

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

GABRIELA PINHO DE BARROS

A REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS ENTRE AS PARTES
CONTRATANTES NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

FORTALEZA
2006

GABRIELA PINHO DE BARROS

A REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS ENTRE AS PARTES CONTRATANTES NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Déborah Sales Belchior

GABRIELA PINHO DE BARROS

A REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS ENTRE AS PARTES CONTRATANTES
NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 13 /07/2006

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Déborah Sales Belchior (orientadora)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Abimael Clementino Ferreira de Carvalho Neto
Universidade Federal do Ceará

Geórgia Marília Honorato Pinto
Bacharela em Direito

*Aos meus pais, pelo investimento em
minha educação, não apenas profissional,
mas também espiritual e pessoal,
permitindo que eu vencesse mais esta
etapa com êxito.*

AGRADECIMENTOS

Às minhas irmãs, Vanessa e Raísa, pela compreensão durante a elaboração do trabalho.

Ao querido Enio, pelo apoio incondicional, principalmente nos momentos em que achei que não conseguiria.

À sempre amiga Rebeca, pelas dicas e pelas correções pertinentes.

À minha orientadora Déborah, responsável pelo despertar de meu interesse pelo Direito Administrativo.

Aos amigos que fiz na Faculdade de Direito, pela amizade e pela compreensão a mim dispensadas.

RESUMO

Delineia a evolução político-econômica mundial propícia ao surgimento de delegações de atividades administrativas aos particulares. Analisa o surgimento das parcerias público-privadas. Diferencia as parcerias público-privadas das concessões ordinárias de serviços e de obras públicas, a partir do regime remuneratório aplicável a ambas. Traça um paralelo entre a alocação de riscos nestas modalidades de contratação entre a Administração Pública e a iniciativa privada. Demonstra a pesada onerosidade a cargo do Poder Público nos novos tipos de associação.

Palavras-chave: parcerias público-privadas; concessões; risco; repartição; regime remuneratório.

RESUMEN

Delinea la evolución político-económica mundial propicia al surgimiento de las delegaciones de actividades administrativas a los particulares. Analiza el surgimiento de las sociedades público-privadas. Diferencia las sociedades público-privadas de las concesiones ordinarias de los servicios y de las obras públicas, a partir de lo régimen remuneratorio aplicable a ambas. Traza un paralelo de la alocaión de riesgos en estas modalidades de contratación entre la Administración Pública y la iniciativa privada. Demuestra lo oneroso que queda a cargo del Poder Público estos nuevos tipos de asociación.

Palabras-claves: sociedades público-privadas; concesiones; riesgo; repartición; régimen remuneratorio.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	9
1 O DIREITO DE PARCERIA.....	12
1.1 A globalização dos mercados e as exigências do neoliberalismo.....	14
1.2 A evolução das formas de associação entre o Estado e a iniciativa privada.....	16
1.3 A reforma administrativa do Estado.....	19
2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	24
2.1 Breve histórico sobre o instituto.....	25
2.2 Natureza jurídica das parcerias público-privadas.....	28
2.3 Espécies de parcerias público-privadas.....	31
3 OS RISCOS NAS PARCERIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	35
3.1 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.....	37
3.2 Riscos nas concessões de serviços públicos.....	38
3.3 Riscos nas parcerias público-privadas.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	51

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Este trabalho tem como objeto principal de estudo as parcerias público-privadas, nova modalidade de contratação da Administração Pública com os particulares, com enfoque especial aos riscos inerentes a este tipo de contratação.

O interesse pelo tema abordado deu-se, principalmente, pela essência semelhante do instituto em relação às concessões de serviços e de obras públicas. As diferenças existentes são mínimas e residem, principalmente, no regime remuneratório de ambas.

O enfoque que se procura dar, ressaltando os riscos inerentes a este novo tipo de contratação entre a Administração Pública e os particulares, visa exatamente a distinguir a nova modalidade das concessões já existentes.

O ônus contratual de suportar a álea ordinária do contrato é a principal diferença das parcerias público-privadas em relação às concessões de serviço público, diferença que se procurará delimitar com clareza.

Almeja-se, então, distinguir as duas categorias, pelo aspecto mais determinante para a criação do novo tipo.

A abordagem desenvolvida, tendo por base a alocação de riscos em tais empreendimentos, atenta para o fato de que o novo tipo de associação entre o Estado e a iniciativa privada mostra-se bastante oneroso para o Poder Público. Poderá, ademais, esvaziar o conteúdo das concessões já existentes.

A metodologia utilizada foi a consulta de material bibliográfico específico.

O discurso de justificativa para a criação do novo instituto, por sua vez, afirma que as parcerias público-privadas servem ao propósito de investimentos em setores economicamente pouco atrativos, em sua maioria de infra-estrutura, para os

quais o Estado não dispõe de recursos. Busca-se solucionar o comprometimento da qualidade dos serviços prestados pelo Poder Público, diminuindo o desequilíbrio econômico do Brasil em relação aos países mais desenvolvidos.

As parcerias público-privadas surgem, então, como alternativa à Administração Pública carente de recursos e como idéia muito bem quista pelos particulares, que investirão com retorno certo do aporte de recursos realizado.

Assim, o trabalho se inicia por uma breve explanação acerca do surgimento da idéia de parceria, que sofreu grande influência, nas últimas décadas, do fenômeno da globalização e da política neoliberalista.

A seguir, passa-se a uma recapitulação do desenvolvimento deste direito de parceria no Brasil, abordando-se as privatizações, as concessões e as parcerias público-privadas, como expressão de tal direito.

A reforma administrativa do Estado, que encerra a primeira parte do trabalho, é analisada como providência necessária à adequação da Administração Pública brasileira ao novo cenário internacional, que impõe a idéia de Estado subsidiário, interventor apenas nas atividades em que tal se faz necessário.

Segue-se com o estudo específico acerca das parcerias público-privadas, analisando-se a inserção legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, o histórico do instituto e suas espécies. A investigação acerca da natureza jurídica é relevante para a determinação do regime jurídico a elas aplicável.

Por fim, chega-se ao ponto central do trabalho, que são os tipos de riscos envolvidos nas pactuações entre o Poder Público e os particulares.

Neste ponto, a análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos mostra-se salutar, tendo em vista ser necessário determinar se é extensível à nova modalidade de contratação.

O ponto culminante do trabalho está exatamente em sua última parte, em que se procede a uma clara divisão da alocação de riscos nas concessões comuns em contraposição à das parcerias público-privadas.

Conclui-se pela excessiva onerosidade a cargo do Estado nas novas modalidades de concessões – administrativa e patrocinada –, defendendo-se que seu uso deverá ser excepcional e em última instância, ante as pesadas garantias que devem ser prestadas pela Administração Pública nestes tipos de contratações.

1 O DIREITO DE PARCERIA

A idéia de associação entre o setor público e a sociedade, para a consecução dos fins da atividade estatal, surgiu, a partir de meados da década de 1980, como alternativa para o desenvolvimento de países como o Brasil, onde não se concebe a plena estabilidade econômica.

A introdução da idéia de parceria mostra-se interessante, a fim de aliviar a pesada carga suportada pela Administração Pública, ante o déficit infra-estrutural, que redundava no mau funcionamento dos serviços públicos em geral.

A falta de recursos públicos é inconteste e determinada por fatores diversos, principalmente políticos, tais quais a corrupção e o desvio de verbas públicas. Somam-se a isto os altíssimos custos de um Estado hipertrofiado, tal qual se viu a partir dos anos 1960 no Brasil, que é mantido basicamente pela elevada carga tributária a que se sujeita a classe média nacional.

Prega-se a remodelação do contrato social¹, que passaria a abranger apenas as atividades e os setores que não pudessem ser alcançados sem a interferência do poder central. O incentivo à atividade empresarial privada, em substituição às tradicionais formas de prestação de serviços públicos, surge como solução para a satisfação da sociedade em áreas essenciais.

