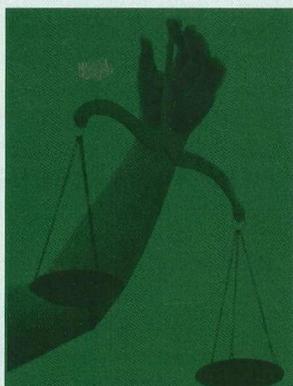


# AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO EXPRESSÃO DE UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO



Francisco de Assis da Silva Junior<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo discute, em linhas gerais, o que são as parcerias público-privadas (PPPs) e suas diferenças para as tradicionais concessões de serviço público. É feita uma breve análise do quadro histórico da evolução do Direito Administrativo no que se refere à participação do Estado na titularidade dos serviços públicos. Como as parcerias público-privadas são uma modalidade de contrato de concessão de serviço público, procede-se a uma breve exposição com o intuito de distinguir as tradicionais concessões de serviço público das novas PPPs. Por fim, será apreciado o contrato de parceria público-privada, figura nova no Direito Administrativo pátrio, e suas categorias: concessão patrocinada e concessão administrativa, procurando analisar as vantagens e desvantagens que a sua utilização pelo Estado acarretará para a sociedade civil.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Assessor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Pós-graduado em Direito Público. E-mail: frjr11@hotmail.com

## PALAVRAS-CHAVE

Contrato administrativo. Concessão de serviço público. Parcerias Público-Privadas. Concessão patrocinada. Concessão administrativa.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. As concessões de serviço público; 3. Parcerias público-privadas; 3.1. Considerações iniciais; 3.2 Considerações históricas; 3.3. Conceito e natureza jurídica; 3.4. Objeto; 4. Espécies de Parcerias Público-Privadas; 4.1. Concessão Patrocinada; 4.2. Concessão Administrativa; 5. Características das Parcerias Público-Privadas; 6. Contraprestação e garantia; 7. Responsabilidade fiscal; 8. Sociedade de propósito específico; 9. Licitação; 10. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito, como todo fenômeno social, evolui. O Direito Administrativo, ramo do Direito Público, também evoluiu, consideravelmente, ao longo dos últimos dois séculos, refletindo as mudanças ocorridas na sociedade e o papel exercido pelo Estado perante a mesma (FONTE, 2004). A participação do Estado na sociedade, ao longo do tempo, vem alternando períodos em que o Estado se distancia da sociedade civil, como no liberalismo político do século XIX, com períodos de intensa participação do Estado na sociedade, como ocorreu a partir do início do século XX, tendo como marcos principais a revolução comunista na Rússia, a política do New Deal nos EUA e as constituições do pós-guerra, quando o Estado, através do chamado Welfare State (Estado do bem-estar social), apoderou-se de uma gama de setores da sociedade civil, inclusive atuando no meio econômico, repercutindo tal atitude num intenso crescimento dos gastos públicos (HOBSBAWN, 1995, pp. 90-100).

Ao longo do século XX, a Administração Pública foi, gradativamente, assumindo uma posição

mais ativa em relação à sociedade. Não bastava mais garantir os direitos individuais, fez-se necessária a intervenção da Administração na economia para a garantia de investimentos em infra-estrutura e geração de empregos. Esta concepção intervencionista, que teve por base os ensinamentos do economista John Maynard Keynes, levou a um agigantamento do Estado, que passou a atuar tanto em serviços exclusivos do estado (segurança pública, prestação de justiça, etc.) como em serviços não essenciais tais como a intervenção na economia através de inúmeras entidades estatais. Se por um lado essa política foi bem-sucedida na recuperação dos EUA após a crise de 1929, por outro acabou tornando-se obsoleta diante das inúmeras mudanças ocorridas ao longo do século XX (HOBSBAWN, 1995, pp. 103-105).

