Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Número 9 – março/abril/maio 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

ASPECTOS METODOLÓGICOS E CONTEÚDO JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPP: Um Aprimoramento do Modelo Contratual da Administração

Prof. Marco Aurélio de Barcelos Silva
Graduado em Direito pela UFMG, especialista em Direito Público pela PUC Minas, especialista em Finanças pelo IBMEC, mestrando em Direito Administrativo pela UFMG, ex-assessor jurídico e atual diretor de projeto da Unidade PPP do Estado de Minas Gerais, professor do Curso de Pós-graduação lato sensu da Escola de Contas Prof. Pedro Aleixo/PUC Minas.

Sumário: Introdução; 1. Breve Histórico; 2. Inovações das Parcerias Público-Privadas; 3. O Conteúdo Jurídico das Concessões Realizadas por PPPs; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O tema analisado neste breve ensaio tem suscitado, nos dias atuais, profundas reflexões por parte de pesquisadores, gestores e integrantes da sociedade civil organizada. Debatido amplamente nos meios de comunicação, muitas dúvidas ainda existem sobre as parcerias público-privadas – PPPs –, instituto que vem ganhando força no cenário jurídico nacional, apontado como uma das alternativas à estagnação de investimentos em áreas de interesse econômico e social.

Neste artigo, procura-se descrever algumas das características das PPPs que autorizam cogitar o fato de que elas representariam um franco aprimoramento das relações contratuais da Administração Pública. Especialmente, tendo em vista a legislação brasileira, busca-se analisar a

natureza dessa espécie de contratos, com a finalidade última de desvelar o conteúdo da "concessão" que, por meio de uma parceria, seria realizada.

Decerto, não se guarda a pretensão de esgotar o assunto. Antes, objetiva-se lançar um pequeno estímulo à pesquisa e reflexão mais apuradas, considerando-se a real necessidade de o debate se intensificar na rotina jurídico-acadêmica, para que o instituto seja validamente utilizado pelo Poder Público e bem compreendido pela sociedade.

1. BREVE HISTÓRICO

Ao que se entende, a compreensão de um dado instituto perpassa pela análise das circunstâncias que levaram ao seu aparecimento. É necessário, assim, identificar os elementos que motivaram a sua criação e as finalidades que com ele se pretendem alcançar.

Antes, porém, de aprofundar essa análise, cumpre sublinhar a seguinte consideração: há um "sentido amplo" para as parcerias entre os setores público e privado, e um "sentido estrito" para a mesma expressão.

Em sentido amplo, está-se falando da articulação genérica entre o Poder Público e a iniciativa privada voltada para a execução de tarefas de interesse coletivo. Como ilustra DI PIETRO,1 sob esse prisma o vocábulo parceria seria utilizado para designar todas as formas de associação entre os setores público e privado para a consecução de fins de interesse público. Exemplos típicos dessa associação seria a concessão e permissão de serviços públicos, os contratos de gestão celebrados com organizações sociais (OS), os termos de parcerias firmados com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), além dos contratos de terceirização.2

Usualmente, a parceria entre a Administração Pública e os particulares é disciplinada por meio de um contrato – o contrato administrativo. ESTORNINHO afirma que o contrato administrativo, desde o seu nascedouro, seria o meio através do qual o particular colaboraria com a Administração, fornecendo-lhe os bens e serviços de que ela necessitasse ou ajudando-a a desempenhar as suas funções.3

---

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 48-49.

3 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo.* Coimbra: Almedina, 1990. p. 59. Interessante destacar, nesse aspecto, as considerações de JUSTEN FILHO, que chama a atenção para a íntima relação entre contrato administrativo e processo de democratização (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 11). Ao invés de obter acesso a bens e serviços por métodos compulsórios, a Administração firma um acordo de vontade com os particulares, respeitando certos procedimentos e limites. Ainda segundo o autor, o contrato administrativo vem adquirindo cada vez mais relevância, haja vista a ampliação da colaboração entre Estado e particulares no atendimento de demandas públicas (*Comentários à lei de*

As características específicas de um dado contrato administrativo são conferidas pelas normas que o regem. Assim, para se distinguir um contrato de compra de serviços de um contrato de concessão ou permissão, seria necessário averiguar as normas específicas incidentes sobre cada um desses arranjos – normas que são colocadas, em última análise, pela lei.

