Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 2 – maio/junho/julho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPP'S NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Prof. Alexandre Aragão
Professor de Pós-graduação da UERJ e da UFF.
Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes.
Procurador do Estado do Rio de Janeiro.
Advogado.

I – A Conjuntura do Surgimento do Instituto. II – Parcerias público-privadas em sentido amplo e restrito. III – Conceito e Classificação das Parcerias público-privadas na Lei Federal nº 11.079/04. III.1 – Concessões Patrocinadas. III.2 – Concessões Administrativas. III.3 – Proposta de Conceito de Parcerias Público-Privadas. IV – Leis Estaduais e Municipais de PPP's. V – PPP's e Responsabilidade Fiscal. VI – Financiamento e Garantias. VII – Peculiaridades do Procedimento Licitatório. VIII – Peculiaridades do Contrato. VIII.1 – Divisão de Riscos. VIII.2 – Sociedade de Propósito Específico (SPE). IX – Órgãos Planejadores e Reguladores das PPP's.

I. A CONJUNTURA DO SURGIMENTO DO INSTITUTO.

Com a crise de financiamento do Estado na década de oitenta, foi perdida a sua capacidade de financiamento de uma série de obras de infra-estrutura e de serviços públicos que, na maioria das vezes, eram prestados através daquelas (rodovias, hidrovias, linhas de transmissão de energia, redes de distribuição de água e de coleta de esgoto, gasodutos, etc.).

Muitos desses serviços, apesar de o Estado não ter capacidade financeira para implantá-los, o que foi acompanhado da idéia de o Estado ser menos eficiente do que a iniciativa privada para fazê-lo, poderiam perfeitamente ser prestados à sociedade pela iniciativa privada, gerando *de per se* bons resultados para os investidores que construíram ou aperfeiçoaram a infra-estrutura.

Foram esses os serviços públicos, ditos serviços públicos econômicos, que, nas décadas de oitenta e noventa, constituíram o objeto por excelência da

desestatização com a delegação da atividade à iniciativa privada. Esses serviços podiam ter tamanho potencial de lucratividade, que a empresa privada, além de não receber qualquer suporte financeiro do Poder Público, ainda lhe pagava um valor de outorga estabelecido na licitação, remunerando-se integralmente com as tarifas pagas pelos usuários ao longo do prazo de vigência da concessão ou permissão.[1]

Ultrapassado esse primeiro momento da desestatização, teríamos idealmente um Estado mais leve e com mais recursos apto a investir nas atividades prestacionais insuscetíveis de exploração lucrativa pela iniciativa privada. Por exemplo, rodovias importantes para o desenvolvimento de regiões pobres, mas de ainda pouco movimento para que o pedágio fosse suficiente para pagar a sua reforma e manutenção; construção de presídios ou de escolas públicas de ensino básico, que não geram qualquer receita tarifária).[2]

Ocorre que, mesmo após as desestatizações da década de noventa, o Estado manteve-se em grave crise fiscal, sujeito a uma grande dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que todos conhecemos, com o que, em mais uma frustração da cidadania, nem aqueles serviços públicos essenciais passaram a ter verba para poderem ser prestados como deveriam.

O problema hoje é que, para essa crise fiscal ser pelo menos mitigada, o País tem que crescer, e, para tanto, precisa reformar e ampliar a sua infra-estrutura, para o que, no entanto, continua sem os recursos suficientes e com a capacidade de endividamento esgotada. Busca-se uma saída para esse impasse: para crescer e sair da crise financeira o Estado tem que investir em infra-estrutura, mas não tem como financeiramente realizar tais investimentos.

A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, assim ser sintetizada: 1) gargalos de infra-estrutura impeditivas 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 elas arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada 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.

---

[1] Ressalva-se apenas as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados previstas no art. 11 da Lei nº 8.987/95, que, como seu próprio nome denota, possuem um papel coadjuvante no financiamento das concessões tradicionais.

[2] Em algumas atividades prestacionais há inclusive vedação constitucional para que sejam remuneradas por tarifas, a exemplo da educação e da saúde, que devem ser gratuitas para os cidadãos.

Dessa forma, o Estado lança mão também de uma criativa – e não muito explícita – nova forma de financiamento do custo de infra-estruturas que não possam ser amortizadas apenas com tarifas. Ao invés de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira para obter esses recursos, contrata uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar as obras e prestar os serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou é até mesmo inexistente (concessões administrativas), o Estado irá aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço – pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada.

Tratando de realidade latino-americana semelhante à nossa, AGUSTÍN GORDILLO também observa que "na situação de crise econômica em que vivemos, com recessão, inflação, desemprego, subemprego, etc., é óbvio que muitas pessoas simplesmente não têm capacidade econômica suficiente para pagar pelo serviço. No passado a resposta fácil ao problema era o Estado subsidiar por razões sociais esse déficit. A resposta contrária, de pura e simplesmente refutar todo e qualquer subsídio também é simplista, sendo certo que se deve chegar a um meio-termo em relação ao apoio que o Estado deve dar em matéria de tarifas".[3]

Ao invés do mecanismo da concessão tradicional, em que é dado o direito ao particular de explorar determinado serviço público econômico, que será remunerado ao longo do tempo com as tarifas, nas parcerias público-privadas será o próprio Estado que arcará com parte ou com a totalidade do investimento realizado pelo particular. Mas não fará de imediato, com o que seria mera terceirização ou empreitada de obra pública, até porque não possuiria dinheiro nem crédito para tanto. Primeiro obterá a obra e o serviço, e, depois de já estarem disponibilizados, irá paulatinamente pagando pelos custos adiantados pela empresa e por seus lucros.

Foi, sem dúvida, uma maneira de o Estado contornar a sua falta de caixa para investimentos e o esgotamento da sua capacidade de contrair novas dívidas. A sua constitucionalidade e a compatibilidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que é uma lei complementar, devem, contudo, ser examinadas com bastante cautela.

Diz-se que as parcerias público-privadas têm origem na inglesa *Private Finance Iniciative – PFI*, que, "vista à luz do Direito Administrativo europeu continental, não passa de uma modalidade da clássica concessão de obras ou de serviços públicos. (...) Existe, porém uma novidade substancial na figura d *PFI*. É que o mecanismo clássico de concessão tinha a ver somente com obras ou

---

[3] GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, pp. II-9 e II-10. Para Héctor Jorge Escola o apoio do Estado à tarifa é sempre condicionado à manutenção da impossibilidade econômica dos usuários arcarem com o valor cheio da retribuição pelo serviço, pois têm dois inconvenientes: injustiça na carga fiscal, com toda a coletividade pagando por serviços prestados a apenas alguns de seus membros individualmente, e uma certa postura paternalista em relação ao Estado, sempre se esperando que ele possa (e deva) prover quase tudo (ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 125 e 126).

serviços onerosos (ou seja, pagos pelos utentes mediante taxas ou tarifas de utilização), sendo o investimento do concessionário amortizado e remunerado pelos rendimentos da sua exploração. Mediante a concessão o Poder Público dispensava-se de qualquer envolvimento financeiro, recebendo no final da concessão a obra ou serviço em funcionamento, livre de encargos (em princípio). O mecanismo da concessão não era por isso aplicável às obras e serviços públicos gratuitos (ou quase gratuitos) para os utentes, como hospitais e escolas. O que há de novo na *PFI* é justamente a utilização da iniciativa privada para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos (ou seja, não pagos pelos utentes), tradicionalmente montados e geridos diretamente pelo poder público (ensino, saúde, etc.). O esquema é formalmente o mesmo da concessão clássica. O capital privado é chamado a construir e explorar durante um certo período, mais ou menos longo (25, 30 anos), um estabelecimento público (hospital, escola, biblioteca, teatro, estabelecimento prisional, etc.), revertendo ele no final para o Estado. A diferença está em que, como o serviço público em causa não é pago pelos utentes (ou só em pequena parte o é), a amortização e remuneração do capital privado têm de ser assegurados pelo próprio poder público, mediante pagamentos regulares feitos pelo Estado durante o período do contrato, de acordo com a 'produção' do serviço concessionado".[4]

II. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM SENTIDO AMPLO E RESTRITO.

A exposição feita no tópico anterior já faz antever que adotaremos, na presente, obra, um conceito restrito de parceria público-privada, ligada ao seu conceito no Direito Positivo Brasileiro, especialmente da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e não o seu conceito mais amplo, de caráter mais sociológico e político.

De fato, a noção de parceria entre o Estado e a iniciativa privada há muito, principalmente desde a crise fiscal e a globalização da década de oitenta, é reiteradamente invocada como um mecanismo apto à soma de esforços de Estado e iniciativa privada na consecução de objetivos públicos. Porém, nessa acepção as parcerias adquirem um significado tão amplo, abrangente de instrumentos negociais tão diversos, como as concessões tradicionais, permissões, acordos de programa, subsídios empresariais, convênios de toda espécie com entidades sem fins lucrativas, mais modernamente chamadas de Organizações não-Governamentais – ONG's, Organizações Sociais – OS's,

[4] MOREIRA, Vital. *A Tentação da* "Private Finance Iniciative – PFI", in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, *A mão visível: mercado e regulação*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 187/8. As parcerias público-privadas podem também ser vistas sob a perspectiva da teoria dos "quase-mercados", nos quais "o Estado continua financiando o serviço público, que, no entanto, não é mais prestado pela Administração Pública, mas sim por empresas privadas. Tudo isto porque, na ótica da ortodoxia neoliberal, 'os quase-mercados podem ser considerados uma solução engenhosa para os problemas derivados das deficiências tanto do mercado, como do Estado. São o mecanismo que permite aproveitar a força da concorrência para superar os problemas de ineficiência, desinteresse e falta de prioridades que caracteriza os sistemas estatais, evitando ao mesmo tempo os riscos de injustiça e de informação deficiente normalmente associados aos mercados normais" (GUERRA, Jorge Rodríguez. *Capitalismo Flexible y Estado de Bienestar*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 200).

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's, empresas conjuntas, franquias, etc., que a sua conceituação dogmática resultaria, se não impossível, pelo menos desprovida de utilidade prática.

É esse o sentido de "parceria" adotado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em obra, há de se ressaltar, concebida bem antes da Lei nº 11.079/04: "fala-se em pareceria entre poder público e iniciativa privada pra designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. (...) Ora são institutos velhos que renascem com nova força e novo impulso, como a concessão de serviço público; ora são institutos velhos que aparecem com nova roupagem. (...) O que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada. (...) As idéias de pareceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito. (...) Algumas das formas de parceria tratadas neste livro já estão disciplinadas pelo Direito, outras estão a merecer atenção do legislador (...)".[5]

No Direito Comparado, inclusive no modelo inglês e no português, tão comumente invocados, a noção de parceria público-privada é dotada dessa maior amplitude,[6] fazendo com que o seu estudo nos seja mais útil para analisarmos a formas de cooperação em geral entre o Poder Público e entidades privadas, do que para as específicas duas formas de cooperação contempladas na Lei nº 11.079/04 (concessões patrocinadas e concessões administrativas).

---

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, pp. 15 e 16.

[6] Cf. FREITAS, Juarez. *Parcerias público-privadas (PPP's): Características, Regulação e Princípios,* in *Interesse Público,* vol. 29, 2005, p. 15. O autor lembra inclusive o conceito português do Decreto-lei nº 86/03: "*Entende-se por pareceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*". O conceito de parcerias público-privadas na primeira versão do projeto-de-lei enviada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo (Projeto de Lei nº 2546/03) também era bem mais amplo: "*Art. 2° Para os fins desta Lei, o contrato de Parceria Público-Privada é instrumento firmado entre o Poder Público e entes Privados, destinado a estabelecer vínculo obrigacional entre as partes para implantação ou gestão de serviços e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente privado,observando os seguintes princípios*". O conceito e a sistematização da Lei, que a deixaram bem diferente do primeiro projeto, adveio de substitutivo apresentado no Senado Federal, em relação ao qual houve a colaboração de grupo de juristas de interlocução com a Casa Civil da Presidência da República, o qual tivemos a honra de integrar juntamente com os professores Adílson Abreu Dallari, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Marçal Justen Filho, Paula Forgioni e Odete Medauar, devendo ser feito o registro da contribuição direta que as sugestões do Professor Carlos Ari Sundfeld tiveram para o conceito, classificação e nomenclatura das parcerias público-privadas que acabaram sendo encampadas pela Lei nº 11.079/04. Uma notícia do fato também consta de JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 550: "A solução reflete a decisiva colaboração de Carlos Ari Sundfeld, que propugnou, inclusive, pela aplicação subsidiária das regras da Lei de Concessões para disciplinar as PPPs".

O presente estudo terá como objeto, portanto, o conceito restrito de parcerias público-privadas, tal como positivado na Lei nº 11.079/04, até porque muitas das espécies do que seria uma noção ampla de parcerias público-privadas devem ser objeto de estudos específicos.

III. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI FEDERAL Nº 11.079/04.

Abandonando a pretensão de um conceito amplo de parcerias público-privadas, a Lei nº 11.079/04 adotou um conceito mais modesto de parcerias público-privadas, utilizando-se em maior ou menor grau a disciplina já existente das licitações públicas (Lei nº 8.666/93) e das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95). Ao reduzir a sua complexidade e ineditismo, reduziu também muitas dúvidas e desconfianças hermenêuticas que pairavam sobre o Projeto, o que, sem dúvida, contribuiu para facilitar a sua aprovação.

Antes de propormos um conceito de parcerias público-privadas, mister se faz apreciarmos as duas espécies admitidas na Lei, de cuja junção advirá o conceito da categoria geral a qual pertencem. Note-se que o próprio art. 2º da Lei nº 11.079/04 conceitua as parcerias público-privadas simplesmente como sendo "o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

III.1. CONCESSÕES PATROCINADAS.