Esta evolução no conceito do Estado como fator ativo de progresso da Sociedade também é notada quando constatamos a evolução do contrato de “concessão de serviço público” ao longo do tempo (DI PIETRO, 2006, pp. 295-297). O Estado de Direito, ao ser estruturado no início do século XIX, após a revolução francesa e a independência americana, inicialmente foi estruturado conforme a teoria econômica, política e administrativa preponderante na época: o liberalismo Econômico. Por essa teoria, o Estado abstinha-se de intervir no mercado, cuidando apenas dos setores considerados essenciais para a sociedade da época, tais como segurança, forças armadas, diplomacia, etc. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 431).

Naquele momento, surgiu o contrato de concessão de serviço público como forma de desincumbir o Estado do ônus de empreender, diretamente, a construção e exploração de obras públicas e dos serviços delas derivados. Pela concessão de serviço público, o particular (concessionário) arcaria com os ônus do empreendimento, sendo depois compensado dos seus investimentos através da remuneração dos particulares pelo uso daquele serviço público (tarifa). Na célebre definição de Heli Lopes Meirelles, o contrato de concessão de serviço público é:

O ajuste pelo qual a administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições legais e contratuais (MEIRELLES, 1999, p. 205).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu lado, define este instituto da seguinte forma:

É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se

pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente, mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (MELLO, 2006, p. 664).

Entretanto, ao longo do século XX, o Estado foi gradualmente agigantando-se e assumindo funções antes conferidas aos particulares. O Estado passa a ser agente econômico, industrial e comercial atuando paralelamente ao particular através das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (órgãos descentralizados de prestação de serviço público). Nesse segundo momento, desnatura-se o instituto da concessão de serviço público, surgindo a concessão de serviços públicos onde o concessionário é um ente estatal criado, exclusivamente, para a execução desse serviço.

Recentemente, o Estado vem passando por um processo de “enxugamento”, conhecido, no Brasil, como “reforma administrativa”, entregando para a iniciativa privada as atividades econômicas anteriormente assumidas e passando a agir mais como um regulamentador do mercado. O Estado volta a atuar, principalmente, em atividades essenciais como educação, saúde, segurança, etc. Este novo modelo de administração pública é denominado administração gerencial e teve início, no Brasil, a partir do “Plano Diretor da Reforma do Estado”, sob a gestão do ministro Bresser Pereira. Mais tarde, através da emenda constitucional de nº 19 (a emenda da reforma administrativa), foi dado um grande passo na transformação da administração pública brasileira, de um modelo burocrático-patrimonial para um modelo gerencial.

O Prof. Paulo Modesto, em seu trabalho “Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil”, delinea os objetivos a serem atingidos pela reforma administrativa nos diversos países em que a mesma vem sendo implementada:

- Objetivo econômico: diminuir o déficit público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta;
- Objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;
- Objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;
- Objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados. (MODESTO apud ALEXANDRINO e PAULO,

2008, p.84).

No Direito Administrativo contemporâneo, refletindo as mudanças ocorridas na sociedade, o Estado está saindo da sua posição de supremacia e passando a ver o particular como um parceiro. A separação entre Estado e sociedade civil vem diminuindo cada vez mais. Este é o momento em que vive o Brasil.

O Estado, limitado pelo dever da austeridade fiscal, é incapaz de fazer grandes investimentos em setores-chave para o crescimento nacional. É preciso recorrer ao setor privado, através de parcerias. Com este intuito surge uma nova forma de contratar com o poder público, uma nova forma de concessão: são os *contratos de parceria público-privada*.

Nas linhas a seguir, exporemos o que são as parcerias público-privadas, delimitando o seu campo de ação, diferenciando-as das tradicionais concessões de serviços públicos, contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.987/95 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93.

## 2. AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Inicialmente, só para efeito de diferenciação, é importante definir o que é o contrato administrativo de concessão de serviço público, regulado pela Lei nº 8.987/95 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define as concessões de serviço público da seguinte forma:

É o contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (DI PIETRO, 2006, p. 297).

