sido exatamente esse o objetivo do legislador ao instituir o Fundo. Tanto assim que o artigo 18 apenas fez referência à União, autarquias e fundações públicas, não abrangendo empresas públicas e sociedades de economia mista, provavelmente pelo fato de que estas, sendo pessoas jurídicas de direito privado, podem oferecer bens não afetados à realização de serviços públicos em garantia do parceiro privado, sem necessitarem da constituição de fundo para fugir à regra constitucional, já que não estão sujeitas ao processo de execução ali estabelecido.⁴⁹

Quanto a tais críticas, argumenta Carlos Ari Sundfeld, em entrevista concedida ao Consultor Jurídico, em 11 de dezembro de 2005, que, em relação ao tema:

Tem uma discussão política e uma discussão jurídica. A discussão política é: o Estado deve destinar o seu patrimônio para pagar seus precatórios? Ou deve a União criar um fundo que possa servir de garantia aos investidores, para melhorar os serviços de saúde, estrada, ferrovia? A questão jurídica é mais quente: discute-se se a criação de um sistema que dá privilégio aos credores é inconstitucional. Os que acreditam na inconstitucionalidade alegam que o artigo 100 da Constituição Federal criou um sistema especial de precatório. Assim, a criação de um sistema separado seria incompatível com a regra contida na Carta. [...] Não há nenhuma inconstitucionalidade no sistema que cria credores com privilégios. Em primeiro lugar, porque se trata de oferecer garantia para quem não é obrigado a fazer investimento. O país quer ou não quer crescer? Se quiser, precisa dar garantia. É isso, simples assim. Então, dizer que a União não pode dar garantia, que o sistema todo de proteção de créditos tem de ter a execução prevista no artigo 100 da Constituição me parece exagerado.⁵⁰

Considerando-se a lógica contratual das PPPs, que exige investimentos iniciais vultosos dos particulares, propõe sua amortização em longo prazo e, pelo menos no caso da prestação de serviços público, não oferece um objeto suficientemente atrativo para justificar *per se* os riscos assumidos pelos investidores privados,⁵¹ nota-se que a prestação de garantias pelo poder concedente é um instrumento que visa a garantir a viabilidade de tais contratos, mostrando-se legítima a desafetação de determinado patrimônio para que sirva a tal finalidade, pois que se justifica na medida em que contribui para prestação de serviços públicos e para a melhoria de sua infra-estrutura.

⁴⁹ Nesse sentido, posicionam-se Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia do Valle Figueiredo e Kiyoshi Harada.

⁵⁰ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40147,1>>. Acesso em julho/2007.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas e a Constituição*. Revista de Direito Administrativo, nº 241. Rio de Janeiro, jul/set/2005.

2.7.3.3. A figura do financiador

As PPPs exigem significativo investimento por parte dos parceiros privados, os quais geralmente não dispõem de tão vultosa quantia, utilizando-se de financiamentos junto a instituições financeiras para obter o capital exigido.

Reconhecendo a necessidade de atrair investidores, a Lei nº 11.079/04, além das garantias previstas ao parceiro privado – as quais, beneficiarão, por óbvio, os financiadores (credores finais), pois que reduzem os riscos de inadimplência do particular –, inovou na instituição de instrumentos destinados a proteger diretamente os financiadores⁵² do empreendimento da atuação irregular dos particulares contratantes, como os arrolados no art. 5º:

Art. 5º. *Omissis*

§2º. Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua estruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

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

Dentre tais garantias, merece atenção a disposição do inciso I, que autoriza a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os financiadores sem a observância do inciso I do parágrafo único (que, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.196/05, passou a ser o §1º) do art. 27 da Lei nº 8.987/95, ou seja, sem a necessidade de que o agente financiador atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

Alexandre Santos de Aragão (2005) defende não haver óbices constitucionais se a transferência do controle, a qual se destinará à preservação da própria sobrevivência do contrato e à continuidade da atividade pública que constitui seu objeto, for tão-somente instrumental ao seu saneamento financeiro no mais curto espaço de tempo possível para, logo em seguida, devolvê-lo ao concessionário original ou transferi-lo a outra empresa operadora. Por outro lado, caso sua concretização permita uma verdadeira cessão contratual forçada da

⁵² Na realidade brasileira, tais garantias defendem, sobretudo, os interesses do BNDES, entidade estatal financiadora de projetos de grande porte, como os de PPPs.

concessionária vencedora da licitação para uma instituição financeira, violando a regra constitucional da licitação, então, por desvio de finalidade, haverá inconstitucionalidade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), tal dispositivo gera certa perplexidade, porque dificilmente se pode conceber a continuidade do serviço por uma empresa não suficientemente habilitada. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) é mais enfático ao taxar de desenganadamente inconstitucional a possibilidade de não observância dos requisitos do art. 27, p. único, inc. I, pois que lei ordinária não pode abrir mão de “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação”, previstas no art. 37, XXI da Constituição Federal.

2.8. PPPs e responsabilidade fiscal

Nos contratos de PPPs, recorre-se à disponibilidade financeira do setor privado para supressão de carências estruturais voltadas para a prestação de serviços, em face da falta de recursos próprios do Estado. À Administração Pública caberá, além da contrapartida pela gestão dos serviços, a amortização do investimento feito pelo parceiro privado. Há, portanto, assunção de dívida pecuniária significativa por parte do Estado – no mínimo, o parceiro privado deverá investir a quantia de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) no empreendimento. Daí porque a preocupação da Lei das PPPs no tocante à responsabilidade fiscal desses ajustes, pois que permitem a realização de obras que o Estado não teria, por si só, capacidade imediata de assumir – desonera o Estado do investimento inicial, mas não o libera da amortização das dívidas contraídas com o parceiro privado. Teme-se a utilização irresponsável dos contratos de PPPs, comprometendo a receita orçamentária além do devido para o pagamento das contraprestações aos particulares.