Em primeiro lugar temos, como espécie de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079/04, as concessões ditas patrocinadas, que também poderiam ser chamadas de subsidiadas, subvencionadas ou, em alguns casos, de receita mínima assegurada.

Nos termos do § 1º do seu art. 2º, são concessões que envolvem, "adicionalmente à tarifa cobrada do usuário, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado", diferenciando-se das concessões tradicionais de serviços e obras públicas em razão dessas serem financiadas apenas por tarifas (Lei nº 8.987/95).[7]

A sua única diferença para as concessões comuns é, portanto, que nessa a amortização dos investimentos privados é feita, ao menos em linha de princípio, integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários, enquanto na concessão patrocinada a amortização é feita ao mesmo tempo com tarifas e verbas do próprio Erário.

---

[7] Lei nº 11.079/04: *Art. 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.*

É a semelhança existente nos demais aspectos que fez com que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.079/04 determinasse genericamente a aplicação subsidiária de toda a Lei nº 8.987/95 e das demais leis que tratam das concessões comuns (ex.: 9.074/95) às concessões patrocinadas.

O objeto das concessões patrocinadas é, por excelência, os serviços públicos econômicos, atividades econômicas *lato sensu* titularizadas com exclusividade pelo Estado, suscetíveis de exploração pela iniciativa privada apenas mediante delegação, já que passíveis de exploração mediante pagamento de tarifas pelos usuários, ainda que o valor pago não seja suficiente para financiar todos os investimentos do concessionário.[8]

Essa proximidade com as concessões tradicionais da Lei nº 8.987/95 faz inclusive com que muitos autores sustentem que a consagração legal da modalidade patrocinada de concessão não era imprescindível, uma vez que, mesmo sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, já seria possível ao Poder Público complementar direta ou indiretamente o valor arrecadado com as tarifas para viabilizar a prestação desses serviços públicos econômicos pela iniciativa privada.

MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo, invocando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana de cuja realização as concessões de serviços públicos são meros instrumentos, sustentava que "a Lei nº 8.987 não pretendia impedir a realização de valores consagrados constitucionalmente. A temática da colaboração estatal para a remuneração do concessionário tem de ser interpretada em face desses princípios constitucionais fundamentais. Bem por isso, será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria Constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo".[9] Em outras palavras, para o autor paranaense, se o apoio financeiro[10] do Estado ao concessionário era a

---

[8] "A oferta de serviços públicos, de forma bastante simplificada, pode ser financiada ou com recursos amealhados indistintamente da coletividade, via instrumentos tributários (...) ou por valores auferidos da própria prestação cobrada diretamente daqueles que delas fazem uso. Não há outra opção. Admite-se apenas as variáveis puras ou a combinação das duas formas (por exemplo, o que ocorre na prestação de serviços públicos remunerados pelos usuários mas com alguma espécie de subsídio tarifário arcado pelo Estado mediante recurso de fonte tributária)" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário,* in *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari,* Ed. Del Rey, bh, 2004, p. 339).

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público,* Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 93.

[10] Esse apoio financeiro do Estado, seja no contexto de uma concessão comum, seja no de uma PPP, não pode ser considerado uma manifestação da atividade de fomento do Estado, pois, além de versar sobre atividade estatal, não sobre uma atividade econômica privada, o fomento pressupõe a gratuidade, o caráter de doação (via de regra com encargos) dos recursos

condição para que o serviço público pudesse ser prestado de forma acessível à população, não haveria porque proscrevê-lo.

O grande obstáculo a essa interpretação construtiva da Lei nº 8.987/95 era o veto ao seu art. 24, que já previa uma modalidade de concessão patrocinada,[11] mas que foi vetado pela seguinte razão: "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 subsidio pelo Poder Público. O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei n° 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei n° 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US$ 19,8 bilhões."

Ora, por mais que o veto não integre a lei, é claro que constitui elemento histórico de grande importância para a sua interpretação, que, ao nosso ver, salvo em casos extremos de a lei restar ilógica, não pode levar a resultados expressamente refutados pelo veto. Em outras palavras, não se pode, via hermenêutica, repor aquilo que o veto retirara.

Apesar disso, não seria correto afirmar que a concessão patrocinada era desconhecida no Direito Brasileiro. Basta lembrarmos do apoio que o Estado muita vezes deu cedendo ao concessionário a exploração de imóveis sem relação necessária com o serviço, re-equilibrando a equação econômico-financeira do contrato com o aporte de verbas ao invés de aumentar tarifas que já se encontravam no limite da capacidade dos usuários, assumindo a obrigação de realizar certos investimentos que ordinariamente caberiam ao concessionário (ex., Metrô do Estado do Rio de Janeiro, em que a concessionária apenas opera o sistema, mas a expansão das linhas e a aquisição de novos vagões continua sendo de responsabilidade do Estado).[12]

De toda sorte, todos esse debates demonstram que a expressa admissão das concessões patrocinadas pela Lei nº 11.079/04 não foi despicienda, já que, sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar

---

dados pelo Estado (cf. RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 181).

[11] *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.*

[12] Veja-se o § 3º do art. 2º da Lei Estadual nº 2.869/97, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metroviário de passageiros, e sobre o serviço público de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro: *§ 3º - Fica o Poder Executivo autorizado, nos termos da Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, a subsidiar a concessão de serviço público de transporte ferroviário, na forma do que dispuser o Edital, a proposta vencedora, o contrato de concessão e as leis orçamentárias anuais.* Sobre a modelagem da delegação do serviços públicos de transporte metroviário do Estado do Rio de Janeiro, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões,* Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 246 a 265.

delegações de serviços públicos com essa modelagem mais "criativa", com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público.[13]

Subsistem, contudo, em setor da doutrina, mesmo após a Lei nº 11.079/04, dúvidas constitucionais quanto à admissibilidade de concessões total ou parcialmente subsidiadas pelo Estado, já que interpretam o art. 175 da Constituição Federal como admitindo apenas as concessões que sejam remuneradas integralmente por tarifas pagas pelos usuários por conta e risco do concessionário, o que seria inferido inclusive da determinação de que a concessão deve ter uma "política tarifária" (art. 175, parágrafo único, III, CF).

A nosso ver, a mera referência à "política tarifária" não pode levar a tão longe. O que essa opinião estaria alcançando seria, na prática, a constitucionalização do conceito doutrinário brasileiro, majoritário no momento da promulgação da Constituição, de concessão de serviço público, que realmente era lecionado como pressupondo a remuneração do concessionário exclusivamente por tarifas e a atribuição de todos os riscos apenas a ele, ressalvados somente os fatos imprevisíveis ou causados pela própria Administração que provocassem o desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Não é possível admitir que o Constituinte tenha engessado de tal maneira o Legislador, a ponto de colocá-lo sempre atado a uma definição doutrinária tradicional de concessão, indiferente a todas as enormes mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas após 05 de outubro de 1988. Ademais, "política tarifária" pode perfeitamente ser entendida como a política segundo a qual a tarifa deve cobrir apenas parte do custo do serviço público, sendo o restante arcado pelo Estado.

Devemos atentar também para o fato de que o conceito tradicional, restrito, de concessão majoritário na doutrina administrativista brasileira pré-1988 era claramente inspirada na doutrina dos países que constituíram a raiz do nosso Direito Administrativo, especialmente da França.

Ocorre que, nesses países, se a concessão realmente tem um conceito restrito (mas, mesmo assim, não tanto quanto o sustentado no Brasil), ela é apenas uma entre as diversas modalidades existentes de delegação de serviços

[13] Ainda é defensável, contudo, que, além das modalidades previstas na Lei nº 8.987/95 e na Lei nº 11.079/04, a Administração Pública pode criar outras espécies de concessão que não forem vedadas pelo Direito, não precisando cada uma delas possuir previsão legislativa específica: "A Lei das PPP previu um regime jurídico próprio a um tipo de parceria entre poder público e iniciativa privada. É dizer, a Lei nº 11.079/04 contém regras para duas modalidades específicas de parcerias (aquelas configuradas como concessões administrativas ou concessões patrocinadas), não sendo aplicável (e portanto não vedando) outras modalidades de parceria que não se enquadrem na definição das duas modalidades nela referidas. Tenham estas parcerias a configuração de concessões de serviço público típicas (art. 2º, §3º), tenham elas outras configurações não vedadas na legislação (e submetidas ao regime jurídico geral dos contratos administrativos)" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, mimeo, 2005).

públicos,[14] ao contrário do Brasil, em que essas tradicionalmente se limitaram às concessões e permissões de serviços públicos, mesmo assim sem muitas diferenças entre elas, razão pela qual a alusão a elas pelo art. 175 da CF deve ser considerada pelo menos em uma acepção razoavelmente ampla, que contemple algumas espécies. [15]

Na França, por exemplo, temos além das concessões uma série de modalidades de delegação em que a remuneração não se dá exclusivamente por tarifa, assemelhando-se às parcerias público-privadas da Lei nº 11.079/04.

Há na França,[16] com efeito, os seguintes tipos básicos de delegação de serviços públicos: *(1) Concession de service public*: "Modelo-tipo da delegação de serviço público, é o contrato em virtude do qual o concedente, pessoa pública, encarrega um concessionário, pessoa pública ou privada, de explorar um serviço público por sua conta e risco. (...) Assegurando a exploração do serviço público por seu risco e prejuízo (se poderia dizer por seus riscos e lucros), o concessionário é remunerado pela exploração do serviço, ou seja, por meio da receita que auferir dos usuários. Ele pode, todavia, receber do poder concedente certas participações, que podem ter a forma de garantias de empréstimo, de subvenções para equipamentos ou para o equilíbrio do contrato, ou ainda através de indenizações de recomposição da equação econômico-financeira "; *(b) Affermage:* Muito próximo da concessão, se diferencia dela apenas em razão de o objeto da delegação ser apenas a prestação em si do serviço, sem a construção de infra-estrutura, que já é entregue pelo Poder Público ou por um concessionário anterior, que construíra a infra-estrutura. Como o *fermier* fica livre dos ônus da criação da infra-estrutura (*frais de premier établissement*) e o Estado continua responsável pela eventual expansão da infra-estrutura, geralmente deve pagar ao Poder Concedente certa quantia pelo direito delegado; *(c) Régie Interessé*: Situada entre a delegação e a mera terceirização, é pela maioria (mas não pela totalidade) da doutrina francesa ainda considerada como um tipo daquela. O delegatário presta um serviço a partir de uma infra-estrutura já fornecida pelo Poder Concedente, que mantém a sua propriedade ao longo de todo o contrato.

---

[14] "No estrangeiro, os países com cultura jurídica similar à brasileira conhecem figuras equivalentes àquela que é identificada no Brasil pela expressão 'concessão', a ela atribuindo regime jurídico equivalente ao vigente entre nós. Quando muito, verifica-se uma diferenciação terminológica, reservando-se a expressão 'concessão' para uma espécie de delegação. É o que se passa na França e na Espanha. Já em outras órbitas, aquele mesmo vocábulo é utilizado para indicar um gênero, albergando inúmeras variações distintas. Assim ocorre no âmbito da União Européia e da própria Itália. (...) Em face do pensamento alienígena, a concessão pressupõe vínculo entre a remuneração do concessionário e os resultados da exploração empresarial. Mas isso não significa a impossibilidade de o concessionário ser satisfeito através de verbas de origem pública" (JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, vol. 1, 2003, p. 135).

[15] "O art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas a propósito de obras públicas" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 506).

[16] As considerações sobre o Direito Administrativo francês expendidas nesse Tópico advém, sobretudo, da obra de BOITEAU, Claudie. *Les Conventions de Délégation de Service Public,* Imprimerie Nationale, Paris, 1999, pp. 96 a 106.

Deve realizar apenas pequenas obras de manutenção e, naturalmente, a prestação do serviço. O serviço é pago pelos usuários, mas diretamente ao Estado, que, por sua vez, paga orçamentariamente ao *régisseur* uma quantia calculada de acordo com a quantidade de usuários e a qualidade do serviço prestado; *(d) Bail Emphytéotique Administratif*: Por ele o particular faz determinados investimentos em imóvel público (ou colocado à disposição do Estado), que servirão à prestação de determinado serviço público, remunerando-se através da exploração de outras instalações por ele construídas no imóvel (ex.: constrói um hospital e um *shopping*).

Vemos, portanto, que, além de o Direito francês possuir diversos tipos de delegação de serviços públicos, a própria concessão é apenas via de regra, remunerada só pelos usuários, admitindo algumas espécie de garantias financeiras do Estado. Ademais, admite uma liberdade geral à Administração Pública para lançar mão de contratos atípicos e inominados de delegação de serviços públicos, não precisando serem todos eles previamente tipificados em lei.

Essa plasticidade contratual, não é, obviamente, apenas francesa, mas exigência da sociedade pós-moderna, cujo dinamismo e necessidades sempre novas são muito pouco aprisionáveis em compartimentos conceituais estanques e exaustivos.

Isso revela a "obsolescência dos modelos tradicionais de delegação. A tipologia clássica dos contratos de gestão delegada pouco a pouco se desvanece diante das concessões complexas que são aplicadas a esses 'modelos'. (...) O Poder Público elabora contratos que apresentam o caráter de *patchwork* e que nem sempre têm uma denominação específica. (...) Além do fato de o juiz não estar vinculado à denominação do contrato cuja legalidade é por ele examinada, o caráter *patchwork* é, progressivamente, 'digerido' pela noção genérica de delegação de serviço público".[17]

Comparativamente com o Direito Administrativo francês, podemos dizer que a principal conseqüência que a Lei nº 11.079/04 operou no ordenamento jurídico brasileiro foi a de ampliar o conceito de "concessão de serviço público", tornando-a próxima à noção genérica que a expressão "delegação de serviço público" possui naquele País.