Em resumo, a concessão de serviço público possui as seguintes peculiaridades:

a) a lei só permite a concessão de serviço público para a realização de serviços da titularidade do Estado;

b) o Estado continua titular do serviço público, transferindo ao concessionário apenas a execução do serviço;

c) segundo a Lei nº 8.987/95, a concessão de serviço público é feita sempre através de licitação na modalidade concorrência. Não se aplica à concessão de serviço público os casos de dispensa previstos na Lei nº 8.666/93, porém é admitida a declaração de inexigibilidade caso se demonstre a inviabilidade de competição;

d) o concessionário executa o serviço em seu próprio nome, correndo os riscos normais do empre-

endimento. Ele faz jus à remuneração, ao equilíbrio econômico e à inalterabilidade do objeto;

e) a tarifa, quando for cabível, é fixada no contrato e tem a natureza de preço público. A Constituição de 1988, em seu art. 175, remete à lei a disciplina sobre política tarifária;

f) o usuário tem direito à prestação do serviço. Já há jurisprudência, ainda não pacífica, determinando que luz, água e gás são serviços essenciais e não podem ser suspensos pela falta de pagamento;

g) o concessionário responde por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução do serviço público. *A responsabilidade do concessionário, portanto, é objetiva*. O poder concedente responde, subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária. Poderá haver responsabilidade solidária por má escolha da concessionária ou quando o poder concedente for omissivo quanto ao dever de fiscalização;

h) o poder concedente pode retomar o serviço antes do prazo estabelecido, quando assim mandar o interesse público. É o que, no Direito Administrativo, chamamos de *encampação*;

i) quando ocorre o inadimplemento contratual do concessionário, o poder concedente poderá rescindir o contrato, unilateralmente, através do que se chama *caducidade*;

j) pelo instituto da reversão, o poder público poderá incorporar os bens do concessionário necessários à continuidade do serviço público, em qualquer caso de extinção de concessão;

l) poderá, ainda, ocorrer a intervenção, quando o poder público, com o objetivo de apurar irregularidades e continuando a prestação do serviço público, nomeia um interventor para gerir o concessionário provisoriamente. (DI PIETRO, 2006, pp. 299-301).

## 3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As parcerias público-privadas são uma nova forma de contratos administrativos, semelhantes às concessões (para alguns autores, são espécies destas), introduzidas no Direito brasileiro através da Lei n. 11.079/04.

Como já foi dito anteriormente, o Estado brasileiro, em todas as suas esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) vem enfrentando uma crise institucional resultante de um crescimento galopante dos gastos públicos. Apesar da venda das empresas estatais iniciada na década de 90, o Estado, devido ao alto custo de rolagem da dívida interna, à corrupção endêmica que assola o país e ao déficit progressivo da previdência social, não vem conseguindo alocar recursos para investimentos públicos. Podemos

perceber isso no dia-a-dia, ao vermos o estado de nossas estradas, a falta de investimento em portos, ferrovias, o descaso com a educação e a saúde, etc. Enfim, um país depende de investimento em infra-estrutura para crescer e o Brasil, hoje, não possui dinheiro para investir, razão pela qual estamos crescendo a uma taxa menor do que poderíamos crescer.

Com o intuito de contornar esta grave crise de falta de investimentos públicos, surgem as parcerias público-privadas (PPPs). Essas parcerias viabilizam a implementação de projetos que, em função do alto risco envolvido não seriam desenvolvidos pelo setor privado (MEDAUAR, 2004, p. 238). Por outro lado, em função do volume de recursos a ser carreado para esses projetos, o setor público também não teria o fôlego necessário para enfrentá-los sozinho, já que mobilizariam recursos que devem ser compartilhados com outras prioridades governamentais.

É interessante notar que as PPPs surgem numa nova fase que vive o Direito Administrativo. O Estado sai de sua posição de ente soberano, superior, no plano interno, à sociedade civil; detentor do monopólio de dizer o que é o interesse público, e passa a encarar a sociedade civil como parceira. Ocorre uma “democratização do Direito Administrativo” com uma maior interação Estado-sociedade civil com o intuito de melhor definir e atingir o interesse público.