É a lei quem faz nascer uma nova espécie de instrumento contratual. E esse raciocínio não foge à estruturação das parcerias público-privadas (consideradas, então, em seu sentido estrito). As PPPs também compreendem um contrato administrativo, recheado de normas específicas. No Brasil, a disciplina desses contratos é feita, em nível federal, pela lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. É nesse diploma que serão verificadas as regras próprias desses contratos,4 sendo certo que só será considerada parceria-público privada o que estiver de acordo com o que a lei disser que seja parceria público-privada.

Feita a breve menção sobre o sentido amplo e estrito das parcerias, cumpre retornar ao panorama histórico do instituto, no intuito de contextualizar o seu nascimento. Como ensina WALD, as PPPs nasceram na Inglaterra como resultado do desenvolvimento de várias formas de parcerias para a realização de serviços públicos, por meio da colaboração dos particulares.5 Originariamente, essa parceria chamava-se "Private Finance Initiative" ou PFI. 6

A evolução do PFI veio a redundar, num momento posterior, no conceito de projetos de PPP, o que pode ser atribuído, em parte, à experiência obtida pelo Reino Unido com o programa de privatizações. A habilidade e a expertise gerencial do setor privado introduzidos nos projetos então promovidos, aliados à disciplina fiscal e as forças de mercado a que o mesmo setor se submete, contribuíram enormemente para criar um desejo de mudança em áreas como telecomunicações e saneamento.7

Originalmente, o "Private Finance Initiative" foi lançado pelo governo de Margareth Tatcher, quando regras que anteriormente restringiam o uso do capital privado para o financiamento de projetos públicos foram abolidas.8 O PFI culminou de várias tentativas de se alinharem as atuações dos setores público e privado para a oferta de serviços, sendo que a esse era transferida a responsabilidade de alavancar os recursos necessários à execução do

---

licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 12).

4 A bem da verdade, alguns Estados da Federação criaram seu marco legal de parcerias público-privadas bem antes da legislação federal. Exemplo disso é o Estado de Minas Gerais, que instituiu sua lei ainda em dezembro de 2003. Trata-se da lei estadual nº 14868, de 16 de dezembro de 2003. Na esteira de Minas, o Estado de São Paulo criou a lei estadual nº 11688, em 19 de maio de 2004.

5 WALD, Arnoldo; DE MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre M. *O direito de parceria e a lei de concessões.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 126-127.

6 Tradução do original: "Iniciativa de Financiamento Privado".

7 HARRIS, Stephen. *Public private partnerships*. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004. p. 04.

8 HARRIS, Stephen. *Public private partnerships*. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004. p. 04.

empreendimento.9 Também exerceram grande influência para a consolidação das parcerias público-privadas no Reino Unido as normas de restrição e disciplina fiscal previstas no Tratado da União Européia (Tratado de Maastritch) incidentes sobre os países-membros.

Seja como for, foi somente com o governo trabalhista inglês, em 1997, que a noção original advinda do PFI – qual seja, o financiamento de projetos públicos pela iniciativa privada – veio a se desdobrar nos "Programas de Parcerias Público-Privadas" ("Public-Private Partnerships"). HARRIS explica que o governo trabalhista reviu alguns dos conceitos e lições aprendidas com o PFI, enfatizando que, mais do que apenas viabilizar o financiamento privado, a parceria entre o Poder Público e os particulares deveria ser entendida como um método de contratação, construído para disponibilizar serviços públicos melhores e mais eficientes.10

No Brasil, guardadas as devidas especificidades, não seriam diferentes as razões que levaram ao aparecimento das PPPs. De um lado, há a questão relativa às restrições fiscais11 e orçamentárias como forte obstáculo à realização de investimentos públicos em infra-estruturas, grande parte deles, inclusive, com dificuldade de auto-sustentação.12 De outro lado, soma-se o reconhecimento de que a gestão privada aplicada a empreendimentos públicos pode levar a um ganho significativo de eficiência, cumulado com a possibilidade de prestação de serviços mais acessíveis à população.