Mesmo na tradição do Direito Brasileiro, as concessões de serviços públicos não têm um conceito que inequivocamente abranja apenas as

[17] BOITEAU, Claudie. *Les Conventions de Délégation de Service Public,* Imprimerie Nationale, Paris, 1999, pp. 96 e 97. A expressão "*patchwork*" utilizada pela autora deve ser compreendida não apenas no sentido figurado ou metafórico da comparação com as colchas feitas com retalhos de inúmeros tecidos (no caso um contrato atípico feito com características e elementos parciais de vários contratos típicos), mas, sobretudo, à luz da contemporânea filosofia desconstrutivista francesa, especialmente a de Gilles Deleuze, que trouxe a expressão "*patchwork*" para o âmbito filosófico: "É uma coleção amorfa de pedaços justapostos, cuja junção pode ser feita de infinitas maneiras (...). O espaço liso do *patchwork* mostra bastante bem que 'liso' não quer dizer homogêneo; ao contrário, é um espaço amorfo, informal, e que prefigura a *op'art* " (DELEUZE, Gilles e GUATARRI, Félix. *Mil Platôs* [trad. Peter Pál Pelbart e janice Caiafa], vol. 5, Ed. 34, 1997, São Paulo, p. 182).

concessões remuneradas exclusivamente por tarifas. As primeiras concessões de serviços públicos ferroviários celebradas no Brasil, por exemplo, já estabeleciam, nos termos da Lei Geral nº 641, de 26 de junho de 1852, como cláusula básica a "garantia de rentabilidade do capital investido (garantia de juros) de até 5% a.a. (...) 'Garantias de juros' (ou seja, um subsídio que garantia a rentabilidade do capital investido) são tipicamente instrumentos de uma política de desenvolvimento econômico, ainda que com a roupagem do século XIX".[18]

No Direito latino-americano, DANIEL EDGARDO MALJAR, valendo-se das lições de GARRIDO FALLA, também explicou: "Pode ocorrer que, em razão da retração da demanda, o capital investido não gere lucro no final prazo contratual. Para evitar esse problema, surgiu uma dúplice técnica: ou a subvenção do déficit ou a técnica da garantia administrativa de lucro. Ambas respondem à finalidade de dar um maior incentivo ao capital, considerando a dificuldade de apreciação *a priori* dos custos de produção. Nesses casos a Administração promete uma subvenção em branco, de acordo com os resultados da empresa beneficiária, ou uma garantia de lucratividade. Essa última técnica foi usada na Espanha para favorecer a exploração ferroviária. A Administração cobriria, então, a diferença existente entre o que a empresa obtém da exploração e o lucro garantido".[19]

Não há, portanto, um conceito universal de "concessão de serviço público" pelo qual o Constituinte teria vinculado o Legislador, razão pela qual afigura-se plenamente constitucional, face ao art. 175 da CF, a previsão legal de concessões financeiramente apoiadas pelo Estado, seja pelo pagamento direto de uma quantia a ser determinada, seja pela garantia de receita mínima ou de uma dada quantidade de usuários.

Na verdade, a Lei nº 11.079/04 delega ao contrato a determinação dessa repartição de riscos e despesas. Admite, assim, as mais diversas modelagens contratuais, desde que já estejam previstas no edital de licitação e que o Estado dê apoio financeiro apenas após o serviço estar disponibilizado.[20]

III.2. CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS.

As chamadas pela Lei nº 11.079/04 de "concessões administrativas" são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, de acordo com decisão política a ser discricionária e fundamentadamente tomada pelo Estado, ou até mesmo juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou educação públicas (artigos 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado. Aqui não se fala mais sequer em

---

[18] JOHNSON, Bruce Baner *et alli. Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas*, Ed. Edgard Blücher, São Paulo. 1996, p. 54.

[19] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 292/3.

[20] Sobre as diversas modelagens contratuais das PPP's quanto à repartição de riscos, ver o Tópico 8 infra.

tarifa a ser complementada por verbas do Estado, mas da inexistência *tout court* de tarifas

Nos termos do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04, a 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".

CARLOS ARI SUNDFELD[21] define as concessões administrativas como sendo os contratos de prestação de serviços de que a Administração é usuária, mediata ou imediata, em que: *(a)* há investimento do concessionário na criação de infra-estrutura relevante; *(b)* o preço é pago periódica e diferidamente pelo Concedente em um prazo longo, permitindo a amortização dos investimentos e o custeio; e *(c)* o objeto não se restringe à execução de obra ou ao fornecimento de mão-de-obra e bens (estes, se existirem, deverão estar vinculados à prestação de serviços). Em outras palavras tem que haver a gestão do bem – prestação de serviços através dele –, o que ao mesmo tempo diferencia as concessões administrativas da simples prestação terceirizada de serviços (em que não há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado) à Administração Pública e da empreitada de obras públicas (em que há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado, mas não a prestação de serviços através dela).

Enquanto o objeto das concessões patrocinadas restringe-se aos serviços públicos econômicos, o das concessões administrativas têm como possível objeto um leque bem mais amplo de atividades administrativas, algumas delas sequer enquadráveis no conceito mais restrito de serviços públicos.

Assim podemos enumerar, sem pretensão exauriente, as seguintes espécies de atividades que podem ser objeto da concessão administrativa: *(1)* serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex., rodovia em uma região muito pobre); *(2)* serviços públicos sociais, como a educação, a saúde e a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada. Lembremos, por exemplo, de algumas experiências já vividas em algumas entidades da federação de "terceirização" da administração de hospitais públicos; *(3)* atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que, em si, é indelegável à iniciativa privada,[22] nos termos aliás também expressamente

---

[21] SUNDFELD, Carlos Ari. *Projetos de Lei de Parcerias Público-Privadas. Análise e Sugestões*, mimeo, 2004.

[22] Caracterizadas as suas funções como exercício de poder de polícia, que é a atividade revestida de potestade estatal por excelência, só poderia ser, pela doutrina clássica, que hoje sofre fortes contestações, desempenhada por pessoas jurídicas de direito público, ou seja, Entes da Federação ou autarquias (abstemo-nos aqui da contenda quanto à natureza das fundações instituídas pelo Poder Público). Este entendimento tradicional é claramente inspirado no Direito Administrativo Francês, país no qual o *Conseil d'Etat* afirmou: "Além disso, a jurisprudência proíbe que a Administração conceda o serviço público de polícia a uma pessoa privada" (*Conseil d'Etat* 23 *mai* 1958, *Amoudruz*, Rec. 302, *apud* DE FORGES, Jean-Michel. *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France - PUF, 1995, p. 165). Outra parcela da doutrina apenas admite a delegação dos atos meramente preparatórios do exercício da polícia administrativa, que são os

estabelecidos no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/04.[23] Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.; *(4)* Atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex., construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para a maior eficiência do Estado, etc.).

Especialmente em relação aos serviços públicos sociais ou culturais, as concessões administrativas revelam um grande espaço por elas deixado para a cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas, inclusive sem fins lucrativos – o chamado terceiro setor.

Como observa PAULO MODESTO, "na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., art. 199, 202, 204, I; 209, 216, § 1º; 218, §4º, 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições 'públicas não estatais' *(*pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos*),* consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. **O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais**: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com **mecanismos de parceria ágeis** para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos".[24]

As concessões administrativas se encontram no meio caminho entre a delegação e a terceirização. Entendemos serem, de fato, delegações de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos), não meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção

---

que podem ser objeto de PPP's (cf. PROVENZA, Vittorio Constantino. *Parecer,* in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 359-382).

[23] Art. 4º.Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

[24] MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, 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-privadas*, mimeo, 2005, grifos no original. N. E.:Conferir também o texto do autor na coletânea SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Publico-Privadas, São Paulo, Ed. Malheiros, 2005.

de infra-estruturas através das quais também prestará serviços, sendo vedada a sua utilização se tiver "como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública" (art. 2º, § 4º, III, Lei nº 11.079/04), com que teríamos, aí sim, uma mera terceirização ou empreitada d obra pública, regidas pela Lei nº 8.666/93.

O que assemelharia a concessão administrativa de uma terceirização complexa, que combinaria um contrato de empreitada de obra pública com um contrato de prestação do serviço que se faria através da obra depois de pronta, seria o fato de ser remunerada direta e integralmente pelos cofres públicos.[25]

Todavia, a forma de cálculo do valor a ser pago à empresa deve ser variável de acordo com as utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que decorre do Princípio da Eficiência e da necessidade de compartilhamento de riscos que anima as parcerias público-privadas (arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04), já que, com o preço fixo, o risco ficaria exclusivamente com o Poder Público como nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.[26]

Nos contratos chamados pela Lei nº 11.079/04 de concessões administrativas há autonomia de gestão da empresa contratada na gestão da infra-estrutura e na prestação do serviço por intermédio dela viabilizada. A concessão administrativa seria, assim, muito semelhante à *régie interessé* do Direito francês, que "são as delegações contratuais de serviço público a uma pessoa geralmente privada, na qual o Poder Público guarda somente a responsabilidade pelos seu funcionamento. A empresa não se remunera diretamente dos usuários do serviço público. Ela percebe do Estado valores associados aos resultados da sua gestão. Trata-se de um modo privado de gestão que não é uma concessão de serviço público, já que não há qualquer remuneração direta sobre os usuários do serviço".[27]

A concessão administrativa se aproxima mais da *régie interessé*, em que, apesar de não haver qualquer remuneração tarifária, o particular se remunera em razão dos resultados da sua gestão, do que da *gérance*, não considerada pela maioria da doutrina e jurisprudência francesas como uma forma de delegação já que, apesar de "gerar um direito a remuneração por parte do Estado, que pode ser calculada em relação à atividade considerada, não consiste em uma participação no resultado financeiro da exploração do serviço, não correndo, portanto, riscos financeiros. (...) Nessa modelagem, a *gérance* é materialmente

---

[25] No caso de a Administração Pública ser a única beneficiária do serviço, não havendo usuários, tarifados ou gratuitos, parte da doutrina francesa assim estatui: “A diferença fundamental entre uma empreitada e uma delegação é que, pela primeira, a pessoa pública obtém uma prestação da qual precisa, e, pela segunda, ela confia ao co-contratante o dever de efetuar uma prestação da qual ela não é, salvo acidentalmente, a beneficiária” (RAYMUNDIE, Olivier. *Gestion Deleguée dês Services Publics en France et en Europe*, Éditions Le Moniteur, Paris, 1995, p. 73).

[26] Sobre a necessidade de divisão de riscos, ver Tópico 8.1.

[27] VALETTE, Jean-Paul. *Le Service Public à la Française*, Ed. Ellipses, Paris, 2000, p. 108. Sobre os institutos de delegação da gestão de atividades administrativas no Direito Francês, ver Também a exposição feita no Tópico 3.1 supra.

apenas uma empreitada de obra pública ou uma prestação serviços por conta do próprio Estado. Para que a *gérance* seja excepcionalmente considerada uma delegação da gestão deve a remuneração da empresa no mínimo ter um liame substancial com as receitas de exploração e que não apareça como um simples preço".[28]

Logicamente que nos casos concretos podem surgir muitos matizes, sendo a jurisprudência do Conselho de Estado, como dificilmente poderia deixar de ser, bastante casuística e errática na identificação do contrato como uma delegação ou não. De toda sorte, todavia, pode ser fixado que o ponto principal para identificar uma delegação é a circunstância de o particular participar dos resultados da sua exploração.[29]

A concessão administrativa, enquanto delegação da gestão de determinada infra-estrutura administrativa deve, em primeiro lugar, assegurar ao concessionário autonomia empresarial no desenvolvimento da atividade, podendo definir a maior parte dos meios que julga aptos a alcançar os objetivos estabelecidos contratualmente. Essa autonomia de gestão decorre inclusive da vedação de as parcerias público-privadas se dirigirem unicamente ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III, Lei nº 11.079/04).

Em segundo lugar, a remuneração do concessionário administrativo deve, ainda que não seja uma participação financeira, ter relação direta com a quantidade e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que constitui decorrência direta de a Lei impor a repartição de riscos (arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04). A sua remuneração não pode, portanto, ser fixa – indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados –, com o que a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e empreitada da Lei nº 8.666/93.[30]

As concessões administrativas são, portanto, também uma espécie de delegação da gestão de atividades administrativas (não necessariamente de

---

[28] VALETTE, Jean-Paul. *Le Service Public à la Française*, Ed. Ellipses, Paris, 2000, pp. 132 e 133.

[29] Naturalmente que a analogia com os institutos do Direito Francês é apenas aproximada, já que o critério da participação em resultados financeiros para definir a presença de delegação não nos afigura inteiramente apropriado à luz da Lei nº 11.079/04, uma vez que as concessões administrativas na maioria das vezes versarão sobre atividades insuscetíveis de exploração econômica, razão pel qual não se haveria de falar nunca em "participação em resultados financeiros". A idéia, no entanto, de uma remuneração não-fixa e que guarde relação com a utilidade concretamente gerada pelo contratado é-nos extremamente útil, principalmente tendo em vista o longo tempo de elaboração da jurisprudência do Conselho de Estado na caracterização de contratos administrativos como contratos de delegação ou não.