Assim, introduzindo uma nova forma de co- operação com o Estado, o projeto das PPPs permite que o parceiro privado, diretamente ou através de sociedades de propósito específico, assumam a responsabilidade de assegurar os recursos, seja de capital, seja de terceiros, sendo que, neste último caso, decorrentes de financiamentos ou de aporte por fundos de investimento e mercado de capitais.

Entretanto, não faltam críticas a essa nova forma de concessão pública. Alexandrino e Paulo resumem bem a opinião dos defensores e dos detratores das PPPs:

Por um lado para os que defendem as PPPs, elas são “a única forma – uma espécie de “última esperança” – de serem realizados no Brasil os investimentos em infra-estrutura imprescindíveis ao seu crescimento; para os que condenam sua concepção, trata-se de “capitalismo sem risco”, em que a empresa privada, ou ganha com o retorno do empreendimento, ou ganha com a garantia dada pelo Poder Público (ou com ambos)” (ALEXANDRINO e PAULO, 2008, p.532).

### 3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

As PPPs surgiram no Reino Unido no início da década de 90, onde são chamadas de *Private Finance Initiative* (PFI); foram implantadas no governo conservador de John Major. Antes de introduzir as PPPs, o Reino Unido, na década de 80, tentou a flexibilização de monopólios públicos através de concessões,

permissões e da desestatização de empresas públicas (FONTE, 2004). Os contratos de PPPs correspondem a uma terceira fase de participação do setor privado nos negócios públicos, que se deu no início da década de 90, com o fim das barreiras ao uso do capital privado no financiamento público. Entretanto, o sucesso desses empreendimentos só veio a surgir em meados da década de 90, com a centralização e padronização dos contratos.

Os contratos de PPP não são a mesma coisa que privatização, pois não têm a finalidade exclusiva de cortar custos e nem são uma forma de abstenção na prestação dos serviços públicos. Antes de tudo, são uma forma mais eficiente e moderna de concessão de serviço público diante da escassez de recursos necessários à realização de uma obra ou à prestação de um serviço (SILVA, 2005, p. 06).

No Brasil, o processo de reforma administrativa e surgimento das PPPs foi semelhante. A reforma administrativa começou no governo FHC, com as privatizações das empresas estatais e teve por objetivo investir no aprimoramento do modelo de concessões e na reforma administrativa do Estado, além de buscar o enxugamento da máquina administrativa e a captação de recursos para a administração através de ações capazes de atrair a iniciativa privada com sua habilidade gerencial no provimento de bens e serviços públicos (GONZALEZ, 2005, pp. 02-03).

Entretanto, tais medidas não foram suficientes para sanar a crise financeira estatal, nem mesmo o aumento progressivo da carga tributária. O governo Lula tentou mudar o foco, apostando em uma nova forma de alocação de recursos através de obtenção de capitais no setor privado para a realização de investimentos públicos (GABRIEL, 2005). Nesse momento, surgem as parcerias público-privadas que, por ainda estarem em fase de implantação, ainda não trouxeram resultados concretos, razão pela qual ainda não podemos afirmar se este instituto, que deu certo em países de primeiro mundo, também dará certo em nosso país.

O Governo Federal está considerando as PPPs como um instrumento fundamental para garantir os investimentos em portos, rodovias, ferrovias; necessários para impulsionar e garantir o crescimento da economia brasileira, sem abandonar, evidentemente, os projetos de concessão já existentes. Se este pensamento é pura ilusão e as PPPs são panacéias que nunca vingarão em nossos trópicos, isso só o tempo dirá. De todo modo, é preciso, realmente, buscar novas formas de financiamento do investimento público, pois o povo brasileiro já está atolado até o pescoço em uma carga tributária cada vez mais extorsiva.

### 3.3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

De forma sintética, as PPPs são uma forma de engajamento dos setores público e privado, em

cooperação e parceria, na criação de infra-estrutura e prestação de serviços à população, caracterizada pelo compartilhamento de investimento, risco, responsabilidade e recompensas entre os parceiros (FONTE, 2004).