ARAGÃO, BRASILEIRO, LIMA NETO "et alii" descrevem os seguintes fatores que ilustram adequadamente as circunstâncias motivadoras do surgimento das parcerias público-privadas no Brasil: a) a necessidade crescente pelos serviços essenciais e o esgotamento dos recursos fiscais; b) as ineficiências e a inflexibilidade do aparelhamento do Estado; c) os conhecimentos técnicos e gerenciais acumulados pela iniciativa privada, mas não presentes no setor público e d) a própria racionalização dos recursos fiscais e financeiros da sociedade.13

A instituição do marco legal das parcerias público-privadas no país foi indissociavelmente motivada por esse contexto. As regras próprias desses contratos – regras que os distinguem dos demais instrumentos – guardam estrita relação com essas razões de fundo, apresentando-se como uma

---

9 Veja-se que a lei federal nº 8666, de 21 de junho de 1993, salvo os empreendimentos explorados sob o regime de concessão, traz vedação expressa a que se atribua ao contratado a responsabilidade pelo financiamento da obra ou serviço (art. 7º, § 3º).

10 HARRIS, Stephen. *Public private partnerships*. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004. p. 04.

11 No Brasil, a lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, exerceu grande influência nesse processo ao disciplinar, com maior rigor, as medidas e as limitações a serem observadas pela Administração quanto ao uso dos recursos públicos.

12 PASIN, Jorge Antônio Bozeti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão da infra-estrutura pública. *Revista do BNDES* 20, dez. 2003. p. 180.

13 ARAGÃO, Joaquim; BRASILEIRO, Anísio; LIMA NETO, Osvaldo et alii. *Parcerias sociais para o desenvolvimento nacional e fatores críticos para o seu sucesso*. Natal: EDUFRN, 2004.

possível alternativa de preenchimento das lacunas e omissões encontráveis no método tradicional de contratação até então utilizado pela Administração Pública no Brasil. É o que se demonstra.

2. INOVAÇÕES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Com a finalidade de melhor identificar aquilo que seriam as características inovadoras do modelo das parcerias público-privadas, faz-se um paralelo entre esse arranjo e mais outros dois instrumentos contratuais tipicamente utilizados pelo Estado para a realização de atividades de interesse público, isto é: a contratação feita com base na lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), e a concessão de serviços públicos, cuja disciplina está na lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões).14 Mais especificamente, toma-se por base a construção e manutenção de um presídio e o fornecimento de serviços de saneamento básico.

Quando o Poder Público deseja realizar alguma atividade, ou ele o faz diretamente, ou então, atribui a um terceiro a responsabilidade por executá-la.15 É certo, todavia, que existem atividades que, dado à sua natureza, são intransferíveis aos particulares, como é o caso dos atos políticos, judiciais, normativos e os que envolvem o poder de polícia.16

Nas hipóteses em que é possível a utilização do modelo, uma primeira distinção vem à tona: nas PPPs prevê-se a possibilidade de os riscos do projeto serem compartilhados entre o parceiro público e o concessionário (a sugerir a conveniência do nome: “parceria”). Vale lembrar que as contratações realizadas com base na Lei de Licitações, o risco do negócio está, em sua quase integralidade, disposto nas mãos da Administração Pública, o contrário acontecendo nas concessões de serviços públicos, em que esse mesmo risco está – por força da legislação17 – alocado nas mãos do concessionário.