[30] Naturalmente que a remuneração da prestação terceirizada de serviços à Administração Pública pode ser fixada de acordo com a quantidade do objeto contratual, mas essa quantidade está totalmente fora da autonomia de gestão empresarial do contratado (primeiro elemento cumulativo de caracterização da concessão administrativa cf. supra), já que previamente definida no edital de licitação, pré-definição essa impossível de ser feita nas concessões objeto da Lei nº 11.079/04.

serviços públicos propriamente ditos), o que não poucas conseqüências práticas, além de teóricas, possui, para fins de responsabilidade objetiva, reversão de bens, etc., aplicáveis somente à delegações de atividades administrativas, e não às demais modalidades de contratos administrativos.

Não é por outra razão que a Lei nº 11.079/04, apesar de não determinar uma aplicação subisidiária genérica da Lei das Concessões de Serviços Públicos - Lei nº 8.987/95 às concessões administrativas, a exemplo do que faz em relação às concessões patrocinadas,[31] prescreve-lhe a aplicação das suas disposições relativas ao ressarcimento pelo concessionário dos projetos prévios à licitação (art.21), às cláusulas essenciais do contrato, entre elas a de reversão de bens (art. 23), à subcontratação (art. 25), à transferência da concessão ou do controle da concessionária (art. 27), à garantia com os direitos emergentes da concessão (art. 28), a todas as obrigações do poder concedente e da concessionária (artigos 29 a 31), e à intervenção e todas as modalidades de extinção (artigos 32 a 39), tudo nos termos do art. 3º, *caput*, e 9º, § 1º, da Lei nº 11.079/04.[32]

A aplicação da Lei nº 8.987/95 às PPP's, em qualquer das suas modalidades, deve, no entanto, ainda quando haja previsão expressa da sua aplicação, se dar apenas no que couber, ou seja, no que não contrariar a própria natureza das PPP's, em que há uma dependência financeira do Poder Concedente bastante significativa, ao passo que nas concessões comuns a dependência financeira se dá preponderantemente em relação à clientela pagante das tarifas. Assim, não nos parece, por exemplo, que seja aplicável às PPP's o parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.987/95, que prevê que, mesmo na inadimplência do Poder Concedente, o concessionário não pode suspender a prestação dos serviços antes de obtida a rescisão judicial transitada em julgada do contrato (vedação da exceção do contrato não cumprido). Parece-nos que, na hipótese, o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, que versa sobre contratos em que também há uma contraprestação financeira da Administração Pública, se coaduna melhor com o arcabouço financeiro das PPP's.

Com aplicação de todos esses dispositivos da Lei nº 8.987/95, que constituem a estrutura jurídica e econômica básica dos contratos nela disciplinados, a concessão administrativa também é, a exemplo das concessões comuns e patrocinadas, um investimento privado amortizável no longo prazo, findo o qual os bens construídos, reformados ou mantidos pelo particular revertem ao Poder Público. A única diferença é que essa amortização se fará com verbas

[31] A remissão genérica se explica em razão de nas concessões patrocinadas estar, da mesma forma que nas concessões comuns, presente o elemento tarifário, ainda que parcialmente.

[32] Não fica, evidentemente, descartada de forma absoluta a aplicação às concessões administrativas de outros dispositivos da Lei nº 8.987/95, a depender do caso concreto. Os outros dispositivos não foram referidos no art. 3º, *caput*, da Lei nº 11.079/04, mas continuam integrando o ordenamento jurídico como elemento hermenêutico ou de analogia. Igualmente, apesar de a Lei nº 8.666/93 não ter, salvo em alguns pontos específicos (ex., art. 5º, VIII, Lei nº 11.079/04), tido a sua aplicação subsidiária genericamente determinada para as parcerias público-privadas, a sua aplicação é, dependendo do caso concreto, perfeitamente possível. O que, em caso algum é admissível, é que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 ou da Lei nº 8.666/93 acabe desvirtuando a natureza e o espírito de divisão de riscos que inspiram as duas espécies de parcerias público-privadas da Lei nº 11.079/04.

do Erário e não através, total (concessões comuns) ou parcialmente (concessões patrocinadas), de tarifas dos usuários.

III.3. PROPOSTA DE CONCEITO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

Como já afirmando, o conceito restrito e legal das parcerias público-privadas deve advir da junção das duas espécies de contratos contempladas na Lei nº 11.079/04, não de conceitos sociológicos, políticos ou econômicos que não teriam utilidade jurídica por abrangerem fenômenos imensamente díspares entre si.

Assim, podemos conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os **contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população**.

Os incisos I e II do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.079/04 estabelece que as parcerias público-privadas, em ambas as suas modalidades, não poderão ter um valor menor do que R$ 20 milhões e que não poderão ter prazo inferior a cinco anos. O art. 5º, I, estabelece por sua vez que o prazo, além de não poder ser inferior a cinco anos, também não poderá ser superior a trinta e cinco, incluindo eventuais prorrogações.

O objetivo dessas normas é que as PPP's não sejam vulgarizadas, reservando-as apenas para grandes projetos de infra-estrutura, até porque a sua utilização tem que ser feita de forma planejada e fixando-se prioridades, em razão do limite de um por cento da receita corrente líquida que cada Ente tem para o conjunto das suas PPP's (artigos 22 e 28, Lei nº 11.079/04).[33]

[33] Já não são poucos os que vem questionando a aplicabilidade dessas normas aos Estados e Municípios por estabelecerem detalhes de prazo e de valor que não se coadunariam com a natureza de normas gerais. Argúem, sobretudo, que o valor de R$ 20 milhões é elevado para muitos municípios. Não nos parece que seja assim, pois, como demonstrado acima, as normas se relacionam com o objetivo geral de as parcerias público-privadas serem utilizadas seletivamente apenas para grandes projetos de infra-estrutura, além de se ter que considerar os elevados riscos fiscais que acarretam, e um número menor de parcerias público-privadas é mais fácil de se controlar. O fato desse legítimo objetivo geral muitas vezes não ser aplicável a pequenos municípios não faz com que a norma deixe de ser geral, já que combina o princípio da economicidade com o princípio da eficiência, centrando os escassos recursos públicos disponíveis em projetos que realmente sejam capazes de dar sustentabilidade ao desenvolvimento. O que a Lei pretende é que as parcerias público-privadas não sejam utilizadas para projetos que não tenham grande magnitude, não evitar que pequenos municípios se utilizem delas. Se isso vier a ocorrer em alguns casos concretos, tratar-se-á de conseqüência meramente reflexa, da mesma forma que diversos outros instrumentos jurídicos, como por exemplo algumas linhas de crédito (e as PPP's têm muito dessa característica), não estão disponíveis aos Municípios brasileiros mais modestos. Devemos ainda lembrar que grande parte das dificuldades de pequenos municípios se

O valor e os prazo mínimos e máximo, não são, porém, por mais relevantes que sejam, elementos conceituais, nucleares, das parcerias público-privadas, mas sim requisitos que devem ser preenchidos para que o instrumento das PPP's possa ser adotada.

IV. LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE PPP'S.

A Lei nº 11.079/04, ao dispor sobre normas gerais de contratos adminstrativos e licitações públicas, é, na forma do art. 22, XXVII, CF, uma lei de incidência nacional, aplicável a todos os Entes da Federação no que puder ser considerada "norma geral".

Para evitar discussões que grassaram sobre outras leis dessa natureza, devidas em grande parte à dificuldade de se determinar objetivamente o caráter genérico ou específico das normas,[34] a Lei nº 11.079/04, afastando ao menos em parte tantas discussões, já especificou a parte das suas normas, sobretudo de Direito Administrativo organizacional (ex., órgão gestor, fundo garantidor), que se dirigem apenas à União (artigos 14 a 22). A edição das normas gerais de consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada foi, por sua vez, em norma de questionável constitucionalidade, delegada à Secretaria do Tesouro Nacional (art. 25, Lei nº 11.079/04).

Naturalmente que sempre restarão discussões sobre o caráter genérico dessa ou daquela norma, mas podemos afirmar que, de forma geral, a quase totalidade das normas da Lei nº 11.079/04,[35] fora naturalmente os já mencionados

---

valerem das PPP's poderá ser afastada mediante a utilização dos consórcios intermunicipais com as novas potencialidades dadas pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que poderíamos chamar de lei da parceria público-público. Ademais, ponto fulcral na aferição da constitucionalidade da imposição daquele valor mínimo será a interpretação a respeito de os R$ 20 milhões se referirem ao valor do investimento, ao valor da remuneração a ser paga pela Administração Pública ou a todas as receitas do parceiro privado? Deve ser dada à questão interpretação que mais favoreça a Federação, e, no caso de PPP's com prazos muitos longos, a diluição desse valor ao longo de décadas o torna mesmo bem menos significativo/restritivo.

[34] É de Cláudio Pacheco um dos mais completos conceitos de normas gerais: "lineamentos fundamentais da matéria, serão as estipulações que apenas darão estrutura, plano e orientação. Pode-se conceituar ainda, pelo feito indireto e fracionário de negativas, que serão aquelas que não especificarão, que não aplicarão soluções optativas, que não concretizarão procedimentos, que não criarão direções e serviços, que não selecionarão e discriminarão atividades, que não preceituarão para a emergência, para a oportunidade, a modalidade especial e para o caso ocorrente, que não condicionarão a aplicabilidade e adaptabilidade, que não descerão a minúcias e requisitos". Sintetizando os vários conceitos doutrinários de normas gerais colacionados por Luís Roberto Barroso, elas podem ser definidas como as normas que, sem entrar em pormenores da matéria ou pretender esgotá-la, dispõem apenas acerca dos seus princípios, diretrizes, linhas mestras e questões fundamentais, não possuindo, por isso, aplicação direta (cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional – Direito Constitucional Intertemporal. Autonomia desportiva: conteúdo e limites*. *Conceito de Normas Gerais*, in *Revista de Direito Público*, vol. nº 97, 1991, p. 97).

[35] Algumas das que podem ter o seu caráter geral questionado foram tratadas em tópicos específicos desse estudo.

artigos 14 a 22, realmente constituem normas gerais, especialmente aquelas que fixam princípios e definem as modalidades de parcerias público-privadas.

Pois bem, obedecidas essas normas gerais, os Estados e Municípios podem editar as suas próprias leis. A maioria iniciou os respectivos processos legislativos ou ainda discussões internas no Executivo apenas após a promulgação da Lei nº 11.079/04,[36] mas os Estados de Minas Gerais (Lei nº 14.869/93), pioneiramente, de São Paulo (Lei nº 11.688/04), do Rio Grande do Sul (Lei nº 12.234/05), de Goiás (Lei Nº 14.910/04) e de Santa Catarina (Lei nº 12.930/04) se antecederam à lei federal. No âmbito municipal, há a Lei nº 6.261/04, do Município de Vitória.

Via de regra, essas leis estaduais[37] adotaram um conceito de parcerias público-privadas mais amplo do adotado na lei federal,[38] até porque se inspiraram na primeira versão do projeto de lei federal, que, como já visto, também adotava uma definição bem mais ampla. Isso não faz, contudo, que essas leis estaduais tenham perdido a validade ou a eficácia com a edição da lei federal, mas sim que a elas deve ser dada uma aplicação e interpretação que as restrinja às modalidades de parcerias público-privadas contempladas na Lei nº 11.079/04.

Já as regras estaduais que contrariarem as normas gerais nacionais deverão mesmo ter a sua aplicação afastada, salvo no que puderem ser consideradas como meras especificações do que já estiver disposto na Lei nº 11.079/04.[39]

V. PPP'S E RESPONSABILIDADE FISCAL.

Face às necessidades de realização de investimentos em infra-estruturas, impossibilitados em razão da falta de verba própria do Estado e do esgotamento da sua capacidade de investimento, a que as parcerias público-privadas visam fazer frente, sempre foi considerado o risco de as PPP's servirem como meio de afrouxamento das normas de responsabilidade fiscal, ainda mais considerando serem substancialmente uma forma de o Estado financiar no longo prazo infra-

---

[36] Veja-se, por exemplo, o projeto de lei encaminhado pela Mensagem nº 6.659-I, do Governador do Estado do Ceará.

[37] Inclusive a lei do Rio Grande do Sul, que, apesar de promulgada após a Lei nº 11.079/04, teve toda a sua concepção realizada anteriormente.

[38] O parágrafo único do art. 1º da lei mineira, por exemplo, dispõe: "As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas".

[39] O resultado prático das legislações estaduais foram, até a promulgação da Lei nº 11.079/04, insignificantes, até em razão de não terem propiciado a segurança jurídica necessária sem um marco jurídico federal.

estruturas com as quais não poderia arcar de uma só vez no presente e o assumido objetivo de "ampliar o espaço fiscal".[40]

Esse foi, com efeito, um dos mais candentes pontos de discussão nos debates parlamentares sobre o projeto de lei que gerou a Lei nº 11.079/04, sendo inclusive uma das razões do longo tempo tomado pelo seu processo legislativo.