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o objeto das PPPs será:

(...) necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados. Assim, toda tentativa de efetuar PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato (BANDEIRA DE MELLO, 2006, pp. 728 e 729).

Para José dos Santos Carvalho Filho, o termo "Parceria" não está corretamente empregado para designar esse tipo de contrato administrativo, pois, segundo o autor:

O que caracteriza a verdadeira parceria é a cooperação mútua, técnica e financeira, com objetivos comuns (e não contrapostos, como ocorre nos contratos em geral) e sem fins lucrativos, conforme sucede nos convênios e nos contratos de gestão firmados com organizações sociais, previstos na Lei nº 9.637/98. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 352).

Portanto, e já concordando com o citado autor, o termo correto, do ponto de vista jurídico seria "Contrato de parceria público-privada", modalidade de contrato de concessão administrativa especial, diferente, em alguns aspectos do contrato de concessão comum regulado pela Lei nº 8.987/95.

### 3.4 OBJETO

Existem duas espécies de Parcerias Público-Privadas: A concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa. O objeto de ambas difere em certos aspectos, pois, enquanto o objeto da concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas; na concessão administrativa, o objeto é a prestação de serviços, sendo a Administração Pública a usuária direta ou indireta, ainda que seja necessária a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens.

## 4 ESPÉCIES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

### 4.1 CONCESSÃO PATROCINADA

**Concessão Patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do

parceiro público ao parceiro privado.

Segundo a definição acima, a concessão patrocinada é aquela cuja remuneração vai decorrer de duas fontes: tarifa cobrada dos usuários dos serviços (ferrovias, correios, por exemplo) ou de obras públicas (estradas), e um adicional tarifário pago pelo Estado a título de subsídio ao usuário.

Entende-se, no caso de concessão patrocinada, que o custo dos serviços (incluída a remuneração do capital investido) é incompatível com a renda dos usuários, incompatibilidade que deverá ser comprovada a fim de justificar o subsídio com recursos do orçamento público.

Destarte, a concessão patrocinada diferencia-se das concessões tradicionais, pois nestas o concessionário não recebe aportes do Poder Público. A contraprestação paga pelo Parceiro Público fica limitada a 70% da contraprestação total recebida pelo Parceiro Privado, salvo autorização legislativa específica. Portanto, esta autorização legislativa poderá redundar que o porcentual a ser desembolsado pelo poder público alcance qualquer valor, desde que inferior a 100%. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, tal fato demonstra que as PPPs poderão não resolver o problema da carência de recursos públicos; "antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar o novo instituto." (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 732).

Os projetos de PPP postos em andamento no Brasil têm indicado duas espécies de contraprestação:

a) *uma quantia em dinheiro* a ser paga pela Administração ao concessionário, fixada na proposta comercial, normalmente limitada no seu máximo pelo edital de licitação e sem qualquer relação com a tarifa a ser cobrada do usuário;

b) *uma promessa de pagamento* de quantia em dinheiro referente a um adicional tarifário que complementa as receitas necessárias para a manutenção do projeto;

Em relação à primeira forma de contraprestação, é importante destacar que qualquer pagamento do setor público ao setor privado dependerá da prévia disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Destarte, assume uma importância fundamental a figura do *Financiador da PPP*, pois, enquanto o parceiro privado não tornar disponível o serviço público, não terá qualquer fonte de receita a não ser o financiamento. Em nossa humilde visão, o legislador errou neste aspecto. Ao proibir à Administração adiantar valores a título de contraprestação pecuniária, obrigou o parceiro privado a financiar todo o capital necessário à construção da infra-estrutura no mercado financeiro ou em agências de desenvolvimento. Desse modo obrigou a administração a suportar o custo do capital mesmo quando ela própria possua os recursos que poderia aportar durante a construção.