Neste sentido, leciona Arnaldo Wald:

Na realidade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficácia e a ética, entre a rigidez do comando e a equidade.²

¹ O Contrato Social, obra do filósofo iluminista suíço Jean-Jacques Rousseau, foi publicada em 1762, em que seu autor supõe um estado da natureza degenerado numa condição embrutecida, sem lei nem moralidade, a um ponto em que a humanidade deverá optar por reunir suas forças, pois não pode criá-las, mas direcioná-las a fim de que se preservem a igualdade e a liberdade.

² WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 33.

Assim, as parcerias possibilitam a substituição da atuação administrativa do Poder Público pela atividade privada, com recursos e técnicas próprias.

A Administração Pública passa a poder exigir do particular empreendedor na seara pública, não apenas a boa execução do serviço delegado, mas a constante modernização das técnicas empregadas, tudo por conta e risco do empresário privado.

Esta noção de intervenção direta da sociedade nas atividades antes privativas do Estado ganhou destaque a partir da crise do socialismo real e do Estado do bem-estar social, com o fortalecimento do neoliberalismo econômico.

Sobre o assunto comenta Fábio Ulhoa Coelho:

[...] após o desmantelamento do modelo econômico do bloco soviético (o antigo “segundo mundo”), opera-se a desarticulação do estado de bem-estar social nas economias centrais do bloco capitalista (o antigo “primeiro mundo”) e dos seus incipientes rascunhos nas economias periféricas deste bloco (alguns países do antigo “terceiro mundo”). Numa palavra, constata-se que o estado capitalista está procurando readquirir um perfil liberal.³

O Estado passa, então, por crises em seus mais diversos segmentos, desde os mais básicos até os mais complexos. Verifica-se sua falência, de maneira mais evidente nos setores de infra-estrutura, em que os recursos públicos são ainda mais insuficientes, tendo em vista que, na maioria das vezes, são necessárias vultosas cifras para os investimentos em tal ramo.

As associações entre o Poder Público e a iniciativa privada são apresentadas como empreendimentos com possibilidades reais de retorno para os envolvidos. A Administração atinge objetivos sociais e econômicos, ou ainda políticos, ao passo que o empreendedor privado alcança os lucros almejados com a consecução de sua atividade.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

No panorama acima delineado, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou as denominadas parcerias público-privadas, que são uma das espécies de parceria do Estado com a iniciativa privada, com a inovação de previsão de garantias que poderão, e certamente serão, prestadas pelo Poder Público aos parceiros privados e aos financiadores deste tipo de projeto.

Neste capítulo, faremos uma breve retomada acerca das mudanças determinadas pela globalização e pelo neoliberalismo, passando-se à análise da crescente reformulação da intervenção da iniciativa privada nas atividades públicas, culminando, por fim, na reforma administrativa necessária para a implementação do novo modelo sócio-econômico.

1.1 A globalização dos mercados e as exigências do neoliberalismo

A partir do final do século XX, o mundo passou a conhecer um fenômeno de integração, não só econômico, como também político, a que se costuma denominar globalização.

Em termos não tão mediatos, pode-se afirmar que a mundialização, como a denominam os franceses, teve suas origens com o fim da Segunda Guerra Mundial. Este marco histórico-temporal tem mais importância no campo econômico, em que a maioria dos economistas sustenta o fim da Segunda Grande Guerra como causa determinante para a globalização dos mercados.

Em uma perspectiva mais imediata, a globalização decorre, fundamental e principalmente, no campo político, do fim da Guerra Fria, com a queda do Muro de Berlim em 1989 e com o fim do socialismo real na União Soviética, a partir de 1991.

O fenômeno de que ora se trata caracteriza-se pela revolução tecnológica nas comunicações e na eletrônica, pela nova divisão internacional do trabalho, pela formação de blocos econômicos nas diversas regiões do planeta e pelo surgimento de uma “cultura de massa”, supostamente universal.

A formação de blocos econômicos, tais como o Mercosul, o NAFTA e a União Européia, fez surgir a expressão “aldeia global”, em que há a integração desses mercados entre si, com a predominância da exploração das grandes corporações internacionais.

Neste contexto mundial acima exposto, destaca-se o surgimento do neoliberalismo, política econômica que tem como postulado básico a intervenção mínima do Estado, notadamente no campo econômico. No entanto, não apenas na economia, o neoliberalismo exige o Estado subsidiário. O aparato estatal como um todo deve ser reformulado, a fim de que as exigências globais, determinadas pelas corporações internacionais dominantes, sejam cumpridas. Manifesta-se Luís Carlos Lopes, da Agência Carta Maior:

O neoliberalismo consiste no principal instrumento político-econômico para se globalizarem os negócios, se (*sic*) terem padrões mundiais de consumo e se redesenharem as sociedades e os governos do mundo, de acordo com os interesses que se consideram, ironicamente, os mais justos e possíveis para o devir humano.⁴

Surge, então, a necessidade de se diferenciar crescimento e desenvolvimento, sendo aquele um dado meramente econômico, e este, “uma administração e uma legislação racionalizadas, a difusão do ensino, o recrutamento dos homens de empresa e a formação do capital de investimento necessário”⁵. Os

⁴ LOPES, Luís Carlos. **Globalização: argumentos e problemas**. Disponível em: <<http://agenciacartamaior.uol.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

⁵ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. Idem, p. 23.

Estados devem, assim, ter em mente seu desenvolvimento, não meramente seu crescimento econômico, ajustando-se aos postulados neoliberais.

O papel do Estado deve ser reformulado, neste diapasão, com a conseqüente reestruturação da principiologia do direito administrativo clássico, sugerindo, principalmente, iniciativa privada complementar à atividade estatal. Veja-se a este respeito o que diz Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

A onda crescente de delegação de serviços públicos sugere uma iniciativa privada complementar à atividade do Estado. Desregulamentação e desburocratização anunciam esse novo Estado, que pretende promover uma cidadania de usuários e de clientes.⁶

Neste contexto de reestruturação estatal, as associações entre o Estado e os particulares aparecem como a solução para a crise das instituições públicas e do Estado do bem-estar social como um todo. Atrela-se, desta forma, a idéia de desenvolvimento à de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada:

A formulação atual do direito do desenvolvimento está vinculada a uma idéia que é, ao mesmo tempo, antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a idéia de parceria. Parceria entre as nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre empresas concorrentes, parceria entre moradores do mesmo bairro, parceria entre o produtor e o consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes de empresa e, finalmente, parceria entre empregados e empregadores, com a participação nos lucros e com a função social atribuída à empresa.⁷

1.2 A evolução das formas de associação entre o Estado e a iniciativa privada

Especificamente no Brasil, as modificações determinadas pela política neoliberal começaram a ser implementadas a partir do Governo Collor (1990-1992), que iniciou a abertura econômica irrestrita ao capitalismo internacional. Nos

⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito administrativo, globalização e neoliberalismo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

⁷ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. Idem, p. 27.

governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002), teve início a onda de privatizações, passando-se à iniciativa privada a exploração de atividades que estavam a cargo do Estado. Em seguida, surgem as permissões e as concessões de serviços públicos, regulamentadas pela Lei nº. 8.987, de 13 (treze) de fevereiro de 1995. Atualmente, no governo Lula (2003-2006), foram introduzidas as parcerias público-privadas, como nova espécie de associação entre o Estado e os particulares, a partir da promulgação da Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, que serão o objeto de nosso estudo, no presente trabalho.

O sentido que se procura dar às privatizações, como a forma inicial de pactuação entre o Estado e a iniciativa privada, é restrito, pois contempla tão-somente a transferência de ativos ou de ações das empresas estatais para o setor privado. A privatização, neste diapasão, é disciplinada pela Lei nº. 9.491, de 09 (nove) de setembro de 1997.