Ora, essa disposição extremada do risco em uma e outra forma de contratação implica em que, no caso do presídio, o Poder Público seja responsável pela elaboração do projeto-básico,18 pela obtenção dos recursos

---

14 Com efeito, existe um sem número de relações jurídicas entre as esferas pública e privada, como a constituição de sociedades de economia mista, a terceirização, os contratos feitos com o terceiro setor (OS e OSCIP), que também poderiam ser confrontadas com as PPPs. No entanto, e considerando os objetivos restritos desta monografia, fica essa análise reservada para uma outra ocasião.

15 No que tange aos serviços públicos, essa determinação é constitucionalmente expressa, conforme se lê do art. 175 da Carta Magna.

16 Nesse sentido, WALD adverte que alguns serviços só podem ser executados diretamente pelo Estado, porque inerentes à sua soberania e à sobrevivência da nação – como a defesa nacional, a segurança e a saúde públicas (*O direito de parceria e a lei de concessões.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143).

17 O art. 2º da lei federal nº 8987/95 traz como elemento conceitual dessa modalidade de contratação a assunção integral dos riscos do negócio pelo concessionário.

18 Art. 7º, § 2º, I, lei federal nº 8666/93.

necessários ao financiamento da obra,19 pelos riscos de atraso na sua entrega e estouro de orçamento, além de ser responsável pela aquisição dos bens e equipamentos necessários ao funcionamento do empreendimento, bem como pela contratação de pessoal e pela prestação dos serviços de segurança, limpeza, alimentação e saúde dos detentos e reformas periódicas do prédio – tudo precedido dos demorados procedimentos de licitação respectivos, que devem ser renovados, em regra, a cada 60 meses.20

Outra inovação das PPPs está na possibilidade de o Poder Público subsidiar as tarifas cobradas dos usuários em uma concessão de serviços públicos. Com base no modelo tradicional de concessão observa-se uma profunda dificuldade de se viabilizar serviços relacionais a setores potencialmente deficitários ou de prestá-los a comunidades de baixo poder aquisitivo. O resultado desse cenário tem sido uma contenção de iniciativas voltadas à universalização dos serviços públicos – a exemplo do que se verifica em projetos como de saneamento básico – em flagrante afronta à dignidade do usuário-cidadão.21

Já com base nesses primeiros delineamentos, é possível notar que a instituição do marco legal de PPPs no Brasil implicou, de fato, em um avanço metodológico nas ferramentas de contratação do Poder Público, aprimorando determinados pontos existentes nas relações contratuais da Administração.

Em países em que metodologia semelhante vem sendo adotada, essas alterações têm favorecido a obtenção de algumas vantagens, não só para a Administração Pública contratante, como para os respectivos usuários das atividades por ela prestadas. Segundo a Diretoria Geral de Políticas Regionais da União Européia, costumam-se identificar como benefícios trazidos pelas PPPs: a) o aumento do investimento e da oferta de serviços públicos e de infra-estruturas; b) a diminuição do prazo de implementação dos projetos; c) a redução dos custos de manutenção; d) a alocação racionalizada dos riscos; e) a melhoria dos incentivos à “performance” do contratado; f) a melhoria da qualidade dos serviços ofertados; e g) a otimização do uso dos recursos públicos.22

No Brasil, a legislação estabeleceu uma categorização própria para as parcerias público-privadas, conforme será visto mais adiante. Em ambos os casos, partiu-se da idéia de que a Administração deve contratar a gestão de

---

19 O art. 7º, § 3º, veda que se transfira ao licitante a responsabilidade de obter os recursos financeiros para a execução do contrato.

20 Veja-se o art. 57, II, da lei nº 8666/93.

21 Esse fator pode ajudar a entender porque, como afirma MARQUES NETO, a abrangência de cobertura dos serviços públicos nunca se direcionou precipuamente para as parcelas mais desvalidas da população (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. *Direito público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 338-339).