A outra possibilidade usual é a *complementação*

*tarifária*. Esta, evidentemente pode ser fixa, variável e dependente ou não de certos eventos. O complemento tarifário, não obstante já regulamentado contratualmente, pode ter caráter contingente (i.e. ficar sujeito a condição suspensiva) e somente se tornar devido em hipóteses previamente estabelecidas. Isso ocorre normalmente quando o poder concedente quiser manter a discricionariedade da política tarifária em face do usuário e, ao mesmo tempo, assegurar ao concessionário uma remuneração reajustável periodicamente por índice pré-determinado de preço ou custo.

A concessão patrocinada, assim como, também, as concessões administrativas, se diferenciam da concessão tradicional devido ao fato de que, enquanto na concessão tradicional, o concessionário assume os riscos da atividade exercida, nas concessões patrocinadas, os riscos são repartidos com o parceiro público.

O poder público, diferentemente do que ocorre nas concessões tradicionais, prestará garantia ao parceiro privado e ao financiador do projeto (um banco, por exemplo). Além disso, se ocorrer uma redução nos riscos do crédito do financiamento, os ganhos econômicos serão compartilhados.

#### 4.2 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Conforme o art. 2º da Lei nº 11.079/04, Concessão Administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O objeto do contrato, nesse tipo de PPP, é a prestação de serviço de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Difere da concessão patrocinada, pois esta tem por objeto a execução de serviço público enquanto a concessão administrativa tem por objeto a prestação de um serviço, direta ou indiretamente, à Administração Pública.

Também há diferença quanto à forma de contraprestação por parte do parceiro público, pois, enquanto na concessão patrocinada, o parceiro privado é remunerado através de tarifa (preço público); na concessão administrativa, o parceiro privado é remunerado, fundamentalmente, pelo poder público. Entretanto, devido ao fato de que a contribuição do poder público só pode iniciar-se quando o serviço se tornar disponível, a figura do financiador assume vital importância também nessa forma de PPP.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a concessão administrativa não é uma espécie de concessão e sim, um contrato de prestação de serviço disfarçado de concessão, pois, sendo a administração usuária direta ou indireta, e tendo de pagar para suprir as despesas do serviço, esta remuneração, na verdade, não seria uma tarifa e sim uma remuneração contratu-

al como qualquer outra. Vai mais além o nobre doutrinador, in verbis:

Assim, percebe-se que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos (MELLO, 2006, p. 732).

José dos Santos Carvalho Filho, entretanto, defende a tese de que apesar dos objetos desses contratos serem semelhantes, não são, entretanto, idênticos, pois enquanto no contrato de prestação de serviços o particular contratado limita-se à prestação do serviço, cabendo à Administração pagar o respectivo preço em dinheiro; no contrato de concessão administrativa “o concessionário presta o serviço mas se lhe exige que faça investimento na atividade, obrigando-se a Administração a uma contraprestação pecuniária que pode variar de espécie (...)” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 354).

### 5. CARACTERÍSTICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Podem ser objeto das parcerias público-privadas a delegação de prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública; a prestação de serviços à administração pública ou à comunidade, precedidas ou não de obra pública, excetuadas as atividades exclusivas de Estado; a execução, a ampliação e a reforma de obra para a Administração Pública; a exploração de serviços complementares ou acessórios, de modo a dar maior sustentabilidade financeira ao projeto, redução do impacto tarifário ou menor contraprestação governamental.

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal nº 11.079, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, no âmbito da Administração Pública. Esta Lei Federal tratou, em diversos artigos, de normas gerais de Direito Administrativo a serem observadas pelos entes da federação, além de normas específicas direcionadas à União.

No Piauí, em 19 de setembro de 2005, foi sancionada a Lei nº 5.494, que rege as PPPs no âmbito estadual, estabelecendo normas específicas para o estado do Piauí.

A lei nº 11.079/04 classifica as parcerias público-privadas em duas modalidades diferentes: **Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa**.