Ocorre, porém, que existe conceito amplo para o instituto, que, conforme salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado”⁸.

A autora colaciona algumas tentativas da doutrina de sistematizar as medidas compreendidas em tal conceito amplo de privatização, entre os quais trazemos os seguintes:

[...] conjunto de decisões que compreendem, em sentido estrito, quatro tipos de atividades. Primeiro, a desregulação ou liberação de determinados setores econômicos. Segundo, a transferência de propriedade de ativos, seja através de ações, bens, etc. Terceiro, promoção da prestação e gestão privada de serviços públicos. E, quarto, a introdução de mecanismos e procedimentos de gestão privada no marco das empresas e demais entidades públicas⁹

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

⁹ RODRIGUEZ-ARANA *apud* DI PIETRO, Idem., p. 24.

[...] o autor acaba por definir a 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 privada¹⁰

Assim, levando-se em consideração a perspectiva ampla de conceituar o instituto, conclui-se que não apenas as privatizações em sentido estrito, como também as concessões e as permissões de serviços ou de obras públicas e, principalmente para o nosso estudo, as parcerias público-privadas, encerram em si a idéia ampla de privatização. Na verdade, não se está diante de um conceito acabado, mas de um processo aberto de diminuição das atividades estatais interventivas no domínio econômico.

A renomada administrativista arremata por fim:

Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado, inclusive a parceria público-privada, constituem formas de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização¹¹

Deparamos, então, com a idéia de Estado subsidiário. Este compreende as idéias de respeito às garantias e aos direitos individuais, de primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal, que passa a ser subsidiária, e de parceria entre os setores público e privado, visando, principalmente, ao bem comum.

Esta parceria, consistente na colaboração econômica entre o Estado e a sociedade, mostra-se adequada para diminuir o aparato estatal, delegando à iniciativa privada o desempenho de atividades antes levadas a cabo pela Administração Pública, tendo sempre por objetivo primordial a eficiência.

Não apenas no Brasil, mas na América Latina como um todo, este processo de reestruturação do Estado surge como conseqüência do processo de privatização, com incentivo à liberdade econômica, através das parcerias com o

¹⁰ ROJAS *apud* DI PIETRO, *Idem*, p. 24.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 26.

setor privado. Ainda com escólio nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da idéia de Estado subsidiário, o qual

desenvolve-se, de forma semelhante, em inúmeros países, como Chile, México, Bolívia, Argentina, Brasil, Uruguai, tendo sempre como objetivo diminuir o tamanho do Estado; de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa ao administrado, pela desregulamentação, pela eliminação de monopólios, pela aplicação de regras de livre concorrência, reservando-se ao Estado as tarefas de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como a de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos; de outro lado, buscando a eficiência nos serviços afetos ao Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços, menos formalistas, menos burocratizadas, reservando-se o regime publicístico para os serviços públicos típicos do Estado.¹²

Assim, torna-se necessária, para acompanhar toda a reengenharia do aparato estatal, a redefinição da noção de interesse público, que passa a ser considerado em dois níveis distintos. O interesse público primário refere-se aos cidadãos, ao passo que o secundário diz respeito à máquina administrativa. A Administração Pública, portanto, deverá adaptar-se ao novo cenário social, reformulando-se para atender aos anseios sociais, notadamente em prestígio ao interesse público primário.

Passa-se à análise da reforma administrativa realizada no Estado brasileiro, tida como indispensável para a adequação da máquina administrativa às exigências da nova ordem mundial.

1.3 A reforma administrativa do Estado

A partir da década de 1990, o Estado Brasileiro, poucos anos após o fim do Regime Militar (1964-1984), época em que o crescimento econômico do país praticamente inexistiu, de repente, deparou com a nova realidade estabelecida mundialmente, em decorrência da globalização, conforme acima exposto.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 36.

A abertura dos mercados nacionais, aliada ao crescimento do comércio internacional, determinou uma redefinição do papel do Estado. Assim, fez-se necessário reformar o aparato estatal, principalmente no âmbito do direito administrativo, para que o Poder Público deixasse de lado o modelo paternalista e burocrático do período da ditadura militar e se transformasse em gestor, com participação direta da sociedade.

Desta forma, para que o Brasil tivesse condição de se inserir no cenário mundial que se desenhava, procedeu-se a uma reestruturação da máquina administrativa, que passou a oferecer incentivos para a atividade econômica privada.

Não se trata, no entanto, de mera redução da intervenção do Estado, nos mais diversos setores, mas sim de adequação dele às funções que lhe cabem nas sociedades pós-modernas.

A reformulação da atividade estatal foi operada, inicialmente, com o estabelecimento, pela Constituição Federal de 1988, dos princípios gerais da atividade econômica, a partir de seu artigo 170¹³.

A livre iniciativa passou a ser fundamento da ordem econômica, que deveria ser organizada para assegurar a todos existência digna. Uma divisão mais eqüitativa do trabalho, para a promoção do bem-estar social, entre os particulares e os entes públicos, surge como alternativa à falência do modelo estatal então vigente.

Corroborando tal assertiva, Di Pietro assevera que

a Constituição apresenta alguns aspectos positivos, à medida que valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, indicando como princípios da ordem econômica e financeira a livre concorrência e, como reverso da moeda, a defesa do consumidor (art. 170); coloca o Estado como **agente normativo e regulador da atividade econômica** e atribui-lhe as funções de **fiscalização, incentivo e planejamento** (art. 174, *caput*); prevê que apóie

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I a V – *omissis*.

e estimule o **cooperativismo e outras formas de associativismo** (§ 3º do mesmo dispositivo)¹⁴.

Desponta, neste cenário, a privatização em sentido lato, como instrumento fundamental da redução do tamanho do aparelhamento administrativo estatal.

O desenvolvimento sócio-econômico do país passa a depender de uma produção de bens e de serviços mais eficiente e menos excludente. A transferência ao setor privado de atividades antes monopolizadas pelo Poder Público foi a solução encontrada.

Impende salientar que, neste panorama, a Reforma Administrativa mostrou-se necessária, principalmente pela minimização da intervenção estatal na economia, para que o país pudesse concorrer nos novos mercados que se formavam, em iguais ou, pelo menos, em não tão díspares condições.

Escrevendo sobre o assunto, Romualdo Flávio Dropa discorre:

Estas reformas devem envolver, basicamente, a descentralização do Estado, estímulo à privatização de atividades econômicas competitivas sustentáveis em regime de mercado, transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais, eficiência nas atividades administrativas, incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, o chamado Terceiro Setor, sem a dependência direta do Estado, mas com seu apoio e sua assistência.¹⁵

A reforma administrativa operada no Brasil, neste sentido, foi iniciada com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 19, de 04 (quatro) de junho de 1998. Tal normativo alterou diversos dispositivos constitucionais, dando nova feição às bases da Administração Pública, com fortes influências da administração privada, encerrando um modelo mais liberal, em contraposição ao modelo social da Carta Magna de 1988.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Idem, p. 44.

¹⁵ DROPA, Romualdo Flávio. **Reforma do Estado e Reforma Administrativa**. Disponível em <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

O ideal de eficiência na prestação de serviços públicos torna-se um paradigma a ser seguido, tendo, inclusive, sido acrescentado ao *caput* do artigo 37 da Constituição de 1998, como princípio da Administração Pública. Cria-se, então, um vínculo entre a sociedade e os agentes públicos, que passarão a ser fiscalizados pelos cidadãos, na prestação dos serviços.

A concepção do Estado evolui de monopolizador das atividades à de garantidor da prestação satisfatória dos serviços públicos em geral, o que não significa que a execução destes deva necessariamente ser feita pelo Poder Público.

Procede-se, então, à descentralização da atuação estatal, passando a atividade administrativa a ser exercida direta ou indiretamente pelo Estado.