22 EUROPEAN COMISSION. Directorate-General, Regional Policy. *Guideliness for successful public-private partnerships.* 2003. Teto disponível no seguinte endereço eletrônico da rede mundial de computadores: http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/dosgener/guides/PPPguide.htm. Acesso em 30 de fevereiro de 2005. p. 15-16.

uma atividade, abrindo mão de definir os meios necessários para realizá-la. Essa é uma outra especificidade do modelo, assente no fato de se atribuir ao parceiro privado a faculdade de elaborar o desenho do projeto,23 inserindo nele inovações técnicas e as soluções que, por força dos mercados, o particular estaria naturalmente sujeito a buscar. Em decorrência disso, uma guinada nos parâmetros de remuneração do contratado também ocorreu:24 a parcela da remuneração obtida com os pagamentos executados pelo parceiro público deve variar de acordo com o "desempenho" da sua execução do contrato, o que significa que não mais se paga apenas pela entrega do serviço. Além da quantidade, importa a qualidade do que é fornecido.

Outro elemento inovador está na responsabilidade de o parceiro privado obter os recursos financeiros necessários para a execução do empreendimento. A vantagem decorrente dessa conformação está na criação de uma alternativa à carência orçamentária e às dificuldades encontradas pelo Estado para contratar financiamentos, haja vista, principalmente, as limitações fiscais impostas pelo ordenamento jurídico. Seja como for, em um projeto de PPP não se adquire um ativo ou uma obra em si, razão pela qual se acredita não se tratar apenas de uma engenharia de financiamento para o Poder Público. O que interessa, na verdade, é o serviço, de caráter continuado, ofertado pelo concessionário e objetivamente avaliado pelo contratante ao longo da vigência do contrato. Nesses termos, cabe mencionar que a própria lei nº 11.079/04 veda que se utilize PPP para a mera execução de obra pública.25

Duas outras características merecem, ainda, destaque: a primeira está no fato de a remuneração do parceiro privado iniciar-se apenas depois da efetiva disponibilização do serviço objeto da parceria, o que reduz a ocorrência de atrasos na implementação das obras que a precedem26 (o contratado passa a ser o maior interessado na sua rápida entrega). A segunda está no limite de 35 anos atribuído ao prazo dos contratos,27 o que faz com que investimentos efetivados pelo privado possam ser amortizados através da remuneração recebida no longo prazo.

Uma vez que o parceiro privado é pago, parcial ou integralmente, com recursos do próprio parceiro público, e uma vez que esse pagamento ocorre em espaço prolongado de tempo, é factível o surgimento de um olhar pouco confiante por parte dos investidores interessados nos contratos de PPP, haja vista o risco de inadimplência do Estado (risco político). Foi para mitigar essa condicionante que o legislador previu a utilização de garantias, que se aplicam

---

23 De acordo com a lei federal nº 11079/04, aplica-se aos contratos de PPP o art. 31 da lei nº 9074, de 7 de julho de 1995, que faculta aos responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo a possibilidade de participar da licitação ou execução das obras ou serviços.

24 A hipótese de remuneração do parceiro privado segundo a "performance" está prevista no parágrafo único do art. 6º da lei federal 11079/04. A lei nº 14868/03, do Estado de Minas Gerais, traz essa disposição em seu art. 15, § 1º.

25 Veja-se o art. 2º, § 4º, III, da lei federal nº 11079/04.

26 Veja-se o art. 7º, da lei federal nº 11079/04, e art. 15, § 1º, da lei estadual nº 14868/03 de Minas Gerais.

27 Veja-se o art. 5º, I, da lei federal nº 11079/04.

a todas as modalidades de PPP. Dentre os instrumentos mencionados na lei para cumprir essa tarefa, mencionam-se: a) a vinculação de receitas; b) a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.28 Em todos os casos, a idéia é assegurar a continuidade do fluxo de pagamentos do parceiro privado nos casos em que o Poder Público contratante se negar, injustificadamente, a honrar as suas obrigações.

Numa visão panorâmica, esses seriam alguns dos principais traços diferenciais dos contratos de parcerias público-privadas.