Também no exterior essa é uma das principais preocupações com a adoção desse modelo de contrato pela Administração Pública: "Por um lado, esse esquema permite aos governos lançarem e fazerem executar obras e serviços públicos sem necessidade de sobrecarregarem o orçamento nem a dívida pública. Isto é especialmente importante quando os crescentes encargos financeiros com os serviços públicos (por exemplo na área de saúde) coabitam com a necessidade de equilíbrio das finanças públicas ('déficit zero'), de aperto das receitas fiscais (sob pressão da 'competitividade fiscal') e de limitações ao endividamento público, como sucede com o Pacto de Estabilidade e Crescimento da União Européia. Por outro lado, porém, a *Private Finance Iniciative - PFI*, embora desonerando o Estado do investimento inicial, não o liberta naturalmente do pagamento do investimento privado, limitando-se a reparti-lo ao longo de um período de tempo mais ou menos longo. **Tal como no caso do investimento direto do Estado com recurso ao endividamento público, também na PFI sempre serão os contribuintes que pagarão no futuro a factura**. (...) O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do 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. E a gratuidade desses serviços para os utentes torna-os impróprios para funcionarem como '*contervailing power*' face aos concessionários no que respeita aos custos financeiros (são os contribuintes em geral que pagam). Como disse rudemente o insuspeito jornal '*Economist*', a principal virtude da PFI para os seus promotores está em que ela permite 'esconder o verdadeiro custo dos programas de despesa do sector público'. A isso acresce a vantagem de permitir libertar o endividamento para outras despesas públicas, ampliando assim as disponibilidades financeiras do Estado (mas sempre sobrecarregando mais os futuros contribuintes)".[41]

O Direito Brasileiro procurou se armar com alguns antídotos contra esses riscos fiscais das PPP's.

---

[40] Declaração do então Ministro do Planejamento, Guido Mantega, à coluna de Merval Pereira, no jornal O Globo de 13/7/2004. Sobre essas questões de conjuntura, ver Tópico 1 supra.

[41] MOREIRA, Vital. *A Tentação da* "Private Finance Iniciative – PFI", in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, *A mão visível: mercado e regulação*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 188 a 190, grifamos.

O Art. 30, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00)[42] dispõe competir ao Senado Federal o estabelecimento de limites globais para a dívida consolidada e para as operações de crédito dos Entes da Federação, na forma do art. 52, VI a IX, da Constituição Federal, tendo a mesma Lei Complementar definido as operações de crédito como o "compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros" (art. 29, III).

O art. 167, II, CF, por sua vez veda as operações de crédito que "excedam o montante das despesas de capital", salvo as execeções ali contempladas de créditos orçamentários especiais ou especiais.

É importante saber, então, como as obrigações econômicas assumidas pelo Governo com as parcerias público-privadas devem ser contabilizadas: se como dívida, ou como despesa corrente.[43] O detalhamento de como se fará essa contabilização foi transferido para a Secretaria do Tesouro Nacional, nos termos do art. 25 da Lei nº 11.079/04, função que assumirá uma importância notável em relação aos contratos de PPP cuja modelagem financeira os situe em uma zona grísea, entre o endividamento e as despesas correntes.

Se deverá, no entanto, que uma PPP propriamente dita, apesar da semelhança, não envolve juridicamente uma operação de crédito, pois o Estado não encomenda simplesmente uma obra para pagamento em parcelas, mas sim a "operação contínua de uma utilidade, paga por ela própria, construída pelo parceiro privado, sob seu risco e propriedade. As PPP's, então, não devem ser entendidas como a compra de uma obra a prazo pela administração, mas a contratação de um serviço, com remuneração atrelada à sua disponibilidade e ao cumprimento das metas".[44] Os casos limítrofes entre essas duas estruturas contratuais deverão ter a sua contabilização disciplinada pela Secretaria do Tesouro Nacional (art. 25 da Lei nº 11.079/04).

---

[42] *Ex vi* do art. 24, I e § 2º, c/c art. 163, ambos da Constituição Federal, as normas gerais de finanças públicas, aplicáveis a todos os entes da federação, devem ser veiculadas mediante lei complementar.

[43] "A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estipula dois tipos de controle para a criação de despesas por meio da celebração de novos contratos: Controle pelo fluxo ("Pay as you go"), arts. 15-17; e Limite da dívida consolidada e das operações de crédito (LRF art. 29 e seguintes). Se a contraprestação da Administração é caracterizada como pagamento por serviço (despesas correntes) somente o controle pelo fluxo se aplica. Se a contraprestação da Administração é caracterizada como pagamento para a aquisição de um ativo, deve ser classificado como dívida e submetido ao limite de dívida e às condições para contratar operações de crédito" (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Parcerias Público-Privadas. A Lei Brasileira de PPP* , in http://www.sinicon.com.br/050202-MMPR-Le-%20de-PPP-em-portugues.pdf, acessado em 06 de abril de 2005).

[44] COSTA, José Andrade Costa. *Pontos Observáveis aos Aspectos Legais das Parcerias Público-Privadas*, in http://ppp.spg.sc.gov.br/1208/1, acessado em 05 de abril de 2005.

De qualquer forma, dados os inegáveis objetivos de parcial alívio fiscal das PPP's, fica evidente o cuidado da Lei nº 11.079/04 com a responsabilidade fiscal. Muitos dos dispositivos que contemplaram essa preocupação não têm maior importância do ponto de vista do cumprimento de todas as regras específicas da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, já que apenas fixadores do princípio da responsabilidade fiscal (ex., art. 4º, IV, Lei nº 11.079/04) ou da necessidade de observância na fase interna da licitação de regras da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF que não poderiam de qualquer maneira deixar de ser uma lei complementar (ex., art. 10, I, 'b' e 'c', Lei nº 11.079/04).

O dispositivo que realmente tranqüilizou os críticos da possibilidade de as parcerias público-privadas propiciarem a irresponsabilidade fiscal[45] – o "dispositivo do acordo"[46] – foi o art. 22 da Lei nº 11.079/04,[47] que limitou os gastos com parcerias público-privadas a um por cento da receita corrente líquida.[48]

Ficava, contudo o problema de sua constitucionalidade formal, já que teríamos normas de finanças públicas veiculadas em uma lei ordinária, violando assim o art. 163 da Constituição Federal. A solução foi fazer que o art. 22 se dirigisse apenas à União Federal, como uma auto-limitação de gastos, não como uma norma de finanças públicas. Mas como fazer com que o limite de 1% valesse também para Municípios e Estados? A solução dada foi, não forçar que Estados e Municípios cumprissem esse limite sem lei complementar que o estabelecesse, mas sim dispor que a concessão voluntária de garantias e repasse de recursos também voluntários por parte da União aos outros Entes federativos ficasse condicionado a que as suas PPP's cumprissem a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF e o indigitado limite de um por cento, conforme aferição a ser feita pela Secretaria do tesouro Nacional, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.079/04.[49]

---

[45] Entre esses críticos deve ser registrado o papel de destaque que teve o Senador Tasso Jereissati no debate nacional que então se travou.

[46] Para os detalhes das negociações que levaram a essa solução legislativa, ver as declarações do Senador Aloizio Mercadante à coluna de Ribamar Oliveira, n'O Estado de S. Paulo, de 12/11/2004.

[47] *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 subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.*

[48] A receita corrente líquida é, basicamente, a o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidas, entre outros valores, as transferências constitucionais compulsórias a outros Entes da federação (art. 2º, IV e §§ 1º a 3º, Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF).

[49] *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 subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. §§ 1º e 2º* - omissis. Seria plausível se argüir que o art. 28 incide em desvio de poder legislativo, já que condiciona o repasse de recursos voluntários a certos limites de gastos com parcerias público-privadas que, na maioria das vezes, nada têm a

VI. FINANCIAMENTO E GARANTIAS.

Como se constata na Lei nº 11.079/04, a disciplina das PPP's se dirige a concessões que precisam total ou parcialmente de verbas estatais para terem sustentabilidade econômica. Diferentemente das concessões comuns (Lei nº 8.987/95), pelo menos em sua modelagem tradicional, a empresa não terá a segurança que os seus investimentos serão amortizados e remunerados pela cobrança de valores dos usuários. Nas PPP's o concessionário dependerá em parte (concessões patrocinadas) ou exclusivamente (concessões administrativas) que o Poder Público cumpra as suas obrigações pecuniárias para com ele, parceiro privada.

Ocorre que a confiança das qualidades do Estado brasileiro como pagador são muito diminutas. E não sem razão, bastando lembrar a verdadeira moratória em que o Estado se encontra com o pagamento dos precatórios judiciais e as dificuldades nada raras de que os contratados durante uma gestão de Governo recebam os seus legítimos pagamentos em uma outra gestão, como se o contratante fosse o agente público, não a pessoa jurídica estatal da qual ele era apenas um servidor.

Ora, em um contrato que tende a ser de longuíssima duração, como as PPP's, que certamente passarão por várias gestões de Governo, e dependentes de vultosas verbas estatais, não será certamente a mera previsão legal e contratual de que o Estado terá a obrigação de pagar determinados montantes à concessionária que fará com que os virtuais investidores confiem que receberão o que lhes será devido.

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 o seu périplo propondo uma ação no Poder Judiciário, que demoraria anos a 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.

Não há, obviamente, projeto de longo prazo viável em que, ao mesmo tempo, haja tamanha dependência de verbas de uma das partes, e impotência da outra em se necessário executá-las com alguma agilidade.

Foi para tranqüilizar os investidores privados de que, no caso das PPP's, ocorrendo inadimplência do Estado, eles não passarão por tamanhas dificuldades, que a Lei nº 11.079/04 criou uma série de regras especiais em relação às dívidas do Estado com o parceiro privado, o que, não há como se negar, constituem exceção ao caminho que os credores em geral têm que percorrer para receber o pagamento de dívidas do Estado.

---

ver com as necessidades a serem atendidas através dos referidos repasses. Todavia, se vermos a questão do ponto de vista do equilíbrio fiscal global do conjunto das atividades do Ente, o argumento não se sustenta.

Em primeiro lugar, o art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, admite a possibilidade de a lide não precisar ser levada ao Poder Judiciário, ao prever "o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa",[50] nos termos da Lei da Arbitragem. A expressa previsão legal afasta, ao nosso ver, qualquer impugnação à constitucionalidade da adoção da arbitragem nas parcerias público-privadas, uma vez que, mesmo para aqueles que equivocadamente a vêem como uma forma de disponibilização do interesse público, no caso haveria expressa autorização legal para tanto.

Em segundo lugar, ao contrário dos contratos administrativos em geral, em que o foco é dado às garantias de execução contratual pelo particular, há, sem descartar essas, um grande destaque às garantias a serem dadas pelo Estado ao parceiro privado, prevendo o art. 8º da Lei nº 11.079/04 quase todas as garantias em tese possíveis de serem dadas pela Administração Pública,[51] desde que previstas no edital (art. 11, parágrafo único, Lei nº 11.079/04)

Na execução dessas garantias tem se procurado mecanismos que façam com que o parceiro privado eventualmente credor da Administração não fique sujeito à regra constitucional do precatório (art. 100, CF). A Lei Paulista de nº 11.688/04, optou, por exemplo, pela constituição de uma pessoa jurídica de Direito Privado integrante da Administração Indireta – a Companhia Paulista de Parcerias (artigos 12 e segs.) –, com a competência de dar garantias do cumprimento das obrigações do Estado nas PPP's (art. 15, VI e VII), e que, como ente privado, não se subsume ao conceito de "Fazenda Pública", estando, por conseguinte, fora do regime de espera pelo pagamento na ordem dos precatórios.

No âmbito federal, a fórmula escolhida, visando a alcançar os mesmos resultados – exclusão dos precatórios –, foi a constituição pela União de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, de natureza privada, com patrimônio separado dos seus cotistas (União, suas autarquias e Fundações), que o integralizarão mediante bens e direitos (art. 16, Lei nº 11.079/04), sendo

[50] Alguns autores estão aventando a inconstitucionalidade da exigência de a arbitragem ser feita no Brasil e em português por violar o Princípio da Proporcionalidade ao impor restrições sem nenhum ganho para o interesse público, ou seja, restrições desnecessárias. Não nos parece ser assim. A ausência de tal exigência não faria que a admissão da arbitragem fosse inconstitucional, mas, outrossim, não resta dúvida que, ainda mais em se tratando de contrato de relevantíssimo interesse para toda a sociedade, o fato de ser realizado no local de sua execução (no Brasil) e na língua acessível a todos os interessados (os usuários dos serviços públicos objeto do contrato e a imprensa por eles acessada) faz com que haja um controle imediato, uma *accountability* e uma transparência mais incisivos.

[51] Tem havido argumentos no sentido da inconstitucionalidade desse dispositivo em razão de apenas lei complementar poder dispor sobre garantias a serem dadas pelo Estado (art. 163, III, CF). Ocorre que as garantias previstas na Lei nº 11.079/04 podem ser consideradas como já referidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar nº 101/00), especialmente por seu artigo 40.

administrado e representado por instituição financeira controlada pela União (art. 17, Lei nº 11.079/04).[52]

O FGP dará os bens e direitos integralizados como garantia do cumprimento das obrigações assumidas por seus cotistas nos contratos de parceria público-privada (arts. 17, § 3º, e 18). O parceiro privado poderá, em caso de inadimplência do cotista do Fundo, acionar diretamente a garantia dada pelo FGP (hipoteca, penhor, alienação fiduciária ou qualquer outro contrato de garantia art. 18, § 1º) para a satisfação da dívida, sendo inclusive expressamente admitida a constrição judicial dos seus bens (art. 18, §§ 4º a 7º).

O FGP funcionará, assim, como uma espécie de patrimônio de afetação, ou seja, como um patrimônio segregado destinado apenas a garantir o respeito a determinadas obrigações, sendo até mesmo uma afetação parcial, ou seja, de parte do FGP para garantia específica e exclusivamente de determinada dívida (art. 21).