Essa apreensão não é exclusiva de nossa realidade. Dissertando acerca das PFIs britânicas, Vital Moreira⁵³ sustenta:

O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação de seu custo final para os contribuintes. A desnecessidade de endividamento público para construir a obra e o diferimento dos encargos para o futuro têm em si mesmos um efeito anestesiador da opinião pública. As cláusulas de revisão de custos normalmente inseridas nos acordos de PFI só muito depois se vêm a revelar mais onerosas do que o previsto.

⁵³ MOREIRA, Vital. *A tentação da “Private Finance Initiative – PFI”*, apud ARAGÃO, Alexandre Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, abril/maio, 2005.

Preocupando-se com tais possibilidades, a Lei nº 11.079/04 instituiu algumas restrições que visam à observância dos limites legalmente impostos. A abertura do processo licitatório estará condicionada à comprovação da conformação do ajuste com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar a PPP, à declaração do ordenador de despesa de que as obrigações contraídas são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual e à estimativa do fluxo de recursos suficientes para o cumprimento das contrapartidas públicas.

Quanto à União, a Lei nº 11.079/04 estabeleceu, em seu art. 22, limitação para a celebração de contratos de PPPs:

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

De forma indireta, o diploma legal procurou limitar a contratação de PPPs também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, como se vê pelo seu art. 28:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Extraí-se, de tantas exigências, a necessidade de os administradores públicos atuarem com responsabilidade ao assumirem projetos que comprometem os cofres públicos por longos períodos, incentivando-o a elegerem, com base em suas particularidades, apenas projetos prioritários a serem concretizados pelo regime das parcerias público-privadas.

2.9. Sociedade de propósito específico

A Lei nº 8.987/95, em seu art. 20, faculta ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em empresa antes da celebração do contrato.

Quanto às PPPs, a Lei nº 11.079/04, em seu art. 9º, exigiu que, antes da celebração do contrato, a licitante vencedora, seja ela consórcio ou não, constitua uma nova empresa – a

sociedade de propósito específico –, com a incumbência de implantar e gerir o objeto da parceria. A exigência tem caráter obrigatório para todas as concessões, sem exceção.

A finalidade de tal norma é a de facilitar, através da separação patrimonial e contábil entre a pessoa jurídica vencedora da licitação e a pessoa jurídica encarregada da prestação do serviço, o controle da execução do contrato, tanto por parte do poder concedente como por parte dos financiadores da concessionária, já que a concessão será feita a uma pessoa jurídica com o objetivo específico voltado para a prestação do serviço. Não se pode negar que tal controle seria muito mais difícil caso a mesma empresa desempenhasse, paralelamente, o serviço público e suas atividades privadas regulares.

A lei não faz restrições quanto à sua forma de constituição societária, podendo assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociáveis no mercado (§2º) ou constituir-se em uma sociedade limitada. Em qualquer caso, deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento (§3º).

O §4º veda à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de propósito específico⁵⁴, não se aplicando, porém, tal vedação a eventual aquisição da maioria do capital votante da SPE por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contrato de financiamento (§5º).

O §1º de referido artigo condiciona a transferência do controle da sociedade de propósito específico à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95, que, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, passou a ser o §1º, o qual determina que o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço (inc. I) e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (inc. II). Já se viu que, no caso de a assunção do controle da sociedade de propósito específico foi feita por financiador, este não precisará demonstrar capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal.

⁵⁴ Alexandre Santos de Aragão (2005) sugere que a partilha dos riscos na PPP poderia ser instrumentalizada com a entrada do Estado como sócio do licitante vencedor na sociedade de propósito específico, o que, segundo defende, constituiria um interessante e seguro mecanismo de divisão de riscos e lucros entre o Estado e o parceiro privado.

2.10. Particularidades da licitação

Contratos administrativos que são, as parcerias público-privadas submetem-se à exigência constitucional de licitação para a escolha dos parceiros privados.

Em razão das particularidades que revestem os contratos de PPPs, a Lei nº 11.079/04 inovou na previsão de regras específicas que deverão ser observadas em seu procedimento licitatório. Subsidiariamente, a Lei das PPPs faz expressa referência a alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95 que deverão ser utilizados.⁵⁵ Quanto à Lei nº 8.666/93, não há nenhuma norma explícita que determine sua aplicação genérica, mas em razão de constituir-se a base normativa das licitações públicas, entende-se que deverá ser observada em tudo que não contrarie o sistema das PPPs. Mesmo porque o art. 10 da Lei nº 11.079/04 determina que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência, a qual está disciplinada somente na Lei 8.666/93. Ou seja, o procedimento da concorrência, tal como disciplinado na Lei nº 8.666/93, será aplicado às parcerias público-privadas, com as derrogações constantes da Lei nº 11.079/04 e dos aspectos da Lei nº 8.987/95 que tiverem sido expressamente incorporados às licitações das parcerias público-privadas.

A licitação das PPPs, por óbvio, tem importância crucial para o bom desempenho do ajuste, pois que é através dela que se selecionará o parceiro privado. Assim, a Administração Pública deverá despender especial atenção quando da realização do procedimento licitatório, sob pena de condenar o contrato a ser firmado ao insucesso prematuramente.

Não se fará aqui um exame detalhado de todas as etapas da licitação, mas apenas destacar as principais inovações da Lei nº 11.079/04 na matéria e sua relação com a natureza do instituto.

2.10.1. Pré-requisitos

A Lei nº 11.079/04 dirigiu parte das suas regras de licitação à fase interna do procedimento⁵⁶, ou seja, antes da divulgação do edital, quando a Administração Pública ainda está estudando a possibilidade e a conveniência do contrato a ser celebrado e a modelagem que irá melhor atender às suas necessidades.

⁵⁵ Segundo o art. 11 da Lei das PPPs, deverão ser observados, no que couber, as disposições do art. 15, §§3º e 4º e os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987/95.

⁵⁶ São atos como a definição do objeto, a justificativa para a contratação, a aferição de disponibilidade de recursos para arcar com os encargos decorrentes, a elaboração de minuta do edital e do contrato – são condições para a validade dos atos externos no procedimento, posteriores à divulgação do edital.

A escolha de se contratar através do modelo de PPP, como já vimos, deve dar-se apenas quando as outras modalidades contratuais não atenderem de forma adequada ao objeto do ajuste – quando o Poder Público não possua a disponibilidade econômica para os investimentos necessários nem possa arcar com todos os riscos do empreendimento.