3. O CONTEÚDO JURÍDICO DE UMA PPP BRASILEIRA

A lei federal nº 11.079/04 definiu parcerias como o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.29

"Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".30 Trata-se da concessão de serviços públicos, na qual, além daquelas diferenciações descritas no capítulo anterior, prevê-se o subsídio das tarifas cobradas dos usuários pelo parceiro público. Com efeito, vale citar que já na lei federal nº 8.987/95 havia disposição que permitia ao concessionário extrair receitas alternativas, complementares e acessórias às tarifas, dentre as quais, recursos do próprio Tesouro.31 Não obstante, em razão da inexistência de um ambiente normativo propício a assegurar o cumprimento da parcela "estatal' da remuneração do contratado (como a instituição de um arranjo de garantias contra o inadimplemento público), essa disposição foi, na experiência brasileira, de pouquíssima utilização.32

---

28 A União optou, inicialmente, pela instituição de um fundo de natureza privada, cujo patrimônio pode chegar a até seis bilhões de reais. No Estado de São Paulo adotou-se a figura de uma companhia não dependente do Tesouro, a Companhia Paulista de Parcerias – CPP (cf. lei estadual nº 11688/04). Em Minas Gerais há tanto a figura de um fundo fiduciário (lei estadual nº 14869, de 16 de dezembro de 2003) como a de uma companhia de fomento – a CODEMIG (lei estadual nº 14892, de 17 de dezembro de 2003). Os fundos ou companhias poderão atuar como avalistas, fiadores ou, de qualquer outra forma, garantidores do cumprimento das obrigações do parceiro público. A grande vantagem é que a execução do seu patrimônio obedece ao rito processual civil comum, afastando-se a possibilidade de o crédito do parceiro privado cair na vala dos impagáveis precatórios.

29 Art. 2º, "caput", da lei citada.

30 Art. 2º, § 1º, lei nº 11079/04.

31 Veja-se o art. 11 da lei federal nº 8987/95.

32 MARQUES NETO cita o FUST (criado pela lei federal nº 9998/00) para ilustrar espécie de subsídio tarifário do Estado (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. *Direito público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu*

Quanto às "concessões administrativas", elas seriam "o contrato de prestação de serviços de que a Administração seria a usuária direta ou indireta",33 não tendo por objeto a delegação de um "serviço público" propriamente dito.34 Sobre essa modalidade muito tem se questionado acerca de seu objeto e de sua validade.

Com efeito, a noção de concessão tem-se vinculado, tradicionalmente, à idéia da transferência de um "serviço público" para o particular. BANDEIRA DE MELLO, com base nessa noção, afirma ser nebulosa a caracterização da parceria na modalidade administrativa, pois a PPP seria uma concessão de serviço público. Para o autor, "o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra – o que, evidentemente, descaracterizaria essa parceria como uma concessão".35

Em que pese esse e outros entendimentos até então construídos, da análise do ordenamento jurídico pátrio não se extrai uma obrigação de se vincular o objeto de uma "concessão" a um "serviço público", necessariamente. Se é certo, por exemplo, que o art. 175 da Constituição da República estabelece que os serviços públicos devam ser transferidos ao particular por meio de uma concessão (ou permissão), a recíproca não é verdadeira, isto é, uma concessão não tem sempre que se referir a um serviço público, podendo a lei incrementar-lhe objeto.

Crê-se, dessa maneira, ser viável a existência de outras modalidades de concessão, a exemplo do que ocorre na concessão administrativa. Cita-se a opinião de WALD, segundo quem, da própria etimologia da palavra, extrai-se que a concessão é uma cessão na qual o Estado continua a atuar como participante.36 Segundo o autor, poderia, sim, haver concessão sem que haja, necessariamente, a delegação da prestação de um serviço público.37

Estabelecida essa premissa – de que as concessões poderiam

Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 339). Os recursos do FUST, de origem tributária, seriam utilizados para redução nas contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas.