A Administração direta efetiva-se por intermédio dos próprios órgãos da administração, configurando centralização administrativa. Ao passo que, através de transferência de atribuições a entes públicos ou privados, chega-se à idéia de descentralização administrativa.

A Administração indireta, assim, pressupõe a transferência da prestação de um serviço público, que, no contexto acima delineado, ocorre principalmente em favor da iniciativa privada.

Surgem as concessões de serviços públicos, que encerram delegação da titularidade do serviço, que deverá ser executado por conta e risco do concessionário, fiscalizado e controlado pela Administração Pública. O particular assume o risco do empreendimento, que pode ou não lograr êxito, tendo em vista que a forma fundamental de remuneração é a cobrança de tarifas dos administrados usuários do serviço.

O Estado assume novo papel, que é retratado por Marcos Juruena Villela Souto como de regulador da participação da sociedade na nova configuração da Administração Pública:

O Poder Público deve concentrar-se no planejamento e no controle da atividade, delegando a particulares, por meio de concessões e permissões previamente licitadas, a execução do serviço e a obtenção da respectiva remuneração pela cobrança de tarifas módicas.¹⁶

Há, portanto, prestação de serviço público essencial, sem que a Administração necessite investir diretamente, com recursos próprios, na atividade. Não significa, no entanto, que o particular arque, em sua totalidade, com os riscos da associação com o Poder Público. O assunto será objeto de estudo no tópico específico referente às concessões de serviços ou de obras públicas.

Surgiu, recentemente, por outro lado, uma nova fórmula de concessão, em que há diminuição ou, ao menos, inversão das situações de riscos nas contratações entre os setores público e privado, que é exatamente a parceria público-privada. Nesta nova modalidade de concessão, a iniciativa privada obtém a remuneração, em parte, pelo próprio ente estatal delegador do serviço, que passará, outrossim, a suportar riscos antes suportados pelo particular contratante.

Passemos à análise do novo instituto, destacando, por fim, a nova configuração das contratações com a Administração Pública.

¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 4.

2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Em termos legislativos, as parcerias público-privadas foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, através de leis estaduais dos Estados de Minas Gerais, de Santa Catarina e de São Paulo.

Vê-se uma patente incongruência: a elaboração de normas específicas (estaduais) antes da elaboração da norma geral (federal).

Logo em seguida, foi publicada a Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, instituindo normas gerais para licitação e para contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública da União, dos Estados e dos Municípios.

Os diplomas legais em referência permitem conceituação dupla do instituto, uma levando em conta o sentido amplo, e outra, o sentido restrito da expressão.

Este é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld ao tentar delimitar o tema:

Em sentido amplo, parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral.¹⁷

O principal objetivo que se busca alcançar com o disciplinamento jurídico de tal instituto é a geração de compromissos financeiros por parte do Estado e em favor da iniciativa privada, que sejam firmes e que tenham longa duração. Cria-se um sistema de garantias, idealizado para a proteção do concessionário contra o possível inadimplemento do concedente, quando o contrário deveria prevalecer.

Comentando o novo instituto, Jacintho Arruda Câmara assevera que

A atual falta de poder de investimento do Estado seria resolvida por intermédio dessa nova fórmula de parceria, que atribuiria ao particular o ônus do financiamento no empreendimento público. Em troca, o investidor

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

privado teria direito de receber uma dada contraprestação, do próprio Estado, ao longo de um período de exploração econômica do empreendimento (serviço ou obra pública).¹⁸

Vê-se, portanto, o seguimento dos programas de privatização *lato sensu*, que se iniciaram, no Brasil, a partir da década de 1990.

Neste capítulo, trataremos dos aspectos gerais que envolvem as parcerias público-privadas, conceituando-as, definindo suas espécies e delimitando o regime jurídico a elas aplicável.

2.1 Breve histórico sobre o instituto

As parcerias público-privadas, da forma como atualmente existem no Brasil, surgiram na Inglaterra, sob a denominação de *public-private partnership*. A partir de 1992, com Margaret Thatcher¹⁹ como primeira-ministra britânica, passaram a ser a principal via de pactuação entre a Administração Pública e os particulares, como forma de investimentos públicos. Em seguida, o atual primeiro-ministro britânico, no cargo desde maio de 1997, Tony Blair, passou a dar total apoio às contratações sob a forma de parcerias público-privadas, firmando contratos de expressivas cifras.

O surgimento e o aprimoramento do instituto na Grã-Bretanha decorreram, fundamentalmente, do ambiente propício lá instaurado pelo neoliberalismo econômico, a partir da década de 1990. O Poder Público, neste panorama, garante a provisão de parte dos serviços, ao passo que o parceiro

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), *Idem*, p. 160.

¹⁹ A dama de ferro, como ficou conhecida em razão de seu estilo direto e autoritário, primeira mulher européia a ocupar o cargo de primeiro-ministro, tornou-se primeira-ministra da Grã-Bretanha em 04 (quatro) de maio de 1979 e permaneceu no comando do Reino Unido durante 11 (onze) anos. Elaborou um programa rigoroso para inverter a crise da economia britânica, mediante a redução da intervenção estatal. Os seus postulados principais foram o liberalismo e o monetarismo estritos.

privado planeja, executa e mantém a infra-estrutura criada, que pode abranger os setores de transporte, de saúde e de penitenciárias, por exemplo.

As parcerias público-privadas, no entanto, não ficaram restritas ao território inglês, mas foram implementadas, igualmente com êxito, em outros países europeus, tais quais França, Itália, Holanda e Irlanda. Na América Latina, por sua vez, destacam-se México e Chile.

Saliente-se, por outro lado, a implementação não exitosa do instituto em Portugal. Neste país, que se assemelha muito mais ao Brasil que a Inglaterra – em termos econômicos, principalmente –, a inserção das parcerias público-privadas, notadamente na área de saúde pública e no sistema rodoviário, não se mostrou satisfatória.

A proposta das parcerias público-privadas visa, principalmente, à retomada de investimentos nos setores de infra-estrutura, em que o risco de fracasso, em termos de retorno financeiro, é alto e bastante provável, dadas a complexidade e a dimensão da obra. O economista Ibrahim Eris leciona a este respeito:

Mas há ainda situações que se caracterizam pela ausência de rentabilidade, isto é, lucratividade positiva do ponto de vista do setor privado, embora, possa haver rentabilidade ou retorno social positivo, do ponto de vista do setor público. Logo, para “vender” esse serviço, esse bem ou esse direito ao setor privado, o Poder Público não pode cobrar um preço positivo, já que o bem, serviço ou direito não gera rentabilidade suficiente para ter um preço desta natureza. Ou seja, possui um preço negativo.²⁰

A necessidade de investimento em infra-estrutura é de fundamental importância para o crescimento sustentável, segundo visão estritamente econômica. Os problemas de infra-estrutura atravancam o crescimento econômico do país, principalmente o desenvolvimento da atividade produtiva.

²⁰TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 169.

Especialmente no Brasil, país considerado em desenvolvimento, as parcerias público-privadas surgem “no intuito de reduzir as deficiências no financiamento das obras necessárias, já que desobriga o Estado de arcar sozinho no setor de infra-estrutura”²¹. O enfraquecimento da capacidade de investimento do Estado brasileiro, com o crescente endividamento externo, a partir da década de 1990, é fator determinante para a importância conferida ao novo instituto, que passa a concentrar a esperança de que empresas privadas operem de maneira mais eficiente as atividades tradicionalmente desempenhadas pelo setor público.