São traços que identificam as Parcerias Público-Privadas, em suas duas modalidades regidas pela Lei nº 11.079/04, diferenciando-as das concessões de serviço público, regidas pela Lei nº 8.987/95:

a) previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (é importante ressaltar que essa contraprestação só é devida a partir do momento em que o serviço prestado pelo parceiro privado estiver disponível);

b) garantia do equilíbrio econômico-financeiro, devendo as partes repartir o risco, inclusive em relação ao caso fortuito, à força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

c) compartilhamento dos ganhos econômicos quando ocorrer a redução do risco do crédito de financiamento obtidos pelo parceiro privado;

d) financiamento por terceiros. As diretrizes para financiamento das PPPs serão definidas pelo Conselho Monetário Nacional;

e) constituição de uma sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir as PPPs;

f) previsão de penalidades aplicáveis à administração pública – Somente em caso de multa ressaratória, já que apenas o poder público detém o poder sancionatório e seria incabível, portanto, qualquer outro tipo de sanção;

g) prazo contratual delimitado com o mínimo de 5 anos e o máximo de 35 anos, incluindo a prorrogação;

h) normas específicas sobre licitações, derrogando artigos da Lei nº 8.666/93;

i) os contratos das PPPs deverão observar a Lei de Responsabilidade Fiscal;

j) imposição de limites para a despesa;

l) indicação dos fatos que caracterizarão a inadimplência pecuniária do parceiro público e como se dará a regularização e, quando for o caso, a forma de acionamento da garantia.

Outra observação a ser feita é que não é possível constituir PPPs para contratos com valores inferiores a 20 milhões de reais. O legislador fixou um valor significativo exatamente para não permitir ou desestimular os pequenos Municípios a tentarem esta nova modalidade de contrato, que requer uma sólida estrutura técnica e financeira.

## 6. CONTRAPRESTAÇÃO E GARANTIA

A contraprestação pecuniária do poder concedente é um dos traços característicos que diferenciam as PPPs das concessões tradicionais. A contraprestação poderá ser *direta*, através de prestação pecuniária disponibilizada pelo poder concedente ao parceiro privado, ou *indireta*, quando for utilizado um mecanismo jurídico que, posteriormente, se converta em pecúnia.

Vigora para as PPPs o princípio da variabilidade remuneratória, pois o contrato pode conter cláusula pela qual a remuneração seja vinculada ao desempenho do concessionário. Para tanto, o contrato deverá estabelecer as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade do objeto do ajuste.

A forma normal de contraprestação a ser feita pelo parceiro público é a ordem bancária, mas outras formas são de contraprestação são admitidas como:

a) outorga de direitos em face da Administração Pública;

b) cessão de créditos não-tributários;

c) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.

A lei poderá prever outras formas de contraprestação do parceiro público ao privado que não as citadas acima.

Em relação às garantias, as PPPs encerram uma clara preocupação em evitar que o concessionário, a cujo cargo ficam os custos com os investimentos no serviço ou na obra pública, sofra prejuízos diante do eventual inadimplemento do poder concedente ou mesmo em virtude de fatos imprevistos. Para prevenir esses riscos, a Lei previu as garantias que podem ser contratadas relativamente às obrigações contraídas pela Administração Pública.

A primeira garantia é a vinculação de receitas. A Constituição Federal vedou a vinculação de receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa; entretanto, a própria CF estabeleceu exceções a esses dispositivos e uma delas é a possibilidade de vinculação de receitas para prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita.

Outras formas de garantia são:

a) Contratação de seguro-garantia com empresas não controladas pelo ente estatal;

b) Garantia prestada por entes internacionais ou instituições financeiras que não estão sob controle do poder público;

c) Criação ou utilização de fundos especiais, conforme previsto em Lei;

d) Garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada especificamente para tal objetivo;

e) Outros instrumentos de garantia a serem disciplinados por Lei.

No âmbito Federal, será criado o **Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas - FGP**, de direito privado, cuja finalidade é prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, devendo ser gerido e representado (judicial e extrajudicialmente) por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União e terá patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, de modo que a integralização das cotas poderá ser realizada em: Dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis (inclusive, ações de sociedades de economia mista de grande liquidez e fácil comercialização), dentre outros direitos com valor patrimonial.