Nesse sentido, o art. 10, I, a, exige, como condição para a abertura da licitação, estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada. Tal preocupação fundamenta-se no comprometimento das finanças públicas que decorre da celebração de contratos de PPPs, pois que o parceiro público estará vinculado ao pagamento, total ou parcial, da contraprestação devida ao particular por um considerável período de tempo – de 5 a 35 anos.

Aliás, como já foi exposto acima, a licitação estará condicionada à comprovação de que o arranjo contratual respeitará as regras de responsabilidade fiscal previstas na Lei Complementar nº 101/2000 (art. 10, inc. I, b e c, e incs. II a V da Lei nº 11.079/04).

Em seguida, há que se falar da previsão da necessidade de submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública (art. 10, VI), exigindo-se um prazo mínimo de 30 dias para o recebimento de sugestões, devendo seu término dar-se pelo menos 7 dias antes da data prevista para a publicação do edital. Tal dispositivo é voltado para a participação dos interessados na formulação dos ajustes de PPPs. Claro que a Administração Pública não estará vinculada às sugestões advindas da consulta pública, mas, a fim de conceder efetividade a este dispositivo, deverá examinar as propostas e, se for o caso, recusá-las de forma devidamente justificada. Há mesmo quem considere que a resposta às sugestões é uma condição de validade do edital de licitação⁵⁷.

O inciso VII do art. 10 condiciona a publicação do edital à licença ambiental prévia ou à expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir. A matéria relativa ao licenciamento ambiental já se encontra tratada em diplomas legais, os quais devem ser obedecidos independentemente desta previsão específica.

2.10.2. Apontamentos sobre o procedimento licitatório

⁵⁷ É o entendimento esposado por Alexandre Santos de Aragão, fundamentando-se no direito constitucional de petição e na obrigação de motivação dos atos administrativos.

Inicialmente, a que se tratar da necessidade ou não de projeto básico para a abertura da licitação.

A Lei nº 8.666/93 condiciona a abertura de licitação à existência de projeto básico aprovado pela autoridade competente, que deve observar os parâmetros fixados no art. 6º, IX⁵⁸. No regime dos contratos administrativos em geral, não cabe qualquer interferência do particular no tocante à definição do modelo de prestação dos serviços, mas apenas cumprir as determinações prefixadas pela Administração.

Ocorre que, nos contratos de PPPs, busca-se aproveitar ao máximo a tão propalada eficiência do setor privado, inclusive na definição do modelo a ser adotado para a consecução do objetivo. Caberá à Administração fixar os fins a serem alcançados na parceria, ao passo que ao agente privado tocará a definição dos meios para tanto. Essa peculiaridade é, inclusive, uma decorrência do sistema de compartilhamento de riscos – pode-se prever no contrato que o particular deverá responsabilizar-se pelos riscos decorrentes do meio escolhido. Por outro lado, também auxilia a incrementar a competitividade entre os interessados, que buscarão apresentar um projeto que alie a qualidade da infra-estrutura e a modicidade dos custos, pois que sua remuneração poderá ser variável em função de seu desempenho.

Claro que não resta dúvida de que o objeto da PPP deverá ser identificado pela Administração com grau de precisão suficiente para a perfeita compreensão do que ela pretenda obter, tornando possível aferir se as propostas apresentadas satisfazem as necessidades administrativas e para que seja viável a comparação entre as propostas, ainda que sua avaliação deva ser promovida com adoção de critérios técnicos. (Porto, 2005)

Lembra Alexandre Santos de Aragão (2005) que o inciso II do art. 11, Lei nº 11.079/04, dispositivo acrescentado no processo legislativo do Congresso Nacional, determinava que o

⁵⁸ Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (Art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93).

edital poderia prever a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras. Segundo seu entendimento, o que se pretendia era, *a contrario sensu*, vedar que a ele pudesse ser conferida a possibilidade de elaborar o projeto básico. Referida previsão mereceu o veto do Chefe do Poder Executivo⁵⁹ porque o espírito das PPPs é justamente se valer da *expertise* privada para dar melhores soluções às necessidades públicas. Alguns elementos do projeto básico deverão estar estabelecidos no edital, mas apenas na medida do necessário para que o contrato tenha um objeto identificado. Conclui-se, então, que o que se busca no edital é fixar o resultado final a ser alcançado pelo contrato, deixando a definição dos meios para alcançá-los, o máximo possível, na órbita do parceiro privado, principalmente quando da elaboração da sua proposta técnica, não o vinculando a um projeto básico prévia, definitiva e unilateralmente fixado pela Administração, como determinado pela Lei nº 8.666/93 para as empreitadas de obras públicas. Nesse sentido, como por óbvio, também o projeto executivo⁶⁰ ficará a cargo do particular.

Por outro lado, a Lei nº 11.079/04 estabelece algumas normas específicas que irão complementar ou derogar parcialmente as Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, a serem observadas na fase externa do procedimento licitatório.

Nesse sentido, há que se falar que a Lei nº 11.079/04 admite, em seu art. 12, I, a qualificação técnica anterior à fase de julgamento, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes.

Há também inovação quanto aos critérios que poderão ser adotados para julgamento: nas PPPs, além dos previstos nos incisos I (menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado) e V (melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica) do art. 15 da Lei nº 8.987/95, o art.

⁵⁹ Razões do veto: "O inciso II do art. 11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa. As parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado. Contratos de parcerias público-privadas realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário."

⁶⁰ Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (art. 6º, X da Lei nº 8.666/93).

12, II da Lei nº 11.079/04 faculta ao Poder Público prever o de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública ou o de menor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da contraprestação com o de melhor técnica, de acordo com os pesos a serem estabelecidos no edital.

O inc. III do art. 12, a seu turno, faculta a apresentação das propostas econômicas escritas em envelopes lacrados ou propostas escritas seguidas de lances em viva voz, adotando, neste segundo caso, a experiência do pregão (Lei nº 10.520/02), que amplia a competição entre os participantes da licitação, pois que poderão melhorar suas ofertas econômicas no curso do procedimento, caso assim preveja o edital.