Neste sentido, Luis Nassif preleciona, em artigo publicado na seção Folha Dinheiro, do Jornal Folha de São Paulo:

A PPP é instrumento para o Estado entrar com recursos para reduzir o risco privado em obras que não são auto-sustentáveis ou cujo processo de maturação é indefinido. É uma forma de reduzir os riscos não-administráveis (que não dependem da empresa) do projeto.²²

Ives Gandra da Silva Martins, também em citado periódico, desta feita na seção Opinião:

Efetivamente, tanto quanto o combate à inflação e em complemento ao mesmo, a introdução da parceria moderna no direito brasileiro pode ser o grande catalisador do desenvolvimento de nosso país, em clima de estabilidade econômica, dominado pela moralidade pública e empresarial.²³

As parcerias público-privadas continuam a política de privatizações, muito embora de forma mais amena, tendo em vista que o Estado passa a garantir um mínimo de retorno financeiro em investimentos nos quais este é baixo e incerto, sem transferir a titularidade do serviço ao parceiro privado. Frise-se, ademais, que,

²¹ GONÇALES, Andrés Garcia. **Parceria público-privada: apontamentos gerais**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

²² NASSIF, Luís. **Mitos sobre a parceria público-privada**. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito de parceria**. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

ao oferecer retorno financeiro mínimo ao parceiro privado, o ente público age como se estivesse emitindo dívida pública.

As pactuações firmadas sob a nova modalidade encerram vantagens sociais, econômicas e políticas para o Poder Público, não se prestando à privatização ou à concessão pura. É de salutar importância que restem firmemente delineados os marcos regulatórios setoriais de ambas as partes contratantes, uma vez que os objetivos almejados são diversos. O parceiro privado conta com o retorno do investimento e o lucro dele proveniente, ao passo que o público tem em vista a reestruturação do pronto atendimento das necessidades públicas.

Assim, tem-se como válida, por parte da doutrina, a tentativa brasileira de importar o instituto anglo-saxão para nosso ordenamento, havendo quem considere a Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, “ao mesmo tempo, juridicamente confiável e eficiente economicamente”²⁴.

Em linhas gerais, eis o histórico das parcerias público-privadas, desde sua criação até sua introdução no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 Natureza jurídica das parcerias público-privadas

O instituto objeto de nosso estudo consiste, conforme salientado, em uma das diversas formas de associação entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Conceituando-o, escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público²⁵

²⁴ TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). Idem, p. 28

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 161.

Marçal Justen Filho, citado por Luiz Alberto Blanchet, leciona que

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.²⁶

O diploma normativo que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, tenta conceituar o instituto em seu artigo 2º, no *caput* e em seus parágrafos 1º e 2º. Seguem as disposições legais:

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

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

§ 2º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.²⁷

As regras acima transcritas definem as parcerias público-privadas como contrato administrativo, delimitando o objeto, em cada uma de suas espécies. A lei instituidora, em verdade, não é uma lei geral de parcerias, mas normativo que trata de duas espécies de concessão, denominadas administrativa e patrocinada.

Tem-se, desta maneira, que o artigo 175²⁸ da Constituição Federal trata das concessões em geral, que podem ser executadas sob a forma de concessão comum ou de parceria público-privada, esta, por sua vez, nas modalidades de concessão administrativa ou patrocinada. A diferenciação entre os três modelos dá-se, precipuamente, pelo regime remuneratório de cada um deles.

²⁶ JUSTEN FILHO *apud* BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2005, p. 21.

²⁷ **BRASIL**. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

²⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em ambas as modalidades de parcerias público-privadas, o poder concedente arca com, pelo menos, parte do ônus do pagamento do contrato, conforme salienta Jacintho Arruda Câmara:

As concessões patrocinadas apresentam como peculiaridade a previsão legal de participação do parceiro público no pagamento do concessionário, juntamente com o usuário, de quem são cobradas as tarifas. As *concessões administrativas* são assim definidas porque o parceiro público (Administração) é quem recebe, direta ou indiretamente, o serviço a ser prestado pelo parceiro privado e, nessa condição, assume o ônus relativo ao seu pagamento.²⁹

Excluem-se do âmbito das parcerias público-privadas, por outro lado, as concessões de serviços públicos ou de obras públicas, denominadas pela lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, como concessões comuns, tomando por base a presença ou a ausência de contraprestação do parceiro público ao privado. A tal conclusão se chega pela interpretação *a contrario sensu* do § 3º do mesmo artigo 2º:

§ 3º. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.³⁰

A remuneração ao executor do serviço ou da obra por parte do Poder Público surge como a principal distinção, em um primeiro plano, dos institutos referidos.

Assim, sob pena de se configurar a concessão comum, em ambas as modalidades de parcerias público-privadas, existe a contraprestação pecuniária por parte da Administração Pública, que será total ou parcial, a depender da modalidade.

A esta contraprestação pecuniária, entretanto, impôs-se um limite percentual de até 70% (setenta por cento), que pode ser afastado mediante

²⁹SUNDFELD, Carlos Ari. Idem, p. 177.

³⁰**BRASIL.** Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

autorização legislativa específica, conforme se percebe pela leitura do parágrafo 3º do artigo 10 da Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004³¹.

A previsão, em percentual tão elevado, elimina quase completamente o risco do empreendimento, tendo em vista que “o esquema de colaboração idealizado para as parcerias público-privadas permitirá que o Estado garanta ao investidor privado o retorno do seu investimento”³². O assunto será abordado no tópico específico sobre os riscos das contratações de parcerias público-privadas.

A prestação do serviço concedido, entretanto, terá duração, no mínimo, de 05 (cinco) anos, sendo este lapso temporal período mínimo a que o concessionário ficará sujeito ao risco de prejuízo econômico decorrente da má execução da infra-estrutura objeto do contrato.

Trata-se de contratos administrativos que visam ao atendimento de serviços públicos que não são economicamente auto-sustentáveis. Este é exatamente o que defende Jacintho Arruda Câmara, pois entende que

As PPPs serão úteis para viabilizar a delegação à iniciativa privada de empreendimentos que, sob prisma técnico ou econômico, não tenham como se viabilizar mediante remuneração provinda exclusivamente de tarifas cobradas de usuários. São casos em que, pela baixa capacidade contributiva dos usuários ou pela insuficiente demanda prevista para determinado serviço, não se tenha como remunerar o investimento necessário à oferta do serviço com base exclusivamente na receita derivada de tarifas.³³

2.3 Espécies de parcerias público-privadas

Vimos, pelos dispositivos legais transcritos, que há duas espécies de parcerias público-privadas.

³¹ § 3º. As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

³² TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). Idem, p. 177.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. Idem, p. 178.

A primeira delas é, exatamente, a concessão patrocinada, que nada mais é do que a concessão comum de serviços ou de obras públicas, em que a remuneração do concessionário, no entanto, acrescenta à tarifa cobrada dos usuários do serviço contraprestação pecuniária por parte do poder concedente. Comungam este entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sunfeld, ao disporem, respectivamente, que

É possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.³⁴

Concessão patrocinada é – juntamente com a concessão comum – espécie do gênero “concessão de serviço público”. Por isso, a ela se aplica o regime da legislação geral desse gênero de contratos (a Lei de Concessões e outras correlatas, como a Lei federal 9.074/1995), com o complemento das normas da Lei das PPPs (art. 3º, § 1º).

O que peculiariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, que deve incluir tanto tarifa cobrada aos usuários como contraprestação do concedente em forma pecuniária.³⁵

Constata-se que, na essência, a concessão comum e a patrocinada são muito semelhantes. Prova disso é que o regime jurídico daquela é aplicável a esta subsidiariamente.

A concessão comum, na dicção da lei, é aquela em que o concedente não repassa contraprestação em pecúnia ao concessionário. A remuneração dá-se, estritamente, através das tarifas pagas pelos usuários ou por intermédio de receitas alternativas.