O FGP vem, contudo, sendo impugnado por, conforme se alega, constituir desvio de poder legislativo, ou seja, uma forma de, colateralmente, evadir-se do art. 100, CF, criando uma categoria de credores especiais do Poder Público, que podem ser pagos independentemente de qualquer ordem em relação aos credores em geral.[53] KIYOSHI HARADA afirma também a sua incompatibilidade com o art. 165, § 9º, II, CF, que impõe lei complementar para estabelecer "as condições para a instituição e funcionamento de fundos"; e com o art. 71 da Lei nº 4.320/64 – lei ordinária com força passiva de lei complementar –,[54] que vedaria que os fundos se prestassem a garantir dívidas pecuniárias.[55]

Ora, não parece ser bem assim. O que o art. 165, § 9º, II, CF, impõe é que as condições para a instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar, não que a criação de cada fundo específico o seja. Essa lei complementar (lei-quadro) já existe; é a Lei nº 4.320/64, cujos arts. 71 a 74 se referem apenas à "lei", portanto lei ordinária, para instituir o fundo.

Quanto á alegada violação ao art. 71 da Lei nº 4.320/64, ele apenas afirma que as receitas dos fundos "se vinculam à realização de determinados objetivos

---

[52] O Decreto nº 5.411/05 regulamentou parte do FGP, autorizando a integralização das suas cotas pela União mediante a transferência de uma série de ações de sua propriedade, referentes a participações minoritárias em empresas e às participações que forem desnecessárias à manutenção do controle da União sobre suas sociedades de economia mista. Muitas dessas ações serão inclusive oriundas do Fundo Nacional de Desestatização - FND e do Fundo de Amortização da Dívida Pública Federal - FAD. Entre as ações transferidas ao Fundo encontram-se papéis de empresas como a Petrobrás, Embraer, Eletropaulo, Gerdau e Usiminas.

[53] O dispositivo que mais vem sendo inquinado como inconstitucional é o § 7º do art. 18 da Lei nº 11.079/04, que dispõe: “Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”.

[54] Quando da sua edição não era exigida lei complementar para a matéria, mas, com a imposição dessa exigência pela CF/88 (que recebe as leis com elas apenas formalmente incompatíveis), a Lei nº 4.320/64 passa a só poder ser revogada por leis complementares.

[55] HARADA, Kiyoshi. Parecer elaborado para a Comissão de Precatórios da OAB/SP, disponível na página dessa Entidade na rede mundial de computadores.

ou serviços". Entre esses "objetivos" pode estar, naturalmente, o de garantir dívidas necessárias à realização de projetos de infra-estrutura essenciais ao desenvolvimento nacional.[56]

Quanto ao ponto nodal da violação do art. 100, CF, se considerássemos a criação de qualquer entidade privada da Administração Indireta como desvio de poder legislativo para exclusão do regime de Direito Público de atividade que, constitucionalmente, incumbem primariamente à União, todas elas poderiam ser consideradas inconstitucionais. A possibilidade de criação pela União de entidades de Direito Privado para desempenhar misteres seus é consagrada, entre outros dispositivos constitucionais, no art. 37, *caput*, CF, que expressamente prevê as modalidades de entidades da Administração Indireta, inclusive as de Direto Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Quando a União cria uma pessoa jurídica de Direito Privado da sua Administração Indireta para desempenhar atividades de sua competência constitucional, as exclui, ainda que parcialmente, do regime jurídico de Direito Público, inclusive da execução de dívidas pelo sistema de precatório, já que o art. 100, CF, submete apenas a "Fazenda Pública". Isso, contudo, antes de ser uma ilegítima "fuga do Direito Público", é uma possibilidade constitucionalmente admitida de os Entes federativos buscarem o atendimento mais eficiente dos seus objetivos, ressalvada apenas a vedação da entidade de Direito Privado exercer atividades de *jus imperii*, ou seja, de imposições unilaterais aos particulares.

Para CARLOS ARI SUNDFELD[57] o fato de o FGP não possuir expressamente personalidade jurídica não ilide essa conclusão em razão de a sua situação ser idêntica à de uma pessoa jurídica, já que possui patrimônio, obrigações e diretos próprios, nos termos do art. 16, § 1º, Lei nº 11.079/04.

O FGP parece fazer parte da categoria um tanto atípica das universalidades jurídicas, como o condomínio e o espólio, e o fato de ser administrado por outra pessoa jurídica não impede essa sua caracterização, já que é perfeitamente possível que a administração até mesmo de pessoas jurídicas propriamente ditas seja atribuída a outra pessoa jurídica. Tanto é assim que, em caso de se ter que propor uma ação contra o FGP, deverá ele próprio ser acionado, não a União, o que acarretaria o mecanismo de pagamento por precatório. Tampouco será acionada a pessoa jurídica que o administra, que não o tem como uma propriedade sua. O réu em uma ação dessas será o próprio

---

[56] O Direito Administrativo Comparado chega a fazer referência ao "Princípio da Impenhorabilidade dos Fundos Públicos, saídos do Erário, enquanto permanecerem sendo aplicados na finalidade para a qual foram criados, salvo se for penhorado para a realização dessa própria finalidade, o que, naturalmente, será permitido. O Princípio, assim colocado, é essencial para que a finalidade pública à qual o Fundo está afetado não fique frustrada e para que o beneficiário do apoio do Estado não sofra com o inadimplemento da Administração Pública em razão de uma ação de terceiro. O interesse público visado pela concessão da ajuda pública assim exige que seja" (RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 187/8).

[57] Baseamo-nos na opinião manifestada pelo publicista em palestra proferida em abril de 2005 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ sobre o tema.

FGP, representado pela instituição financeira que o administra, da mesma forma que ações são propostas contra o Espólio, representado por seu inventariante.

As vantagens do modelo de fundo-garantia sobre o de empresa-garantia são a economia com despesas administrativas e de pessoal, além de evitar que o fundo possa, a qualquer momento, como as empresas públicas, ser extinto por lei. Em relação ao FGP, o art. 10 da Lei nº 11.079/04 dispõe que a sua eventual extinção só poderá ser ultimada depois da quitação de todos os débitos por ele garantidos, o que sequer pode ser contrariado por lei superveniente em relação a contratos já assinados, pois o Fundo constituirá um elemento nuclear desses atos (contratos) jurídicos perfeitos, protegidos, portanto, contra alterações legislativas, nos termos do art. 5º, XXXVI, CF.

Colocadas as garantias especiais que os concessionários podem, diretamente, receber do Poder Público, verificamos que o marco jurídico das parcerias público-privadas não ficaria completo para o objetivo de atrair investimentos bastante vultosos para projetos de amortização de longo prazo, se, não só às empresas que se comprometeram a executar o serviço, como os seus financiadores,[58] tivessem garantias satisfatórias. Teríamos uma empresa operadora com segurança, mas sem crédito para a execução do projeto.

Como os financiadores via de regra não possuem relação contratual direta com Poder Público, não integrando o contrato de PPP como parte, as garantias do empréstimo à concessionária não incidirão sobre direitos e bens do Estado ou do seu fundo ou empresa garantidora, mas sim sobre direitos do próprio concessionário oriundos da relação contratual por ele mantida com o Estado.

A Lei nº 11.079/04 expressamente permite, nessa senda, a subrogação do financiador em diretos do concessionário, como a possibilidade de empenhos (art. 5º, § 2º, II, Lei nº 11.079/04) e pagamentos de indenizações (art. 5º, § 2º, III, Lei nº 11.079/04) serem realizados diretamente em seu nome, e a própria assunção da concessão pelo financiador, como uma "intervenção" na concessão pela instituição financeira, ainda que controlada pelo Estado (art. 9º, § 5º, Lei nº 11.079/04), independentemente do atendimento das "exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço" impostas nas concessões comuns pelo art. 27, parágrafo único, I, Lei nº 8.987/95 (art. 5º, § 2º, I, Lei nº 11.079/04).

O dispositivo não é inconstitucional, mas a sua concretização em determinado contrato ou edital de licitação poderá vir a sê-lo se for permitida uma verdadeira cessão contratual forçada da concessionária vencedora da licitação para uma instituição financiadora que não participou do certame, violando a regra constitucional da licitação. Mas não haverá óbices constitucionais se a admissão contratual da "intervenção" prevista no art. 5º, § 2º, I, da Lei nº 11.079/04, visando à preservação da própria sobrevivência do contrato e à continuidade da atividade

[58] Os financiadores podem ser pessoas jurídicas da iniciativa privada ou integrantes da Administração Pública, sujeito o financiamento, nesses casos, aos limites fixados no art. 27 da Lei nº 11.079/04. A participação de entidades fechadas de previdência complementar como financiadoras de parcerias público-privadas só será admitida nos termos serem regulamentados pelo Conselho Monetário Nacional (art. 24, Lei nº 11.079/04).

pública que constitui o 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, inclusive às demais classificadas na licitação, nos termos que forem subsidiariamente aplicáveis da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 8.987/95, inclusive, nesse ponto, do seu art. 27, como prevê o art. 9º, § 1º, da Lei nº 11.079/04.

VII. PECULIARIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

Não vamos nesse Tópico traçar detalhadamente o *iter* de todo o procedimento licitatório para a contratação de PPP's, mas apenas destacar algumas características mais peculiares dessa disciplina, destacando aquelas relacionadas diretamente com a própria natureza do instituto.

A licitação para contratação de parcerias público-privadas é regida em parte pela Lei nº 11.079/04, já que essa contém algumas normas específicas, aplicando-se-lhes subsidiariamente alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95 expressamente mencionados pela Lei nº 11.079/04, e a Lei nº 8.666/93, que continua sendo o sistema normativo central das licitações públicas sobre os quais gravitam diversos subsistemas, como o da legislação do pregão, o das concessões comuns e, agora, o das licitações das PPP's.

Não há uma norma explícita determinando de forma genérica a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 às parcerias público-privadas. Há, no entanto, normas remetendo a essa Lei em determinados temas específicos, como as garantias de proposta a serem dadas pelo contratado (art. 11, I, Lei nº 11.079/04). E, de qualquer forma, a Lei nº 11.079/04 prevê em seu art. 10, *caput*, que a licitação das parcerias público-privadas se dará por concorrência, modalidade de licitação disciplinada somente na Lei nº 8.666/93.

A concorrência, tal como disciplinada na Lei nº 8.666/93, será aplicada 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 (arts. 11, *caput,* e 12, II, Lei nº 11.079/04).

Os pontos da Lei nº 8.987/95 expressamente aplicáveis às licitações das PPP's são os seguintes: critérios de julgamento pela menor tarifa e de menor tarifa combinado com o de melhor técnica (art. 15, I e V, Lei nº 8.987/95), desclassificação de propostas inexeqüíveis (art. 15, § 3º, Lei nº 8.987/95), desempate em favor de empresas brasileiras (art. 15, § 4º, Lei nº 8.987/95), as cláusulas necessárias do edital (art. 18, Lei nº 8.987/95), as regras para a participação de consórcios (art. 19, Lei nº 8.987/95) e o ressarcimento pelo vencedor da licitação das despesas havidas pelo Estado com a elaboração de projetos para aquele contrato (art. 21, Lei nº 8.987/95).

Grande parte das regras de licitação fixadas pela Lei nº 11.079/04 para as parcerias público-privadas são dirigidas à fase interna da licitação, ou seja, aos momentos em que, antes da divulgação do edital, a Administração Pública ainda

está aferindo a possibilidade e a conveniência de buscar a celebração de determinado contrato e a modelagem que mais lhe convém.

A grande preocupação da Lei nº 11.079/04 (art. 10) nessa fase foi com a sustentabilidade financeira do projeto, o respeito às regras de responsabilidade fiscal e a eleição das prioridades a serem atendidas com os projetos de PPP, já que há limites financeiros para a adoção do instrumento da PPP.

O cuidado com esse último aspecto é tanto, que se chegou a criar um órgão específico (Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas Federais – art. 14, Lei nº 11.079/04 e Decreto nº 5.385/05) só para desempenhar essa função seletiva,[59] modelo que vem sendo acompanhada também pelas legislações estaduais, geralmente até com a mesma nomenclatura (ex., Lei nº 12.930/04, do Estado de Santa Catarina, art. 13).

Na fase interna da licitação, especialmente das concessões patrocinadas, também deverá ser expressamente justificada a adoção dessa modalidade em detrimento da concessão comum, que não requer verbas públicas, sob pena de violação do princípio da Economicidade (art. 70, CF). Deve-se realmente ter extremo cuidado para que empreendimentos que poderiam ser assumidos pela iniciativa privada sem divisão de riscos com o Poder Público, agora oportunistamente adotem o modelo das parcerias público-privadas apenas para terem maiores garantias e remuneração estatal, não por inviabilidade do negócio financiado apenas por tarifa.[60]

Ainda na fase interna da licitação, mas situada já no limiar do início da fase externa, o art. 10, VI, da Lei nº 11.079/04, prevê a realização de consulta pública antes da publicação do edital, devendo haver pelo menos trinta dias para comentários dos interessados (empresas, entes públicos, entidades da sociedade civil, etc.), prazo que deve se encerrar no mínimo sete dias antes da data prevista para a publicação do edital. O sentido desse prazo de sete dias é que a consulta pública não seja um simulacro de abertura da Administração Pública à oitiva da opinião da sociedade. A Administração não é, naturalmente, obrigada a seguir as opiniões manifestadas na consulta pública, mas até mesmo em razão do direito constitucional de petição e da obrigação de motivação dos atos administrativos, deve explicitar as razões pelas quais aceitou ou não as sugestões apresentadas.

O prazo de sete dias é sem dúvida exíguo, razão pela qual a Administração Pública deve já ir analisando as sugestões apresentadas ao longo dos trinta dias anteriores ou, se necessário, fixar um prazo maior que sete dias de anterioridade em relação ao edital. Poderá até adiar a publicação do edital. O que não pode é publicá-lo sem apreciar satisfatoriamente as sugestões da consulta pública.

---

[59] Detalhes desse órgão gestor serão vistos no Tópico 9 infra.