Novidade interessante trazida pela Lei nº 11.079/04, no art. 12, IV, é a introdução da chamada fase de saneamento. Nela, dentro de um prazo previamente fixado no instrumento convocatório, haverá a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento. Mitiga-se, assim, a exigência do §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, de que as diligências para sanar falhas na documentação dos licitantes só são admissíveis para esclarecimento de documento que já havia sido entregue, vedada a apresentação de novo documento, o que muitas vezes, por erros burocráticos da empresa, afastava desproporcionalmente concorrentes capacitados.

Benedicto Porto Neto⁶¹ aponta que tal inovação:

Evita a eliminação desnecessária de licitantes e propostas, com ampliação da disputa; reduz a quantidade de recursos administrativos e judiciais contra decisões de inabilitação ou desclassificação, agilizando o procedimento; impede o dirigismo da licitação por meio de definição de cláusulas obscuras ou contraditórias, para que lhes seja fixado o sentido concreto depois da apresentação de documentos e propostas pelos licitantes”. E conclui: “é lógico que sem previsão em lei e em edital a abertura de oportunidade para que um específico licitante sane vício de sua documentação ou proposta representa indisfarçável violação à isonomia. A situação é muito diferente, porém, quando a fase para saneamento esteja prevista em lei e edital, com prazo também objetivamente definido, e que será observada qualquer que seja o licitante beneficiado. A regra geral e abstrata é garantia de igualdade.

Por último, há que se falar em outra norma inspirada na lei do pregão, qual seja, a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que, 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; verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor. Inabilitado o licitante melhor

⁶¹ PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para Contratação de Parceria Público-Privada*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2^o lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (art. 13, Lei nº 11.079/04).

2.11. Órgão gestor das parcerias público-privadas

Como já se deixou consignado, as parcerias público-privadas devem ser empregadas em projetos prioritários, que contribuam significativamente para o desenvolvimento dos serviços públicos e apenas quando outra forma de contratação não for adequada para tanto.

Tendo em vista tais ponderações, a Lei nº 11.079/04, dentro do Capítulo VI, que traz normas aplicáveis apenas à União, prevê a instituição de um órgão gestor de parcerias público-privadas federais, o qual terá competência para definir os serviços prioritários para a execução no regime de PPP, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos (art. 14). Tal órgão deverá ser composto por representantes, titular e suplente, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cabe a coordenação, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República⁶². Ademais, participará das reuniões do órgão gestor um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

A regulamentação de tal norma foi feita pelo Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005 que, além do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal, instituiu a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), o Grupo Executivo e a Secretaria Executiva⁶³, todos voltados para o fornecimento de apoio técnico e administrativo necessário ao desempenho das funções do CGP.

Interessante ressaltar que o pronunciamento do CGP sobre a contratação de PPP deve estar instruído com parecer prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, sobre o mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão de garantia e

⁶² A Portaria nº 52, de 16 de março de 2006, do Ministério do Planejamento, designa os Ministros de Estado como representantes titulares no CGP e os secretários executivos como suplementes.

⁶³ A Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento atuará como Secretaria Executiva do CGP, da CTP e do Grupo Executivo, sendo estruturado, no âmbito da Assessoria, a chamada Unidade PPP, que possui uma equipe multidisciplinar formada por especialistas setoriais e profissionais com experiência em concessões e em PPPs em nível mundial, destinando-se a funcionar como um centro de excelência em PPPs (<http://www.planejamento.gov.br/ppp/conteudo/Institucional/institucional.htm>).

à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 da lei. (art. 14, §3º).

O Comitê Gestor também tem responsabilidade no que toca ao controle das PPPs, pois que deverá remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas, anualmente, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada; relatórios estes que, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, deverão ser disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, tudo no sentido de garantir a transparência dos procedimentos e das decisões, uma das diretrizes que devem nortear a contratação de PPP (art. 4º, V).

Não há como se negar um caráter centralizador ao órgão gestor, o que poderá, a depender da agilidade com que o CGP atuará na prática, contribuir para a morosidade nas contratações em exame.

2.12. Caráter subsidiário das PPPs

Nota-se que não são todos os ajustes que poderão ser celebrados mediante o regime das PPPs. É de se dizer que as concessões patrocinadas e administrativas possuem *caráter subsidiário* em relação às demais modalidades de contratação regidas pelas Leis nº 8.987/95 e 8.666/93.

Isto significa que a adoção dos modelos de parcerias público-privadas só será legítima quando justificada pela inviabilidade de se contratar o objeto pretendido mediante outros arranjos, como as concessões comuns ou os contratos em regime de empreitada ou de fornecimento de serviços. Em outras palavras, apenas quando, a despeito da importância do projeto para o desenvolvimento público, haja desinteresse dos capitais privados, impossibilitando a concessão comum, e insuficiência de recursos públicos para investimento imediato, quando não será possível a celebração dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93, é que se deverá optar pelas parcerias público-privadas.

O caráter subsidiário das PPPs evidencia-se pelas exigências a serem observadas para a celebração dos contratos, como a necessidade de autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP,

para abertura do processo de licitação (art. 10, I, a); ou a avaliação de solvência financeira do ente público, considerando o comprometimento financeiro com projetos de PPP já em curso.

2.13. Dos riscos das PPPs

O regime contratual das parcerias público-privadas constitui-se em ferramenta importante para a viabilização de empreendimentos de interesse social. Porém, caso seja mal utilizado, poderá apresentar riscos tanto para a adequada prestação do serviço, como para os cofres públicos.

Primeiro, pode-se falar na possibilidade de comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, o que se dará caso se contrate projetos impagáveis, sem a observância das disposições atinentes à responsabilidade fiscal. Ou mesmo quando se utilize a modelagem de PPP em situações nas quais a concessão comum atenderia bem, patrocinando o Estado serviços que poderiam ser mantidos através do financiamento exclusivo das tarifas cobradas dos usuários.