Estabelece, de maneira clara, a diferença entre a concessão comum e a patrocinada Carlos Ari Sunfeld, ao afirmar que

Tanto a concessão comum como a patrocinada têm o mesmo objeto: a prestação de serviços públicos pelo concessionário ao administrado. A diferença entre elas é apenas a forma de remuneração: enquanto na concessão comum o concessionário recebe tarifas dos usuários e, eventualmente, receitas alternativas não oriundas dos cofres públicos, na

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 162.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Idem, p. 28.

concessão patrocinada a remuneração inclui um adicional de tarifa pago pela Administração.³⁶

A concessão administrativa, por sua vez, segunda modalidade de parceria público-privada, é aquela em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta do serviço prestado, ficando a seu cargo as responsabilidades de cunho econômico envolvidas no contrato. Não se trata, exatamente, de execução de serviço público, mas de prestação, ou seja, realização de atividade material da Administração Pública, o que torna o conceito próximo ao de empreitada, prevista na Lei de Licitações. O contrato desta espécie de concessão de serviços ao Estado inclui a realização de investimentos privados para criar, ampliar e recuperar a infraestrutura pública.

Diferenciando as duas espécies de parcerias público-privadas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que

A lei aprovada (Lei nº. 11.079, de 30-12-2004) prevê duas modalidades de parceria – a concessão patrocinada e a concessão administrativa – em que a forma de remuneração abrange, total ou parcialmente, a contribuição pecuniária do poder público. Na concessão patrocinada, essa contribuição soma-se à tarifa cobrada do usuário. Na concessão administrativa, toda a remuneração fica por conta do poder público, porém com a vantagem, para o mesmo, de que ela somente se iniciará após o início, total ou parcial, da prestação do serviço.³⁷

Percebe-se o propósito claro de disciplinar normas que garantissem aos concessionários de serviço ou de obra pública garantias de pagamento de adicional de tarifa.

Ademais, há a tentativa de privatizar a Administração Pública, tendo em vista que grande parte das funções administrativas do Estado, que antes não podiam ser desempenhadas pela iniciativa privada por ausência de permissão para

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Idem*, p. 35.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 159.

tanto na legislação, serão executadas pelo setor privado, não importando a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

3 OS RISCOS NAS PARCERIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O risco, da maneira como focado neste trabalho, refere-se à incerteza de ocorrência do resultado almejado com a execução do empreendimento pactuado. Verifica-se em qualquer tipo de negócio, resultando das próprias flutuações do mercado.

Os tipos de riscos envolvidos dependerão de fatores diversos, o que instiga os financiadores de projetos, em especial os de grande porte, tais quais aqueles que se objetivam executar com as parcerias público-privadas, a perscrutarem as incertezas envolvidas em seus investimentos.

Como é cediço, a iniciativa privada é movida pela idéia de maximização dos lucros e de diminuição, na maior escala possível, dos riscos em torno de seus empreendimentos.

Passemos a uma breve explanação sobre os tipos de riscos geralmente presentes em projetos de grande porte, adotando-se a sistematização feita por Hardcastle e Boothroyd, noticiados por Alexandre Wagner Nester³⁸.

Primeiramente, vislumbra-se o **risco de mercado**, que decorre das mudanças operadas no sistema econômico como um todo. Em termos de concessões de serviços públicos, a variação da taxa de consumo do serviço pode ser enquadrada como risco de tal espécie.

Em seguida, fala-se em **risco de crédito**, que resulta do maior ou menor inadimplemento dos usuários de determinado segmento.

Ressalta-se, também, o risco oferecido pela parte contrária, ou seja, em nosso caso específico, os **riscos oferecidos pelo Estado**. Estes decorrem,

³⁸ TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). Idem, p. 179.

fundamentalmente, do regime jurídico aplicável aos contratos administrativos. A observação que se faz, neste ponto, é em relação à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deverá ser mantido, por expressa determinação constitucional.

Os **riscos operacionais**, por sua vez, ocorrem na execução de determinada transação, em razão de falhas de sistemas, descontrolo de informações etc.

O **risco regulatório**, por outro lado, diz respeito às modificações regulamentares (legislativas ou não) que podem efetivadas durante a execução da contratação. Neste sentido, surge a hipótese de fato do príncipe, adiante desenvolvida.

Por fim, mas não menos importante, especialmente no Brasil, tem-se o **risco político**. A alteração da orientação política, em determinado momento, pode ser maléfica às pactuações feitas sob a égide de orientação outra, o que pode acontecer em função da troca de governantes, por exemplo, ou, ainda, a mudança de política econômica do país. A retomada de um modelo mais intervencionista, em detrimento do modelo neoliberal, pode servir de ilustração para este tipo de risco.

Estes são os aspectos mais relevantes em termos dos riscos que possam vir a influenciar, direta ou indiretamente, nas concessões *lato sensu*. A divisão a que se procedeu não é exaustiva em referência a todos os tipos de riscos que podem girar em torno dos empreendimentos, nem as espécies aqui citadas são excludentes entre si. Assim, pode ocorrer, como sói acontecer, de determinados riscos coexistirem em relação a determinado projeto desenvolvido, em parceria, pela iniciativa privada e o Poder Público.

3.1 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Traduz-se em garantia conferida ao contratante com a Administração Pública de equivalência entre as obrigações assumidas por ocasião da contratação e o retorno econômico que será obtido.

Decorre diretamente do dispositivo do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, que estabelece que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”³⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello confirma tal posicionamento:

Aliás, a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*. É que resulta de *dispositivo constitucional*, o art. 37, XXI, pois, de acordo com seus termos, obras, serviços, compras e alienações serão contratados *com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*.⁴⁰

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, delimita o sentido da expressão, aduzindo que

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação.⁴¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, define

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.⁴²

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 578.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 176.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 114.

Assim, sempre que o equilíbrio contratual for quebrado, ele deve ser restabelecido, de maneira a evitar sua rescisão, tendo em vista o princípio administrativo da continuidade dos serviços públicos.

Prestigia-se, em tais situações, o respeito mútuo que deve haver entre os contratantes, principalmente em atenção ao princípio da boa-fé, levando-se em conta que os particulares são colaboradores da Administração Pública.

Surge, então, a necessidade de conciliar o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e ao fim maior buscado pela Administração Pública, que é o pronto atendimento dos anseios sociais.

Ganham espaço, neste contexto, as teorias da imprevisão, do fato da Administração e do fato do príncipe, conferindo certa mutabilidade aos contratos administrativos, em detrimento dos princípios tradicionais dos contratos em geral, principalmente o da *pacta sunt servanda*.

A necessidade de determinação das hipóteses em que ambos os contratantes – Poder Público e iniciativa privada – arcarão com os riscos envolvidos na contratação mostra-se premente, dividindo-se as áleas ordinária e extraordinária entre os parceiros.

A depender do tipo de concessão de que se tratar, esta repartição será diversa, conforme passaremos a demonstrar.

3.2 Riscos nas concessões de serviços públicos

As concessões de serviços públicos são definidas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como sendo

O contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio

nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.⁴³

O jusadministrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define o instituto

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita presta-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.⁴⁴

A disciplina legal das concessões de serviços públicos encontra-se nas Leis nº. 8.987, de 13 (treze) de fevereiro de 1995, 9.074, de 07 (sete) de julho de 1995 e 9.648, de 27 (vinte e sete) de maio de 1998.

A definição das concessões é dada pelo inciso II do artigo 2º da Lei nº. 8.987, segundo o qual:

[...] considera-se 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.⁴⁵

O dispositivo legal mencionado, no entanto, não contempla todas as características das concessões, pois sequer menciona que se trata de contrato administrativo. A esta conclusão se chega pela disposição do artigo 4º da mesma lei⁴⁶.

Assim, tem-se que as concessões são espécies de contratos administrativos, em que há a delegação pelo Poder Público da prestação de determinado serviço público, sob conta e risco do concessionário, que obterá sua

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 93.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 652.