33 Art. 2º, § 2º, lei nº 11079/04.

34 Reconhece-se que a noção de serviço público não é simples (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 612). Nesse sentido, pertinente a afirmação de DALLARI, para quem serviço público seria uma expressão que comportaria uma pluralidade de significações (DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público* 15, 1996. p. 112). De toda a maneira, para fins deste trabalho, ao se dizer que uma concessão administrativa não tem por objeto um serviço público, toma-se por base a noção de serviço comercial ou industrial do Estado (como são os serviços de transporte, energia elétrica, telecomunicações e outros) descritos no art. 21 da Constituição.

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 720-721.

36 WALD, Arnoldo; DE MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre M. *O direito de parceria e a lei de concessões.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

37 WALD, Arnoldo; DE MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre M. *O direito de parceria e a lei de concessões.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111.

apresentar conteúdo outro que não apenas serviços públicos – cumpre retornar à análise do objeto das concessões administrativas.

Com efeito, pela definição atribuída pela lei federal nº 11.079/04, tem-se que a concessão administrativa seria um contrato de prestação de serviços cujo beneficiário direto ou indireto seria a própria Administração. É dizer, o próprio Poder Concedente seria o tomador do serviço, inexistindo a figura do usuário pagador de tarifas, como agente apartado do contrato de concessão.

Sob esse enfoque, poder-se-ia falar em concessão de "serviços tipicamente prestados pela própria Administração. Seriam "empreendimentos públicos" cuja implementação, execução, operação e gestão passariam às mãos de um concessionário, que obteria a sua remuneração por meio da exploração das atividades a ele atribuídas contratualmente. 38

Diz-se "empreendimento" pelo fato de os serviços transferidos compreenderem uma plêiade de atividades exploradas e geridas pelo concessionário, incluída a administração de recursos financeiros, materiais e humanos.39 Relembre-se de que, consoante estabelecido na legislação, uma PPP não pode ter por objeto a construção de obra pública sem a atribuição ao contratado do encargo de mantê-la e explorá-la, nem a terceirização de mão-obra que seja objeto único de contrato, ou ainda, a prestação isolada, que não envolva um conjunto de atividades.40

O concessionário, ao gerir o empreendimento público na concessão administrativa, é remunerado de acordo com o desempenho obtido na realização dessa tarefa. É por meio da gestão qualificada desse empreendimento que ele extrairá o seu pagamento, num mecanismo remuneratório semelhante ao das concessões comuns ou patrocinadas. A diferença seria que o pagamento não viria de tarifas cobradas dos usuários, mas sim, de recursos orçamentários pagos pelo Poder Público contratante.

Em um ou outro caso, a remuneração continua a proceder da exploração do próprio negócio.41

---

38 A Constituição, em seu art. 21, XII, "f", já trazia exemplo de empreendimento que seria passível de concessão (a infra-estrutura portuária). De acordo com o dispositivo, compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres".

39 O "empreendimento público" está expressamente previsto como objeto de uma PPP na lei estadual nº 14868/03, de Minas Gerais, que, diga-se de passagem, foi a primeira lei a tratar do tema no Brasil. Veja-se o art. 1º, parágrafo único, e art. 5º, IV, dessa lei estadual.

40 Essas vedações ao objeto das parcerias público-privadas encontram-se expressamente arroladas no art. 5º, § 2º, da Lei Estadual nº 14868/03, de Minas Gerais. Em âmbito federal, o § 4º do art. 2º da Lei nº 11079/04 estabelece ser "vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento ou instalação de equipamentos ou a execução de obra pública".

41 O mecanismo contratual que prevê a remuneração por meio da exploração econômica da própria atividade é conhecido como "project finance". Segundo PASIN e BORGES, "o 'project finance' é uma forma de engenharia financeira que tem um desenho mais voltado para a realização de um fluxo de caixa previsível ou estipulado, calcado nos ativos do próprio projeto" (PASIN, Jorge Antônio Bozeti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na

CONCLUSÃO

Do que foi brevemente apresentado neste estudo, extrai-se que a parceria entre os setores público e privado não é uma novidade. Pelo contrário, ao longo de toda a história, o envolvimento de ambos os setores manifestou-se de diversas maneiras, existindo um sentido estrito para a idéia de parceria público-privada, que foi instituída no Brasil – em nível nacional – pela lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A lei nº 11.079/04 trouxe os conceitos, a metodologia e as características próprias das PPPs. A estruturação dessa modalidade de contratação teve por fundamento o cenário de restrição fiscal e estagnação econômica vivido pelo país. Mais do que apenas fomentar o investimento privado em atividades de interesse público, as PPPs representam um aprimoramento do modelo contratual da Administração, trazendo inovações em vários aspectos dos procedimentos até então utilizados pelo Poder Público para viabilizar a execução de projetos em áreas de relevante interesse econômico e social.