Por outro lado, o ente público também poderá arcar com conseqüências negativas caso os projetos de PPPs sejam mal estruturados. Na medida em que são contratos que se protraem no tempo, durando, pelo menos, 5 anos, se o planejamento da contraprestação devida pelo Poder Público, do compartilhamento de riscos e mesmo da própria duração do contrato não for bem elaborado, haverá desperdício de recursos e serviços deficientes.

Um outro risco que se pode apontar é o desvio na utilização da concessão administrativa. Como se viu, na concessão administrativa, há um investimento do parceiro privado para desenvolvimento de infra-estrutura pública, o qual será amortizado pelo Estado paulatinamente. Porém, tais contratos não poderão se restringir à execução de obra pública, fornecimento de mão-de-obra ou fornecimento e instalação de bens e equipamentos – deverá haver a gestão do serviço pelo particular, que o explorará durante certo tempo. Constituirá desvio na utilização da concessão administrativa caso essa modalidade seja utilizada para situações que podem perfeitamente ser atendidas através dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93; aí então teríamos “concessões” de serviços de vigilância ou de limpeza de prédio público por 10, 20 anos, o que se constitui em verdadeiro absurdo (SUNDFELD, 2005).

Tais riscos poderão ser reduzidos caso os administradores, além de obedecer as disposições previstas em lei, respeitando o espírito das novas modalidades contratuais,

busquem aperfeiçoar um setor administrativo para a análise da adequação de projetos a serem contratados através de PPP. Foi o que se deu através da criação, dentro do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Unidade PPP, que se propõe a ser um centro de excelência para estudos relacionados a parcerias público-privadas.

Dever-se-á, então, atentar não apenas para o valor do investimento necessário, mas para um conjunto de fatores a serem observados, fatores estes de caráter técnico, econômico-financeiro, jurídico, social, lastreando qualquer contratação de PPP em estudo técnico que demonstre sua conveniência e oportunidade, identificando as razões que justifiquem a opção pela parceria público-privada.

Mal ou bem, está em vigor o arcabouço legal das PPPs. O emprego que nossos administradores farão de tais modalidades contratuais é que será determinante para que qualifiquemos as parcerias público-privadas como uma valiosa saída para a deficiência de infra-estrutura pública em alguns setores, contribuindo para o desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida da população, ou como mais um instrumento voltado para atender os caprichos do capital privado, em detrimento do interesse público.

3. PROJETOS PARA CONTRATAÇÃO DE PPP NA UNIÃO E NOS ESTADOS

3.1. Apresentação do tema

A despeito de todo o interesse manifestado pelo Poder Executivo para a promulgação da Lei das PPPs, ainda não se celebrou nenhum contrato sob este regime específico. Talvez a demora deva-se, em parte, às controvérsias que a Lei nº 11.079/04, com suas inovações, causaram no meio jurídico. Porém, não há dúvidas de que existe um fator que deve ser considerado: a subsidiariedade e a complexidade que revestem os contratos de PPPs. Como se viu no capítulo antecedente, as parcerias público-privadas devem ser utilizadas apenas quando outra modalidade contratual não seja capaz de atender ao objeto que se quer delegar, devendo o administrador, para optar pelo regime de PPPs, demonstrar, com base em estudos técnicos, a conveniência e oportunidade da contratação, identificando as razões que o levaram a escolher tal modalidade.

Depois de tratar-se da normatização das parcerias público-privadas, cremos ser interessante apontar alguns dos principais projetos de PPPs em desenvolvimento, com a indicação de seu objeto e o estágio em que se encontram.

3.2. Projetos federais

Na esfera federal, como visto, foi instituído, através do Decreto nº 5.385/2005, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP), com competência para definir os serviços prioritários, aprovar editais, contratos e suas alterações, autorizar abertura do procedimento licitatório, avaliar periodicamente o cumprimento dos contratos. Para fornecimento de apoio técnico e administrativo necessário, conta com a Secretaria Executiva e a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP).

As funções de Secretaria Executiva são desempenhadas pela Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dentro da qual foi criada a *Unidade PPP*, que possui como missão “funcionar como um centro de excelência em Parceria Público-Privada – PPP para disseminação de conhecimento sobre a metodologia e o marco legal

pertinente; formatação de editais e contratos-padrão; orientação aos órgãos setoriais que pretendam celebrar contratos de PPP para condução de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica. A Unidade tem, ainda, o papel de estabelecer um ambiente propício às PPPs no Brasil, em especial no que tange a: a) regulamentação da Lei da PPP; b) condução dos estudos dos primeiros projetos a serem licitados na modalidade PPP; c) promoção de treinamentos; d) disseminação de informações acerca do andamento dos contratos”.⁶⁴

Neste jaez, a Unidade PPP aponta os seguintes projetos em andamento:⁶⁵

3.2.1. Projeto BR-116/324

Merece destaque o projeto para celebração de PPP, na modalidade patrocinada, que envolve a concessão para recuperação, manutenção, operação e aumento de capacidade em uma extensão de cerca de 680 quilômetros das rodovias federais BR-116 e BR-324, no Estado da Bahia, visando a promover maior eficiência no sistema de transporte e melhoramento da infra-estrutura viária, em busca do crescimento econômico regional. Segundo motivação esposada pela Unidade PPP, o trecho da BR-324 considerado para concessão constitui um importante corredor de exportação e importação, com significativo volume de tráfego de cargas originadas em diferentes pontos do território nacional, com variados destinos.

3.2.1.1. Procedimento

Inicialmente, foi constituída uma força tarefa, formada por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda, da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério dos Transportes e da Agência Nacional de Transportes Terrestres, com o objetivo de coordenar os principais aspectos do processo de implementação do Projeto BR-116/324, determinando-se, então, a realização de estudos que indicassem as necessidades mais prementes do trecho rodoviário, as estimativas de investimento e a modelagem adequada para a viabilização do projeto com a participação do setor privado, o que resultou na estruturação da primeira PPP federal rodoviária.

Depois de uma análise do projeto inicialmente elaborado, o Ministério do Planejamento celebrou um termo de cooperação com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES – e com a *International Finance Corporation* – IFC –, instituição vinculada

⁶⁴ Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/ppp/conteudo/Institucional/institucional.htm>>. Acesso em julho/2007.