[60] Naturalmente que nessa justificativa da adoção da PPP a Administração Pública ponderará condições não apenas *stricto sensu* tarifárias, mas também sócio-econômicas, restando-lhe, sem dúvida, um grande (mas não ilimitado) espaço de apreciação razoável na adoção de um ou outro modelo contratual.

Há, portanto, dois requisitos de validade do edital de licitação da PPP à luz do art. 10, VI, da Lei nº 11.079/04: consulta pública prévia **e** resposta às sugestões nela apresentadas.

Passemos, pois, à fase externa da licitação das parcerias público-privadas, disciplinada, sobretudo pelo edital publicado na imprensa oficial. Dela cuidam os artigos 11 a 13 da Lei nº 11.079/04.

O art. 11 prevê a aplicação de uma série de dispositivos da Lei nº 8.987/95, a exigência de garantia de proposta por parte dos licitantes, a possibilidade de adoção da arbitragem e que as garantias a serem dadas pelo Poder Público devem estar fixadas no edital, aspectos que já foram tratados.

Especificamente quanto à determinação de as garantias a serem dadas pelo Estado já deverem estar previamente expressas no edital, trata-se de manifestação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, *caput*, Lei nº 8.666/93), ainda mais em se tratando de parcerias público-privadas, em que a questão da garantia estatal é primordial, muitas vezes determinante da participação dessa ou daquela empresa no certame.[61]

O inciso II do art. 11, Lei nº 11.079/04, dispositivo acrescentado no processo legislativo do Congresso Nacional, determinava que o edital poderia prever a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras. O que se pretendia era, *a contrario sensu,* vedar que a ele pudesse ser conferida a possibilidade de elaborar o projeto básico,[62] tendo merecido o veto do Chefe do Poder Executivo porque o espírito das parcerias público-privadas é

[61] Não nos parece, contudo, que a aplicação concreta desse dispositivo – o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 11.079/04 – possa levar a engessamentos irrazoáveis e desinteressantes para ambas as partes, durante todo o período do contrato, não sendo de se descartar, portanto, que, à luz dos princípios da proporcionalidade, economicidade e eficiência da Administração Pública, a garantia possa por acordo das partes ser modificada, sempre a depender da análise cautelosa e parcimoniosa de cada caso concreto.

[62] Vejamos as definições de projeto básico e executivo dadas pela Lei nº 8.666/93: *IX - 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; X - 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.*

justamente se valer da *expertise* privada para dar melhores soluções às necessidades públicas.[63] Alguns elementos do projeto básico deverão, contudo, estar estabelecidos no edital, mas apenas na medida do necessário para que o contrato tenha um objeto identificado.[64]

O que se busca é fixar o resultado final a ser alcançado pelo contrato, deixando a definição dos meios para alcançá-los o mais 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.[65]

Mesmo com o veto ao inciso II do art. 11, da Lei das parcerias público-privadas, poderá haver discussão a respeito de ele ter sido ou não suficiente para conferir ao licitante a elaboração do projeto básico ao licitante. Poser-se-ia argumentar que os fundamentos do veto não integram a lei e que a Lei nº 11.079/04 não admite expressamente essa possibilidade, bem como que a modalidade licitatória da concorrência, tal como disciplinada na Lei nº 8.666/93, determina a existência do projeto básico.

Ocorre que, os fundamentos do veto, apesar de logicamente não integrarem a lei, constituem elementos importantíssimos para a sua interpretação. E, ademais, a aplicação da Lei nº 8.666/93 é, como já explicitado, meramente subsidiária, apenas no que couber, e, na matéria, a *ratio* de todo o sistema da Lei nº 11.079/04 é justamente o de se valer dos benefícios oriundos de se ter uma pareceria com a iniciativa privada, inclusive para que ela elabore o melhor detalhamento possível de como o objeto contratual será realizado, que é justamente o papel do projeto básico.

---

[63] 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 parceiras 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".

[64] Note-se que já nas concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, as idéias de flexibilidade na eleição dos meios para atingir os objetivos contratuais e de inexistência de projeto básico sempre estiveram presentes. Contrariamente a essa assertiva, sustentando a necessidade de projeto básico nas licitações para as concessões da Lei nº 8.987/95, ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 513.

[65] Lei nº 8.666/93, art. 7º, § 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

Nas licitações de PPP's admite-se a qualificação técnica anterior ao julgamento (art. 12, I), como um fator de desclassificação do licitante, o que, aliás, também já era admitido pelo art. 114 da Lei nº 8.666/93, aplicável às parcerias público-privadas no que couber.

Quanto aos critérios de julgamento, foram admitidos os de menor tarifa, de menor tarifa combinado com o de melhor técnica (art. 12, II, Lei nº 11.079/04, c/c art. 15, I e V, Lei nº 8.987/95), menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública, contraprestação que será a totalidade (concessões administrativas) ou uma parcela (concessões patrocinadas) das receitas do concessionário, ou, por derradeiro, o critério de julgamento da menor contraprestação combinada com a melhor técnica (art. 12, II e § 2º).

Note-se que a não alusão ao critério de maior outorga (valor pago pelo licitante vencedor), admitido pelo art. 15 da Lei nº 8.987/95 para as concessões comuns, é eloqüente, pois veda que o Estado possa cobrar do particular pelo direito de exercer aquela atividade. Com efeito, o Estado já está financiando uma infra-estrutura, e, se não houvesse essa vedação, as parcerias público-privadas poderiam acabar tornando-se substancialmente contratos de empréstimo para o Estado. O Estado, na verdade, pagaria ao longo do tempo o dinheiro que lhe teria sido pago na assinatura do contrato, comprometendo mais ainda as finanças públicas das gerações vindouras.

É admitida a combinação de propostas escritas com lances verbais (art. 12, III e § 1º, Lei nº 11.079/04), sob inspiração da legislação do pregão, tão criticado inicialmente por setores da doutrina, mas que, na prática, demonstrou grande ganho de economicidade para a Administração Pública.

Ainda sob inspiração da modalidade licitatória do pregão, o art. 13 admite a inversão das fases da licitação. O edital poderá prever que primeiro se decidirá o licitante que ofertou a melhor proposta e os em seguida classificados, para, em um segundo momento, verificar sucessivamente se cumpriram as condições de habilitação. Inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital, sendo o objeto da licitação adjudicado ao vencedor habilitado nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. [66]

É bastante mitigada 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. Nas parcerias público-privadas, o art. 12, IV, da Lei nº 11.079/04, admite uma ampla possibilidade de correção de falhas na documentação,

[66] Na matéria dos artigos art. 12, III e § 1º, e 13 da Lei nº 11.079/04, entendemos que, face à identidade de *ratio*, pode haver também a aplicação subsidiária da legislação do pregão, no que couber, naturalmente, considerando que foi nela que esses dispositivos se abeberaram para disciplinar as licitações das parcerias público-privadas.

inclusive, *a contrario sensu* do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, com a apresentação de documentos não constantes originariamente dos envelopes de habilitação, ainda mais porque a habilitação só será verificada em relação ao licitante vencedor.

É lógico, contudo, que a faculdade de saneamento de falhas na documentação deve ser admitida razoavelmente, não podendo o licitante participar da licitação de forma temerária, postergando as condições de sua habilitação para esse momento. Não seria, por exemplo, admissível, por imposição inclusive do princípio da boa-fé que rege as relações entre particulares e a Administração Pública, que empresa, sabedora de determinada dívida fiscal, deixasse para quitá-la apenas se sagrada vencedora, apresentando apenas então a devida certidão negativa de débitos.

VIII. PECULIARIDADES DO CONTRATO.

As características principais dos contratos de parcerias público-privadas já foram vistas ao analisarmos as suas duas espécies. O presente Tópico se destina a detalhá-las e a tratar de algumas características ancilares da disciplina a eles dada pela Lei nº 11.079/04.

A maioria das cláusulas obrigatórias nos contratos de parcerias público-privadas já decorreriam da aplicação – a ambas as espécies de PPP's – do art. 23 da Lei 8.987/95, determinada pelo *caput* do art. 5º da Lei nº 11.079/04 (penalidade, atualização monetária...).

VIII.1. DIVISÃO DE RISCOS.

Um dos pontos específicos mais relevantes a ser minuciosa e, sobretudo, objetivamente disciplinado nos contratos de PPP é a repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado, o que terá intrínseca relação com os valores a serem pagos pelo Poder Público. Há nas parcerias público-privadas "o elemento de arbitramento (repartição) de riscos. Cada PPP envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do escopo da parceria. Em termos de definição legal, é importante que se deixe claro o fato de ser inerente a uma PPP um regime de riscos compartilhado e absolutamente detalhado em contrato".[67]

Nos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei nº 8.666/93, o risco é exclusivo da Administração Pública, que contrata a realização de determinada obra pública ou a prestação de serviço por determinado valor, independentemente de a obra ou o serviço vierem a ser efetivamente utilizados, ou em que intensidade o serão. Será sempre devido ao co-contrante privado o valor pré-fixado na licitação, após a entrega do objeto do contrato.

---

[67] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, mimeo, 2005.

Já nas concessões comuns, disciplinadas pela Lei nº 8.987/95, o risco é, como já visto acima, pelo menos de acordo com a teoria tradicional, tendencialmente do concessionário privado. Se o serviço público concedido vai ser mais ou menos efetivamente utilizado pelos seus destinatários finais, é em princípio considerado um risco inerente ao negócio. Apenas o risco por fatos imprevisíveis (ex., racionamento de energia que gera uma inesperada redução de energia) ou de responsabilidade do próprio Estado (ex., aumento de tributos, alteração unilateral do contrato) são assumidos pelo Poder Concedente por força do direito do concessionário ao re-equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.[68]

As PPP's se situam exatamente entre esses dois modelos, permitindo uma divisão de riscos entre o Poder Público e o concessionário maior do que a meramente direcionada a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii.* Admite, portanto, uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados como fatos imprevisíveis para efeito de re-equilíbrio de uma equação econômico-financeira estática.[69]

A Lei não vai, contudo, a pormenores de qual seria a divisão de riscos que caracterizaria as parcerias público-privadas. Atribui essa especificação, ao contrato, que deverá prever a repartição objetiva dos riscos entre as partes (artigos 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04).[70]

A Lei nº 11.079/04, portanto, diversamente das Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, que já estabeleceram um critério básico de divisão de riscos, apenas prevê que o Poder Público assumirá parcela dos riscos através do pagamento de determinadas quantias ao parceiro privado. A Lei das parcerias público-privadas delega ao contrato, à autonomia contratual da Administração Pública, legalmente estabelecida e delimitada, a determinação de que parcela de riscos será assumida pelo Estado e os critérios de como será calculada em pecúnia.[71]

---

[68] Já vimos, acima que mesmo nas concessões comuns é possível uma modelagem não tão rígida como o seu modelo teórico tradicional.

[69] Deve ser lembrado que a revisão qüinqüenal, prevista em muitos contratos de concessão, já representou uma grande evolução em relação à equação econômico-financeira estática.

[70] "Cada parceria, consoante seu objeto específico e seu arranjo de viabilidade, haverá de ter uma delimitação específica. Segue daí que o verdadeiro regime da PPP não estará na lei e sim no contrato que lhe dá forma" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, mimeo, 2005).

[71] A remuneração a ser arcada pelo Estado pode, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.079/04, ser tanto em dinheiro, como em direitos sobre bens públicos (ex., construção de um teatro, com o direito de explorar um *shopping* anexo a ele). Em estudo pioneiro sobre a matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello propunha a seguinte solução para quando o Estado não tivesse verbas orçamentárias para arcar com determinada obra pública, nem os cidadãos condições de

Não há, portanto, modelagem contratual de divisão de riscos que seja *ex ante* vedada ou fixada pela Lei nº 11.079/04, havendo considerável margem discricionária administrativa para, na modelagem da desestatização que se estiver tratando, adotar os mais diferenciados modelos de repartição de riscos, podendo-se chegar inclusive ao chamado "pedágio -sombra", muito utilizado em parcerias público-privadas em rodovias de Portugal, em que é medido o tráfico na via, mas o pedágio não é pago pelos usuários, mas sim direta e integralmente pelo Estado.[72]

Mesmo em relação aos riscos decorrentes de fatos imprevisíveis (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária), o art. 5º, III, 2ª parte, da Lei nº 11.079/04, confere ao contrato a atribuição de definir como serão repartidos. A Lei determina que o contrato deverá necessariamente prever como os riscos serão repartidos, mas não há determinação legal de como deverão sê-lo.

PAULO MODESTO sustenta que todos esses riscos devem ser divididos entre as partes (por exemplo, os custos decorrentes de um aumento de imposto deveriam deixar de gerar um direito integral do concessionário ao re-equilíbrio contratual, devendo ele arcar com parte desse gravame), o que não nos parece ter sido pré-determinado pelo Legislador.[73]

---

pagar pelo seu uso: "O Estado dispõe de seu próprio patrimônio imobiliário (normalmente vasto). O todo ou a parte de cada uma das suas propriedades que não tinha que estar necessariamente comprometida com uma utilização pública podem ser adscritos à exploração econômica dos empreendedores particulares que, neles ou em outro sítio, se disponham a realizar as obras públicas em cuja realização o Poder Público esteja interessado. Dependendo do vulto e da natureza do empreendimento, a parte do patrimônio imobiliário estatal alheia ao uso especial da Administração e não voltada à utilização coletiva pode ser outorgada a título de concessão de uso, concessão de direito real de uso, aforamento ou simplesmente alienada ao empreendedor particular como meio de pagamento de obras por este custeadas" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra Pública a Custo Zero (instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero)*, in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, vol. 03, 1993, p. p. 32).