Dentre as novidades surgidas com o instituto, destaca-se o pagamento do concessionário conforme o seu desempenho no contrato, bem como a possibilidade a ele conferida de elaborar os projetos básico e executivo do empreendimento, inserindo a expertise e as tecnologias de mercado a que ele tem acesso. Ainda, as parcerias criadas possibilitaram a reativação de investimentos em setores econômicos pouco atrativos, tendo em vista a dificuldade existente em se cobrar tarifas dos beneficiários dos serviços disponibilizados. Dessa feita, ou o Poder Concedente arca parcialmente com a remuneração devida ao contratado prestador de serviços públicos, subsidiando as tarifas dos usuários, ou então, fica integralmente responsável pelo seu pagamento, nas hipóteses em que adquire um serviço do qual seja o principal usuário.

Seja como for, considerando a vinculação de receitas orçamentárias no longo prazo, e com vistas a afastar o risco de inadimplência da Administração, fez-se necessário prever um mecanismo de garantias para os contratos de PPP, composto de diversas fórmulas, dentre as quais a criação de fundos específicos de natureza privada, ou companhias estatais adredemente constituídas para esse fim.

No que diz respeito à natureza das parcerias público-privadas, a lei definiu-as como modalidade de concessão, nas espécies “patrocinada” ou “administrativa”. No primeiro caso, está-se diante de uma concessão de serviços públicos de que já tratava a lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com a especialidade de se permitir, expressamente, a complementação das tarifas de que se falou, por meio de recursos públicos (“patrocínio”). No segundo caso, está-se diante da concessão de um “empreendimento público”,

---

gestão da infra-estrutura pública. *Revista do BNDES* 20, dez. 2003. p. 187).

cuja gestão e exploração fica submetida ao parceiro privado, que extrairá sua remuneração por meio da cobrança de remuneração pela pelo parceiro público.

Concessão, assim, passaria ser lida como "gênero", de que seriam espécies a concessão de serviços públicos e a concessão administrativa (ou concessão de empreendimento). A concessão patrocinada, por sua vez, seria subespécie de concessão de serviço público, essa última passando a denominar, pela lei federal nº 11.079/04, de "concessão comum".

Quer se trate de um empreendimento ou de um serviço público, deve-se ter em mente que o fundamento da criação das PPPs há de residir na busca pelo atendimento das demandas pujantes da sociedade, com mais eficiência e mais qualidade. Esse seria o "telos" da ferramenta. E a importância de saber utilizá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Joaquim; BRASILEIRO, Anísio; LIMA NETO, Osvaldo et alii. Parcerias sociais para o desenvolvimento nacional e fatores críticos para o seu sucesso. Natal: EDUFRN, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público 15, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 1990.

EUROPEAN COMISSION. Directorate-General, Regional Policy. Guideliness for successful public-private partnerships. 2003. Disponível no endereço eletrônico: http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/dosgener/guides/PPPguide.htmAcesso em 30 de fevereiro de 2005.

HARRIS, Stephen. Public private partnerships. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem

ônus para o usuário. Direito público. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PASIN, Jorge Antônio Bozeti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão da infra-estrutura pública. Revista do BNDES 20, dez. 2003.

WALD, Arnoldo; DE MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre M. O direito de parceria e a lei de concessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos Metodológicos e Conteúdo Jurídico das Parcerias Público-Privadas – PPP. Um Aprimoramento do Modelo Contratual da Administração. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1888**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.