⁶⁵ Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/ppp/conteudo/Projetos/index.htm>>. Acesso em julho/2007.

ao Banco Mundial, para a realização de estudos técnicos mais aprofundados, relativos ao tráfego, modelagem econômico-financeira e modelagem jurídica do Projeto BR-116/324.

Aprovados pelo Conselho Nacional de Desestatização – CND, foram encaminhados para análise do Tribunal de Contas da União, quando, em sessão realizada em 7 de fevereiro de 2007, foram aprovados os procedimentos relativos ao primeiro estágio do acompanhamento da outorga de PPP BR-116/324, referentes ao estudo de viabilidade⁶⁶. Cabe notar ademais que o TCU estipulou a contraprestação máxima admitida em R\$ 37 milhões anuais.

3.2.1.2. Estágio atual

As versões finais do edital e do contrato, já com as sugestões de alteração que decorrem do processo de consulta e audiência pública realizadas no ano passado, deverão agora ser ultimadas pela ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres que as submeterá ao Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP para aprovação formal e autorização da abertura do procedimento licitatório.

3.2.2. Projeto Datacenter

Trata-se de um projeto para contratação de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, que tem por objeto a construção, o gerenciamento, a manutenção e a operação de infra-estrutura predial, a ser edificado em Brasília/DF, denominado Complexo Datacenter e a prestação, por 25 anos, de serviço de *co-location*, com a finalidade de abrigar e manter os equipamentos de tecnologia da informação – TI – e de telecomunicações dos contratantes, que são os membros do Consórcio Datacenter – Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

As minutas do edital de licitação e do contrato e a viabilidade econômico-financeira do projeto foram submetidas à análise do Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas, sendo aprovadas em setembro de 2006, quando foram então remetidas para consulta pública. Depois de algumas modificações no projeto, toda a documentação foi novamente submetida ao CGP, quando, em dezembro de 2006, foi autorizada a abertura da fase externa do procedimento licitatório. Em 23 de fevereiro de 2007, tornou-se pública a Concorrência nº 2007/001.

⁶⁶Ata nº 5, de 07 de fevereiro de 2007, disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/SESSOES/ATAS/PLENARIO/PLENARIO2007/ATA_5_PL-DE-07-02-2007.PDF>. Acesso em julho/2007.

Atualmente, segundo informações constantes nos *sites* do Banco do Brasil⁶⁷ e da Caixa Econômica Federal⁶⁸, a licitação encontra-se com a sessão para abertura das propostas adiada por conta da interposição de recursos na fase de habilitação.

3.2.3. Projeto BR 116/381 e BR 040

Existem dois projetos paralelos voltados para o desenvolvimento de infra-estrutura viária em rodovias situadas, predominantemente, em Minas Gerais, quais sejam, o Projeto BR-116/381 e o Projeto BR-040. Tais estradas apresentam problemas de infra-estrutura e deficiências de condições operacionais, necessitando de um amplo e intensivo programa de investimentos, de forma a recuperar e ampliar sua capacidade, dentro de um padrão mais adequado ao fluxo de tráfego, com o objetivo de reduzir os custos de transporte, logística e melhorar as condições para aumentar o desenvolvimento econômico regional e nacional.

Referidos projetos encontram-se, atualmente, em fase de estudos técnicos, desenvolvidos pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia, conveniada com a Universidade de São Paulo (FDTE-USP), contratada pelo BNDES, membro da Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas – CTP, buscando ter uma definição clara e precisa quanto às necessidades das rodovias, as estimativas de investimento e a modelagem de engenharia financeira adequada para a viabilização do projeto com a participação do setor privado, quer seja através da concessão tradicional ou através da concessão patrocinada.

3.2.4. Projeto Ferroanel de São Paulo

O projeto que envolve o Anel Ferroviário de São Paulo (Ferroanel) visa a aumentar a eficiência do Corredor de Transporte Transmetropolitano, de modo a reduzir o custo de transporte de cargas na área que abrange o Estado de São Paulo e sudoeste do Estado de Minas Gerais. construção do Ferroanel permitirá condições operacionais adequadas ao sistema ferroviário das regiões metropolitanas de São Paulo, Campinas e outros importantes centros urbanos do Vale do Paraíba.

Os estudos de viabilidade técnica e econômica do projeto estão sendo desenvolvidos pela Fundação Instituto de Administração, conveniada com a Universidade de São Paulo (FIA-USP), contratada pelo BNDES, os quais se voltam para a elaboração de estudos que

⁶⁷ Disponível em: <<https://www.licitacoes-e.com.br/aop/index.jsp>> . Acesso em: julho/2007.

⁶⁸ Disponível em: <http://www5.caixa.gov.br/fornecedores/licitacoes/datacenter_informativo.asp>. Acesso em julho/2007.

subsidiarão a estruturação do Projeto, compreendendo a elaboração e revisão de estudos técnicos de engenharia, demanda, meio ambiente, econômico-financeiro e jurídico-regulatório.

3.2.5 *Projeto de irrigação Pontal*

O Projeto Pontal consiste na implantação de perímetro de irrigação no município de Petrolina, região do semi-árido do Estado de Pernambuco, no nordeste do Brasil.

A estruturação desse projeto está sendo coordenada pelo Ministério da Integração Nacional e pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba. Em 2006, a CODEVASF contratou a *International Finance Corporation* – IFC (instituição vinculada ao Banco Mundial) para a elaboração da modelagem econômico-financeira e jurídica do projeto, os quais se encontram em fase final de discussão. Espera-se que a modelagem esteja concluída no primeiro semestre de 2007. Em seguida, o projeto será submetido à avaliação do Comitê Gestor de PPP - CGP, do Conselho Nacional de Desestatização - CND e do Tribunal de Contas da União - TCU.

3.2.6. *Projeto de irrigação Baixio de Irecê*

Considerado o maior projeto de irrigação do País, o Baixio de Irecê, corresponde a uma área de 59 mil hectares de área contínua entre os municípios de Itaguaçu e Xique-Xique no Estado da Bahia.