⁴⁵ **BRASIL**. Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

⁴⁶ 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.

remuneração pela exploração direta do serviço, que, na maioria das vezes, dá-se pelo pagamento de tarifas pelos usuários do serviço.

Nestas formas de associação entre particulares e o Estado, portanto, a iniciativa privada suporta o risco normal (econômico) do contrato, sua *álea ordinária*. A Administração Pública fica desobrigada do risco financeiro do empreendimento. Alexandre Wagner Nester leciona sobre o tema, referindo-se a Caio Tácito:

[...] o autor cuidou de distinguir a *álea ordinária* do empreendimento, que fica a cargo do concessionário, da *álea extraordinária*, decorrente de evento imprevisível ou unilateral da Administração, que fica coberta pela garantia da manutenção da cláusula econômico-financeira do contrato administrativo.⁴⁷

Verifica-se, portanto, nas concessões de serviços públicos, dois tipos de riscos envolvidos: o risco normal ou ordinário, decorrente da própria exploração do serviço público, e o risco extraordinário ou imprevisível, que é extracontratual, consubstanciado nas hipóteses de força maior, de caso fortuito ou de fato do príncipe – *álea administrativa* – ou de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências retardadoras ou impeditivas da execução do contrato – *álea econômica extraordinária*.

O risco normal está diretamente ligado à taxa de consumo do serviço prestado, que será maior ou menor, de acordo com as mudanças do sistema econômico como um todo (por exemplo, a inflação).

A iniciativa privada em pactuação com o Poder Público explora o serviço que lhe foi delegado, levando sempre em conta os princípios de direito público, com o fito de obtenção de lucro, sob o menor risco possível.

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). Idem, p. 182

Nas concessões puras, o risco ordinário fica a cargo do concessionário, que presta o serviço público por sua conta e risco. O Estado, portanto, não remunera diretamente o particular que presta o serviço delegado. Trata-se, desta forma, do “risco de que as tarifas a serem cobradas durante a execução do contrato serão suficientes para cobrir o investimento realizado”⁴⁸.

Em um contexto em que ainda não se pensava nas parcerias público-privadas como forma de associação entre o Estado e a iniciativa privada, Marçal Justen Filho ensinava:

Se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configura ‘concessão’. Aliás, na medida em que o delegatário não concorresse com uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe uma parcela dos lucros.⁴⁹

A idéia de contraprestação pecuniária do ente público ao contratante privado, que foi trazida pelas parcerias público-privadas e que é ponto distintivo fundamental entre os institutos, era rechaçada pela doutrina, que considerava a hipótese absurda ao ponto de defender a impossibilidade de percepção de lucros, sem a prévia assunção dos riscos.

Assim, em se tratando de concessão comum, o investidor privado suportará o risco econômico do negócio, que será transferido do titular do serviço – ente público – para o contratante delegatário.

Em caso de resultado positivo, ou seja, de obtenção de lucro com a prestação desenvolvida, o retorno financeiro positivo reverte ao concessionário.

É necessário que se faça, no entanto, a advertência de que, em termos práticos, quem acaba suportando o risco econômico das concessões são os próprios

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). Idem, p. 183.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos** (Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995). São Paulo: Dialética, 1997, p. 67.

usuários do serviço prestado, em claro desrespeito ao princípio da modicidade das tarifas, pois as concessões tornam legítima a transferência de riquezas da sociedade para o concessionário.

Ao lado do risco ordinário, existe ainda o extraordinário, ou seja, imprevisível e extracontratual.

Relativamente às concessões comuns, esta álea extraordinária está disciplinada no artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº. 8.666, de 21 (vinte e um) de junho de 1993, ao prever a possibilidade de alteração do contrato administrativo, por acordo das partes, a fim de

[...] restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.⁵⁰

O sistema cuidou de prever hipóteses de alteração dos contratos, para manter a cláusula de equilíbrio econômico-financeiro a eles inerentes. Trata-se, em verdade, de impossibilidade material de dar seguimento ao acordado, nos termos iniciais, pois fatos supervenientes o impedem. Não há culpa do concessionário, uma vez que o evento é irresistível e imprevisível.

É aplicável, nesta seara, primeiramente, a Teoria da Imprevisão, cujo fundamento é a cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual subsiste o dever de cumprimento do acordo, enquanto se verificarem as mesmas condições em que fora firmado. As inovações que influem na execução do contrato, provocando o rompimento de seu equilíbrio econômico-financeiro, determinam a modificação dos termos fixados, a fim de que se dê continuidade à pactuação.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Outra situação contemplada pelo dispositivo legal transcrito é a de fato do príncipe. Eis uma hipótese de álea administrativa, verificável sempre que o Estado, mediante ato lícito e sem conexão direta com o contrato, modifica, de maneira reflexa, as condições de seu cumprimento. As condições efetivas da proposta, apresentadas durante a licitação que antecede a contratação, devem ser mantidas, ficando a cargo da Administração Pública o ônus de garanti-las.

Seguem-se as hipóteses de caso fortuito e de força maior, que também encerram situações de impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais.

Em relação a estes, a doutrina, de maneira geral, não está em consenso quanto à conceituação de cada um. Dividem-nos em situação extraordinária decorrente de eventos da natureza e situação resultante de fato causado pela vontade humana, residindo a discussão em torno do que seria cada um deles. A discussão, no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, é inócua, pois ambas as situações provocam exatamente os mesmos efeitos. Comunga desta opinião José dos Santos Carvalho Filho, considerando que

Na verdade, consideramos que, em tempos atuais, a distinção entre caso fortuito e força maior deve ser relegada a plano de total irrelevância, e isso não somente porque os autores divergem profundamente sobre tais conceitos, mas também porque, em última análise, são idênticos os efeitos decorrentes de ambas as figuras. Por esse motivo, preferimos abrigar as duas hipóteses dentro da expressão **fatos imprevisíveis**, que enseja o núcleo básico de interpretação dos institutos: a imprevisibilidade.⁵¹

Nos casos acima explicitados, igualmente há rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deve ser restabelecido, se possível, para a continuação da execução do contrato.

As hipóteses acima delineadas configuram inexecução do contrato firmado, a menos que seja possível o restabelecimento das condições de

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Idem, p. 187.

cumprimento do pacto, devendo ser o ônus delas decorrentes suportados pela Administração Pública.

Assim, nas concessões comuns, a álea ordinária, ou seja, o risco normal do empreendimento, é suportada pelo particular contratante, ao passo que a álea extraordinária é de responsabilidade do poder concedente.

3.3 Riscos nas parcerias público-privadas

Vimos que a distinção entre os tipos de concessão atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro dá-se em razão da natureza da remuneração que será ofertada ao particular contratante com a Administração Pública.

Especificamente em relação às parcerias público-privadas, resta claro que a garantia de retorno de grande parte do investimento, em função da contraprestação pecuniária ofertada pelo poder concedente, funciona como principal atrativo para o empreendedor privado.

Note-se que não há óbice constitucional a que haja complementação da receita por parte do Estado, mas não se concebe que o risco do empreendimento seja eliminado, o que pode vir a acontecer com a aplicação das normas regentes das parcerias público-privadas no Brasil, da forma como existem atualmente.

Manifesta-se Marçal Justen Filho acerca do tema:

Não há vedação constitucional a que recursos estatais sejam aplicados na manutenção de atividades concedidas. O que se rejeita é a eliminação do risco empresarial.

.....
A concessão exige a vinculação entre a remuneração do concessionário e seu desempenho empresarial, mas não impõe que tal seja proveniente privativa e exclusivamente da exploração do serviço.⁵²

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

O fato de haver previsão de complementação de receita pelo ente público concedente, por si só, não atenta contra a ordem constitucional, pois, conforme salienta o autor acima citado, a vedação não existe no sistema. Isto em relação à remuneração.