[72] "Quando a exploração da obra se dá de uma forma que não se prevê retribuição alguma por parte do usuário, sendo a Administração Pública que paga ao concessionário, o risco comercial se transfere integralmente a ela. Todavia, há uma forma intermediária entre esse modelo e o da remuneração exclusiva pelos usuários: consiste em deixar com Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento, modulando-o, contudo, de acordo com uso que for feito pelos usuários da infra-estrutura. Quanto maior o êxito na exploração, maior a remuneração. Esta seria a forma do pedágio-sombra puro, que, naturalmente, admite modulações de financiamento misto, procedente parcialmente da Administração e em parte dos usuários Em todos esses casos não se produz uma transferência integral dos riscos à Administração Pública, com o qual o recurso ao financiamento privado mantém o seu verdadeiro sentido" (MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General,* Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1314).

[73] Vejamos, contudo, com mais vagar a fundamentada posição do jurista baiano: "As concessões de obra ou serviço público são caracterizadas no Brasil como contratos administrativos em que o **risco é exclusivamente do concessionário**. Essa concepção, no entanto, é antes um **mito** (ou um "mantra dogmático", um fraseado repetido sistematicamente, sem reflexão ou crítica) do que um dado da ordem jurídica positiva: o direito brasileiro reduz o conceito de álea ordinária – conjunto de riscos que o concessionário deve suportar – e amplia ao máximo a proteção do concessionário em face da álea extraordinária (nas duas modalidades, álea administrativa e álea econômica), obrigando o Estado a assumir diversos riscos durante o contrato

O que a Administração Pública não pode é, no uso da margem de modelagem dada pela Lei nº 11.079/04, adotar critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto e a sua natureza de delegação, como ocorreria se, por exemplo, a Administração Pública devesse pagar quantia fixa, sem relação com a quantidade e qualidade das utilidades disponibilizadas pelo parceiro privado.[74] Nesse caso, não se trataria mais de parcerias público-privadas, mas sim de contrato administrativo comum, apenas excepcionada a regra de trinta dias para a realização dos pagamentos após a entrega do objeto contratual ou de suas parcelas à Administração (art. 40, XIV, Lei nº 8.666/93). Não haveria a repartição de riscos preconizada nos artigos 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04.

A liberdade administrativa de modelar a repartição de riscos nas parcerias público-privadas não pode, assim, equivaler nem ao modelo da Lei nº 8.666/93,

---

de concessão de serviço ou de obra pública. A teoria do fato do princípe nos contratos de concessão, por exemplo, possui entre nós um alcance muito mais amplo do que no direito francês: no direito brasileiro, de ordinário, o Estado cobre com exclusividade os desequilíbrios contratuais decorrentes de medidas gerais por ele impostas que afetem indistintamente toda a coletividade (como os tributos), o que não ocorre, como regra, no direito francês. Por igual, entre nós a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem sido extremamente generosa para o concessionário, pois diante de fatos imprevistos, excepcionais, que afetem a economia do contrato têm-se invocado a responsabilidade integral do Estado pela cobertura destes riscos, enquanto no direito francês os prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis e anômalos (álea econômica) são partilhados entre o concedente e o concessionário. Essa dupla redução de riscos para o concessionário é extraída, pela doutrina majoritária, do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na parte que estatui que as obras e serviços serão contratados "com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta". Sem embargo dessas garantias do concessionário, que nada mais são do que assunção pelo Estado de parte dos riscos da concessão, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define a concessão de obra ou serviço público como contrato em que o concessionário deve fazer prova de possuir capacidade para executar a obra ou serviço "por sua conta e risco" (art. 2º, II, III e IV). A Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a "repartição objetiva de riscos entre as partes" (art. 4º, VI), inclusive os "referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III). Não tenho dúvida que muitos autores inquinarão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de "condições efetivas da proposta" não deve atinar apenas com o preço e as tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos nos contratos de parceria público-privada, um objetivo catálogo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais os riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte. É o início do fim dos contratos administrativos elípticos e mal ajustados, de poucas páginas, que asseguram todas as garantias possíveis ao concessionário e deixam o Estado sem clareza sobre a extensão do risco efetivo assumido pelo concessionário" (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, 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-privadas*, texto inédito em mimeo gentilmente fornecido pelo autor, 2005, grifos do original).

[74] "Ser for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas ao seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 504).

nem ao da Lei nº 8.987/95, com o que o contrato seria respectivamente caracterizado como contrato administrativo em geral (terceirização ou empreitada) ou como concessão comum, não como uma parceria público-privada regida pela Lei nº 11.079/04[75].

Além disso, sempre que possível, a critério do edital, eventuais lucros acima de determinado limite também poderão ser repartidos, havendo a obrigação de as vantagens oriundas da redução dos custos de financiamento, em virtude das garantias especiais dadas pelo Poder Público nesse tipo de contrato, serem necessariamente repartidas (art. 5º, IX, Lei nº 11.079/04).[76]

Por derradeiro, no caso de concessões patrocinadas, o aporte financeiro do Poder Público não pode ser superior a setenta por cento da remuneração do particular, salvo autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, Lei nº 11.079/04).[77]

---

[75] É assim que, ao nosso ver deve ser interpretado o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.079/04, segundo o qual "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". O verbo "poderá" nesse contexto, combinado com os artigos 4º, VI, e 5º, III, da mesma Lei, é no sentido da admissão de uma estrutura contratual de repartição de riscos não admissível *a priori* nas concessões comuns e nos contratos administrativos em geral regidos pela Lei nº 8.666/93. Há, contudo, ao nosso ver, diante de algumas das modalidades de contraprestação pública previstas no *caput* do art. 6º (ex., cessão de créditos e de direitos sobre bens públicos) a possibilidade de direitos fixos serem outorgados ao particular, sempre dependentes, contudo, de uma qualidade e quantidade mínima de utilidades públicas a serem proporcionadas pelo particular.

[76] Ver também as restrições percentuais ao financiamento por entidades da Administração Pública constantes do art. 27.

[77] Pode vir a ser sustentado que a exigência de autorização legislativa específica como meio de controle da atividade contratual da Administração Pública é inconstitucional por violação da separação dos poderes. Essa tem sido a posição adotada pelo STF em relação às exigências de autorização legislativa para a Administração Pública celebrar convênios. Veja-se, por exemplo, a ADI 342/PR, relatada pelo Min. Sydney Sanches: "Ementa: Direito constitucional. convênios: autorização ou ratificação por assembléia legislativa. Usurpação de competência do Poder Executivo. Princípio da separação de poderes. Ação Direta de Inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná, que diz: 'Compete, privativamente, à Assembléia legislativa: XXI - autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembléia Legislativa, nos noventa dias subseqüentes à sua celebração'. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembléia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná". O argumento não é, contudo, aplicável à espécie em razão de o art. 175 , parágrafo único, exigir lei para a disciplinar cada serviço público que vier a ser prestado mediante concessão, e a autorização específica seria, então, se for o caso, conteúdo necessário dessa lei.

VIII.2. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE).

O art. 9º da Lei nº 11.079/04[78] estabelece que o contrato de PPP deve sempre ser celebrado com uma sociedade de propósito específico – SPE, ou seja, uma sociedade constituída, sob qualquer modalidade societária, especificamente para realizar o empreendimento licitado, que constituirá o seu objeto social único. Em outros termos podemos dizer que a SPE é uma *joint venture* personalizada.

Normalmente a SPE é constituída apenas após definida a vencedora da licitação (mas, naturalmente, antes do contrato, que deverá ser por ela assinada já como SPE).

A depender da situação concreta e do que dispuser o edital de licitação, a empresa vencedora constitui uma subsidiária que será a SPE ou, em caso do vencedor ser uma consórcio, ele próprio poderá ser transformado na SPE. Ainda é admissível a hipótese de a partilha dos riscos da PPP ser instrumentalizada através da entrada do Estado como sócio do licitante vencedor na sociedade de propósito específico que será a concessionária, o que constituiria um interessante e seguro (dada a consolidação do Direito Societário) mecanismo de divisão de riscos e lucros entre o Estado e o parceiro privado.

Caso se opte por esse modelo, a Administração Pública não poderá ser controladora da SPE (art. 9º, § 4º, Lei nº 11.079/04). Poderá até ter a maioria do capital, mas não a maioria do capital votante. Note-se ainda que, face ao art. 7º da Lei nº 11.079/04, que determina que a contraprestação pública só pode ser feita após disponibilizado o serviço ou a infra-estrutura, o Estado deverá, antes desse momento, apenas subscrever a sua participação, integralizando-a apenas após a referida disponibilização. [79]

A grande vantagem da SPE nas PPP's é facilitar o controle da execução do contrato e a saúde financeira da concessionária e do respectivo *project finance*, tanto por parte do Poder Concedente, como dos financiadores da concessionária, em virtude da segregação patrimonial, contábil e jurídica que a SPE implica. Se a concessionária de PPP não tivesse que ser uma SPE, possuindo outras atividades, poderia haver uma nebulosidade em relação aos investimentos e receitas concernentes especificamente ao empreendimento público diante do conjunto de todas as outras atividades da empresa.

---

[78] O art. 9º da Lei nº 11.079/04 pode ser considerado tanto uma norma sobre contratos administrativos, como também uma norma de Direito Societário, ramo do Direito Comercial, cuja competência para legislar é privativa da União (art. 22, I, CF).

[79] Nessa e em outras passagens desse Tópico valemo-nos das valiosas contribuições trazidas por Henrique Bastos Rocha, em palestra proferida na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro sobre o tema das sociedades de propósito específico nas PPP's, em 2005.

IX. ÓRGÃOS PLANEJADORES E REGULADORES DAS PPP'S.

Ao tratarmos da limitação das PPP's a projetos de mais de R$ 20 milhões já percebemos que essa modalidade contratual administrativa não se destina a ser usada pela Administração Pública de forma generalizada, mas sim focadamente em determinados projetos prioritários do ponto de vista do desenvolvimento nacional, devendo, portanto, ser inseridas dentro de um projeto nacional global.

Não é por outra razão que a Lei nº 11.079/04, no Capítulo aplicável apenas à União (Capítulo VI),[80] prevê em seu art. 14, regulamentado pelo Decreto nº 5.385/05, a constituição de um órgão gestor das parcerias público-privadas,[81] integrado e subordinado ao Executivo Central,[82] com amplas competências em relação às PPP's, sendo que algumas dessas competências vão além do que se poderia supor integrar apenas uma função de planejamento.[83]

Nos termos do art. 14 da Lei nº 11.079/04 compete ao órgão gestor definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, o que certamente constitui uma função de planejamento e definição de macro-políticas públicas. Todavia, as competências, previstas no mesmo artigo, de disciplinar os procedimentos para a celebração dos contratos e de aprovar o respectivo edital tendem a constituir um desnecessário exercício de funções técnico-executivas que, idealmente, seriam da competência dos órgãos setoriais tecnicamente especializados (Ministérios ou agências reguladoras, dependendo do setor).

Ao prever a competência do órgão gestor para apreciar os relatórios de execução dos contratos, a Lei nº 11.079/04 pode parecer mesmo entrar no núcleo das competências das agências reguladoras de serviços públicos, que é justamente fiscalizar a execução dos contratos de concessão.

Essa percepção centralizadora do órgão gestor, não mitigada pelos termos genéricos com que o art. 15 da Lei nº 11.079/04 assegura algumas competências aos Ministérios e agências reguladoras,[84] é reforçada pelo Decreto nº 5.385/05,

---

[80] O modelo vem, no entanto, sendo seguido, com maior ou menor espírito centralizador, pelas leis estaduais.

[81] O Decreto nº 5.385/05 o denomina de Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP.

[82] O órgão gestor possui uma composição que vem sendo criticada por ser demasiadamente centralizadora, já que integrado apenas pelos Ministérios do Planejamento, da Fazenda e pela Casa Civil. Das suas reuniões poderão participar, sem direito a voto, o órgão da Administração **Direta** (excluídas, portanto, autarquias eventualmente competentes, inclusive agências reguladoras) cuja área de competência seja pertinente ao objeto da licitação em análise.

[83] Também lhe são atribuídas funções de controle do atendimento pelo projeto de PPP em análise dos limites fiscais impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela própria Lei nº 11.079/04 (art. 14, § 3º, II, Lei nº 11.079/04).

[84] *Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com*

que o regulamentou, e que em seu art. 3º atribui ao órgão competências para apreciar e aprovar os relatórios semestrais de execução de contratos de parceria público-privada, enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras; autorizar a abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios, os contratos e as suas alterações; estabelecer modelos de editais de licitação e de contratos de parceria público-privada e estabelecer os procedimentos básicos para o seu acompanhamento e avaliação periódica.

Algumas dessas competências parecem desbordar até mesmo da larga esfera de competências já conferida pelo art. 14 da Lei nº 11.079/04, que, por exemplo, atribui ao Comitê Gestor competência apenas para aprovar ao edital de licitação, não o contrato em si e as suas alterações. Outras competências do órgão gestor apenas acrescem atos de controle que continuarão a ser concorrentemente praticados também pelos órgãos setoriais competentes,[85] com grande riscos para os Princípios da Celeridade Processual e da Eficiência Administrativa (respectivamente, arts. 5º, LXXVIII, 37, caput, CF) em razão da desnecessária cumulação de instâncias.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível

periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

[85] Decreto nº 5.385/05: *Art. 3º, § 1º. A autorização e a aprovação de que trata o inciso III deste artigo não supre a autorização específica do ordenador de despesas, nem a análise e aprovação da minuta de edital feita pelo órgão ou entidade que realizar a licitação de parceria público-privada.*