A estruturação desse projeto está sendo coordenada pelo Ministério da Integração Nacional e pela CODEVASF. Na concepção inicial do projeto, a concessionária, após montar toda a infra-estrutura, deverá arrendar lotes de terras a pequenos, médios e grandes produtores, e também operar o sistema de fornecimento de água. A expectativa é que o contrato tenha duração de 35 anos e que a infra-estrutura esteja totalmente concluída e em plena operação em 13 anos após a assinatura. Prevê-se com a implantação deste projeto incremento na produção de fruticultura, álcool e cana-de-açúcar, tanto para consumo interno quanto para a exportação.

O consórcio Codeverde/Lafico, formado pela Codeverde – empresa liderada pelo Grupo Odebrecht – e a estatal Líbia Lafico – *Li-byan Arab Foreign Investments*, demonstrou interesse pelo projeto e realizou os estudos de viabilidade bem como a modelagem jurídica, financeira e operacional. O Ministério da Integração firmou contrato com o Banco Mundial

(BIRD) para que a instituição realize uma análise crítica dos referidos estudos e modelagem do projeto, a qual tem previsão para que se conclua em setembro de 2007.

3.2.7. Sobre o Projeto Ferrovia Norte-Sul

Inicialmente apontado como um dos empreendimentos prioritários⁶⁹ que poderiam ser viabilizados mediante a contratação de parceria público-privada, na modalidade patrocinada, durante o aprofundamento dos estudos técnicos, contactou-se que sua implementação não requereria, em princípio, aporte de recursos públicos, o que o tornaria mais adequado para contratos de concessão comum.

3.3. Projetos estaduais

3.3.1. Competência legislativa

O art. 22, XXVII, da CF determina que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Fundamentando-se nisso, foi promulgada a Lei Federal nº 11.079/04, que institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Assim, como diploma de incidência nacional, suas normas deverão ser observadas por todos os entes da Federação.

No intuito de evitar discussões das quais já foram alvo alguns dispositivos das Leis nº 8.987/95 e 8.666/93, a Lei das PPPs reservou o Capítulo VI para disposições que, em vista de seu caráter específico, são aplicáveis apenas à União (artigos 14 a 22), as quais tratam, essencialmente, da criação de um órgão gestor das parcerias público-privadas federais (como já vimos, foi instituído o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal pelo Decreto nº 5.385/05) e do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP. Daí se extrai que as demais normas são de observância obrigatória para todos os entes que quiserem contratar através do regime de parceria público-privada, cabendo aos Estados e Municípios, se assim o

⁶⁹ Com a sanção da Lei 11.079 em dezembro de 2004, que institui as normas para licitação e contratação de PPP, o Governo Federal destacou, dessa carteira, alguns projetos para serem avaliados sob o ponto de vista da viabilidade de implementação por meio de PPP. Quatro critérios orientaram essa avaliação: (i) integração a corredor de exportação e impacto no desenvolvimento nacional; (ii) capacidade de geração de receita tarifária; (iii) interesse de investidores privados; (iv) nível de desenvolvimento do projeto. Em outras palavras, os projetos priorizados deveriam estruturar um corredor logístico estratégico, possibilitar a cobrança tarifária, despertar o interesse do setor privado e ter algum estudo técnico já desenvolvido - análise de demanda, viabilidade técnica, econômico-financeira ou estudo de impacto ambiental. O projeto da Ferrovia Norte-Sul foi o que obteve pontuação mais alta com base nesses critérios e foi, por isso, escolhido como prioritário.

desejarem, observando os parâmetros da Lei nº 11.079/04, legislando supletivamente, instituir suas especificidades próprias para contratos de PPP.

Antecipando-se à aprovação da Lei federal das PPPs, alguns Estados, promulgaram suas leis instituindo o regime de contratação das parcerias público-privadas. Foram eles: Minas Gerais (Lei estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003), Santa Catarina (Lei estadual nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei estadual nº 14.910, de 11 de agosto de 2004) e Bahia (Lei estadual nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004). Em âmbito municipal, Vitória (Lei municipal nº 6.261, de 23 de dezembro de 2004).

O Ceará promulgou a Lei nº 13.557, que, conforme sua ementa, institui o programa de parceria público-privada no âmbito estadual e dá outras providências, na mesma data da Lei federal: 30 de dezembro de 2004.

A promulgação da Lei federal das PPPs não fez com que tais diplomas perdessem sua validade. Apenas será necessário que ajustem suas disposições porventura conflitantes com normas gerais do marco legal federal, de forma a conformar-se com os delineamentos da modelagem contratual instituída em âmbito federal.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 11.079/04, outros Estados já exerceram sua competência específica, promulgando seu próprio marco legal das PPPs. É o caso do Rio Grande do Sul (Lei estadual nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005), Pernambuco (Lei estadual nº 12.765, de 27 de janeiro de 2005), Piauí (Lei estadual nº 5.494, de 19 de setembro de 2005) e Rio Grande do Norte (Lei Complementar nº 307, de 11 de outubro de 2005).

3.3.2. *Minas Gerais*⁷⁰

O Estado de Minas Gerais encontra-se bem adiantado em matéria de contratação de PPP. De fato, o Projeto MG-050, que iniciará a implantação do Corredor de Integração do Sudoeste Mineiro ao Estado de São Paulo, já está em fase de execução. Trata-se de um contrato de concessão patrocinada destinado à recuperação, ampliação e manutenção da rodovia MG-050. Já houve, em 21 de maio de 2007, a assinatura do contrato entre Minas Gerais e o Consórcio Bertin-Equipav, concessionária que irá operar e gerir a rodovia durante 25 anos, com investimento de R\$ 712 milhões.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos_ppp.htm>. Acesso em: julho/2007.

Ademais, estão-se desenvolvendo estudos para modelagem de PPP no setor penitenciário, em que, conforme informações fornecidas pela Unidade PPP do Governo de Minas Gerais, o setor privado terá autonomia para realizar adaptações no projeto arquitetônico especificado, construirá e operará os serviços de manutenção e de assistência ao detento. O projeto prevê a disponibilização de 3000 vagas prisionais por um prazo de 25 anos. Dentre os serviços que devem ser prestados pelo Parceiro Privado incluem-se: serviços de atenção médica de baixa complexidade interna ao estabelecimento penal; serviços de educação básica e média aos internos; serviços de treinamento profissional e cursos profissionalizantes; serviços de recreação esportiva; serviços de alimentação; assistência jurídica e psicológica; serviços de vigilância interna; e serviços de gestão do trabalho de preso.