Passemos à análise da repartição de riscos, ordinário e extraordinário, entre os parceiros público e privado, nas concessões administrativa e patrocinada.

Acerca das garantias prestadas pela Administração Pública nestes tipos de contratação (parcerias público-privadas), desmistificando a idéia de que são necessárias em razão da impotência estatal em arcar com altos investimentos no setor de infra-estrutura, Di Pietro assevera que

[...] embora o particular tenha que assumir a execução da obra (quando for o caso), por sua própria conta, o poder público terá que prestar pesadas garantias previstas na lei e dividir os riscos do empreendimento com o contratado nos casos de ocorrência de áleas extraordinárias, o que permite falar em compartilhamento dos riscos e gera certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada.⁵³

A idéia de transferência dos riscos do empreendimento para o concessionário, ou, nos termos da lei, a execução por sua conta e risco, nas concessões comuns, não subsiste em relação às parcerias público-privadas.

A diminuição do risco econômico ordinário a cargo do concessionário é posta como incentivo aos investimentos em setores pouco atrativos.

A Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004, neste sentido, estabelece diretrizes para as contratações de parcerias público-privadas em seu artigo 4º. Prevê, sobre o enfoque ora tratado, a repartição objetiva de riscos entre as partes e a sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 159.

Os custos relacionados à execução da obra continuarão a cargo do parceiro privado, mas a Administração Pública deverá prestar garantia, por intermédio da complementação da remuneração, de que haverá retorno do investimento realizado, em atendimento à diretriz de repartição objetiva de riscos entre as partes.

Há compartilhamento do risco normal do empreendimento, em que o Estado tem participação relevante.

Com esta transferência de parte dos riscos ordinários para o concedente, surge a inversão de repartição de riscos nas modalidades de concessão: nas parcerias público-privadas, os riscos extraordinários ficam a cargo do concessionário, ao contrário do que ocorre nas concessões comuns, como se mostrou em tópico específico.

Especificamente sobre esta questão, o dispositivo legal do artigo 5º, inciso III da lei das parcerias estabelece a previsão de “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”⁵⁴. Estas são exatamente as hipóteses previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei de Licitações e de Contratos Administrativos, que prevê hipóteses de alteração do contrato por quebra de seu equilíbrio econômico-financeiro.

O mesmo dispositivo impõe a previsão expressa, no contrato, dos termos de tal repartição, nos casos de risco extraordinário.

Há, portanto, mitigação do encargo estatal de garantir o equilíbrio econômico-financeiro durante a execução da pactuação, pois, nas hipóteses em que este é perturbado, a responsabilidade não é mais totalmente do Poder Público. O

⁵⁴ **BRASIL.** Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

parceiro privado compromete-se e arcará com as conseqüências, no montante estabelecido no contrato.

Ressalte-se que esta solução só é adequada às hipóteses em que o evento imprevisível não importe impossibilidade total de execução do contrato. Caso tal ocorra, por não ter concorrido para sua ocorrência e apesar da repartição de riscos prevista, o parceiro público não poderá ser obrigado a cumprir o contrato.

Esta regulamentação legislativa das hipóteses de associação entre o Estado e a iniciativa privada inova, ao prever uma distinta alocação de riscos para as parcerias público-privadas, inversa à verificada nas concessões comuns.

As novas concessões, portanto, mostram-se bastante onerosas para a Administração Pública, devendo ser cogitadas como opção derradeira.

Celso Antônio Bandeira de Mello comenta especificamente em relação às concessões administrativas, aduzindo que

[...] parece que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos.⁵⁵

Nos casos em que o investimento a ser realizado possa naturalmente ficar a cargo do concessionário, exatamente por não se tratar de investimento infra-estrutural de baixa atratividade, o instrumento utilizado deverá ser a concessão comum. Caso contrário, esta restará inócua, pois é extremamente mais vantajoso para o empreendedor privado contratar parceria público-privada na hipótese de concessão.

O novo instituto deverá ser apenas excepcionalmente utilizado, sob pena de malferimento do princípio da moralidade administrativa. A contratação com o Poder Público configurará garantia total de retorno do investimento, com a

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 721.

eliminação por completo do risco empresarial da atividade, o que transformaria o Estado em garantidor universal, inclusive da livre iniciativa na ordem econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As parcerias público-privadas foram adotadas no Brasil, a partir da promulgação de leis estaduais que as disciplinaram, culminando na regulamentação feita pela Lei nº. 11.079, de 30 (trinta) de dezembro de 2004.

Infelizmente, tal qual costuma acontecer em relação a vários institutos, não houve estudo aprofundado sobre os resultados positivos e negativos decorrentes de sua utilização nos países em que já são realidade concretizada.

Viu-se que a evolução dos tipos de associações – parcerias *lato sensu* – perpetradas entre a iniciativa privada e o Poder Público decorreu, fundamentalmente, de exigências impostas pela globalização dos mercados e pelo neoliberalismo econômico.

Percebe-se que a paulatina mudança dos institutos que servem ao propósito de adequar a realidade brasileira às exigências do capitalismo internacional disfarçam, muitas vezes não tão bem, o escopo de privatização da Administração Pública, a partir da transferência de parte das funções tipicamente administrativas ao particular empreendedor. Esta idéia resta bastante evidente com a implementação da concessão administrativa, uma das espécies de parceria público-privada.

Adotamos, por seus próprios fundamentos, a crítica severa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao ingadar:

Se não houvesse a limitação inserida no artigo 22 da Lei nº. 11.079 e uma limitação natural decorrente da insuficiência de recursos financeiros para essas parcerias, poder-se-ia prever uma privatização em massa da Administração Pública e restaria a indagação: será que são desnecessárias (e, por isso mesmo, passíveis de se tornarem obsoletas) as normas constitucionais que estabelecem um regime jurídico público para a Administração Pública, exatamente para proteger o patrimônio público, a

função administrativa do Estado e, acima de tudo, o interesse da coletividade?⁵⁶

As justificativas apresentadas para a criação da nova modalidade de concessão não convencem, principalmente pelo fato de que haverá garantias pesadas a serem suportadas pelo Estado contratante, aquele mesmo ente que não possui recursos para investir em infra-estrutura.

Tem-se um paradoxo, pois não há recursos disponíveis para investir, ao passo que eles existem para garantir os investimentos dos particulares.

Não se justifica, portanto, do ponto de vista científico principalmente, a criação de nova modalidade de concessão, com regime remuneratório diverso, como é o caso das parcerias público-privadas.

Concordamos, por fim, com as considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao asseverar que

[...] parece que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos.⁵⁷

⁵⁶ DI PIETRO. Idem, p. 160.

⁵⁷ MELLO. Idem, p. 721.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1. 7. ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DOMINGUES, Sérgio. **Parceria Público-Privada: agrado aos poderosos e submissão ao FMI.** Disponível em: <<http://www.revolutas.org>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

DROPA, Romualdo Flávio. **Reforma do Estado e reforma administrativa.** Disponível em <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Administrativo, globalização e neoliberalismo.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

GONZALEZ, Andrés Garcia. **Parceria Público-Privada: apontamentos gerais.** Disponível em <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

LOPES, Luís Carlos. **Globalização: argumentos e problemas.** Disponível em <<http://agenciartamaior.uol.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito de parceria.** Disponível em <<http://clippng.planejamento.gov.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

NASSIF, Luís. **Mitos sobre a Parceria Público-Privada**. Disponível em <<http://www.azevedosette.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

SILVA, Daniel Cavalcante. **Parceria Público-privada: o toque de Midas na administração pública**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo et al (Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VEIGA, Marcelo Canaan Corrêa. **Elementos de parceria no contrato administrativo: uma visão atual do direito administrativo**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WERNECK, Rogério L. Furquim. **PPP: uma velha idéia em nova embalagem**. Possibilidades e limitações da proposta de parceria público-privada. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 20 de maio de 2006.