O Poder Público permanece responsável pelas atividades de segurança armada nas muralhas e pela segurança externa à unidade, bem como pela supervisão, controle e monitoramento de todas as atividades.

A remuneração do parceiro privado será vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho dos serviços prestados. Os indicadores compreendem medições das atividades de assistência e apoio ao interno, bem como dos padrões de segurança praticados. Dentre os indicadores que foram definidos estão: o número de fugas; o número de rebeliões e/ou motins; o nível educacional dos internos; a proporção dos internos que trabalham; a quantidade e qualidade dos serviços de saúde prestados; a quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica aos internos

3.3.3. São Paulo⁷¹

O Estado de São Paulo também merece destaque no tocante à crescente utilização do regime de PPP.

Há que se falar do Projeto Linha 4 do metrô, que prevê a concessão, na modalidade patrocinada, de sua operação comercial, pelo prazo de 30 anos, ao parceiro privado, no caso, a Companhia de Concessões Rodoviárias (CCR), que tem também a responsabilidade pelo investimento na compra da frota de trens e de outros sistemas operacionais, como sinalização e controle; telecomunicações móveis e supervisão; e controle centralizado, em que os recursos estimados da iniciativa privada são da ordem de US\$ 340 milhões de dólares. Foi o primeiro contrato de PPP a ser formalizado no país

⁷¹ Disponível em: <<http://www.investimentos.sp.gov.br/portal.php/oportunidades/ppp/projetos>>. Acesso em julho/2007.

Encontra-se em fase de licitação, aguardando a realização de consulta pública, a concessão administrativa voltada para a melhoria da capacidade de operação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) na Estação de Taiacupeba (Sistema Alto Tietê).

CONCLUSÃO

Analizamos, ao longo deste trabalho, o regime jurídico das parcerias público-privadas, espécies de concessão de serviços, nas modalidades administrativa ou patrocinada, em que o parceiro privado será remunerado, total ou parcialmente, pelo parceiro público. Também deverá haver necessariamente a previsão em tais contratos do investimento do parceiro privado e do sistema de compartilhamento de riscos entre os pactuantes.

Promulgada a partir de projeto de lei de iniciativa do executivo, as PPPs buscam, eminentemente, suprir a falta de disponibilidade de recursos financeiros do Estado e aproveitar a eficiência de gestão do setor privado, voltando-se para atender crescentes demandas nas áreas de infra-estrutura de transportes, segurança pública, habitação, saneamento básico, saúde. Sua formatação jurídica é especialmente destinada para a captação de investimentos privados, contando com várias inovações que tornam as PPPs negócios vantajosos aos olhos dos particulares.

Apontamos as principais peculiaridades do regime jurídico das parcerias público-privadas, como a forma de contraprestação do particular, o compartilhamento de riscos entre as partes e o sistema de garantias criado especialmente para proteger o capital privado frente a eventual inadimplemento público, buscando-se sempre apresentar qual papel desempenharão no contrato e quais os posicionamentos doutrinários já existentes em relação à matéria.

Como se defendeu ao longo de nossa exposição, os contratos de PPPs devem ser utilizados apenas quando se demonstre a impossibilidade de se executar o objeto mediante outros instrumentos postos à disposição do Poder Público – daí seu caráter de subsidiariedade em relação às concessões comuns, disciplinadas na Lei nº 8.987/95, e aos contratos de execução de obra pública ou de prestação de serviços, regidos pela Lei nº 8.666/93.

Ademais, a especialização de um setor administrativo ao qual caiba a coordenação dos projetos de PPPs, desde seu estudo de viabilidade prática, passando pela formatação do edital e do contrato, os quais, repise-se, são extremamente complexos, até a fiscalização da execução, que envolverá o exame da qualidade do serviço prestado, em função da qual poderá variar a remuneração do parceiro privado, apresenta-se como um importante mecanismo capaz de contribuir com a utilização adequada de tais modelagens contratuais.

A austeridade em relação à contratação de PPPs faz-se necessária na medida em que tais ajustes comprometem o orçamento público por longos períodos e, caso o contrato não seja bem planejado, serão grandes as chances de serem frustradas as expectativas neles depositadas, quando caberá apenas aos contribuintes arcar com os prejuízos decorrentes.

REFERÊNCIAS

LIVROS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas – Comentários à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BRESSER PERERIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CARDOSO, Gustavo Brígido Bezerra. *Parceria Público-Privada: Origens Históricas, Experiências Internacionais e Principais Inovações*. In: NORÕES COSTA, Ana Edite Olinda (org.) *Estudos em Direito e Processo Administrativo*. Fortaleza: UNIFOR, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUKAI, Toshio. *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Licitações e Contratos Públicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *et al. Parcerias Público-Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

PERIÓDICOS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, abril/junho, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias Público-Privadas e a Constituição*. Revista de Direito Administrativo, nº 241. Rio de Janeiro, julho/setembro, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas – Art. 8º da Lei nº 11.079/2004*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em: março/2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Fundos Públicos Financeiros*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 65, Ano 13, Editora Revista dos Tribunais, novembro/dezembro, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. *A Função Econômica das PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio/junho/julho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-MARCOS%20BARBOSA.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2007.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. *Aspectos Metodológicos e Conteúdo Jurídico das Parcerias público-Privadas – PPP. Um aprimoramento do Modelo Contratual da Administração*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MARÇO-2007-MARCO%20AURELIO.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2007.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

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

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: julho/2007.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: julho/2007.

_____. *Lei nº 9.047*, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: julho/2007.

_____. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: julho/2007.

PALOCCI, Antônio e MANTEGA, Guido. *Exposição de Motivos ao Projeto de Lei nº 2.546/2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/182910.pdf>> . Acesso em: março/2007.