A participação da União, suas autarquias e fundações públicas no Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas - FGP, ficará limitada a R\$ 6 bilhões, os quais não poderão ser objeto de contingenciamento, nem mesmo o destinado ao pagamento de precatórios oriundos de outras obrigações da Adminis-

tração Pública. Estados e municípios com projetos de PPPs terão de criar seus próprios fundos garantidores.

Tal Fundo, inclusive, já foi em parte regulamentado por meio do Decreto nº 5.411, de 06 de abril de 2005, que autorizou a integralização de cotas no Fundo, em valor avaliado de cerca de R\$ 4 bilhões, mediante ações representativas de participações acionárias da União em quinze sociedades de economia mista disponíveis para a venda, quais sejam: CTE-EP, Eletropaulo, BB, CVRD, Embraer, Petrobrás, Usiminas, Tractebel, Eletrobrás, COELBA, CELPE, COMGÁS, COELCE, GERDAU e Rhodia-Ster. Fica restando, portanto, uma regulamentação concernente a uma melhor definição acerca de seu funcionamento, bem como uma definição sobre a instituição financeira gestora do Fundo - Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal - devendo tais questões serem objeto de futuro Decreto.

## 7. RESPONSABILIDADE FISCAL

Quanto à Responsabilidade Fiscal, a Lei prevê algumas condicionantes, por exemplo:

a) A abertura da licitação depende de declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração são compatíveis com a LDO e estão previstas na Lei Orçamentária Anual;

b) A inclusão do objeto da PPP no Plano Plurianual;

c) A comprovação de que a despesa do contrato de PPP não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no art. 4º, § 1º da LRF, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente da receita ou pela redução permanente de despesa.

Esclarece José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 366) que a lei exige, também, dos entes públicos, que, antes da contratação, encaminhem ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional as informações indicativas do cumprimento desses limites.

É importante acrescentar em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal que as despesas da União com contratos de PPPs e aquelas provenientes de concessão de garantias e realização de transferências voluntárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não poderão, individualmente, ultrapassar 1% de sua respectiva receita corrente líquida. Por sua vez, a participação no financiamento e nas contribuições de capital em cada empreendimento das empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União ficará limitada a 70% do total dos recursos ou a 80% para empreendimentos em áreas da região Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que apresentem IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) inferior à média nacional. Quando tais operações

envolverem fundos de pensão, tais limites serão estendidos para 80% e 90%, respectivamente.

## 8. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

O art. 9º da Lei nº 11.079/04 estabelece a obrigatoriedade de constituição de uma sociedade com o propósito específico de implantar e gerir o projeto de parceria. Trata-se de uma sociedade a ser criada pelo parceiro antes da celebração do contrato, a quem caberá a propriedade dos bens resultantes do investimento, durante a vigência do contrato e até que se dê a sua amortização. Deve obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

A sociedade de propósito específico poderá dar em garantia aos financiadores os direitos emergentes da parceria, conforme requisitos e condições estabelecidas no contrato. Essa sociedade terá a *faculdade* de assumir a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima, de modo a possibilitar a negociação de valores mobiliários no mercado.

A Lei veda que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante das sociedades de propósito específico, afastando a possibilidade de ingerência desses órgãos públicos no controle dessas sociedades. É admissível, entretanto, a aquisição da maioria do capital votante por instituição financeira controlada pelo Poder Público, em decorrência do inadimplemento de contratos de financiamento. Se essa instituição financeira for empresa pública ou sociedade de economia mista e *houver previsão legal expressa dessa possibilidade*, será constituída uma sociedade de economia subsidiária ou uma empresa pública subsidiária que irá gerir a parceria.

## 9. LICITAÇÃO

A Lei nº 11.079/04 também determina normas específicas sobre licitação, derogando, parcialmente, a Lei nº 8.666/93. O art. 10 dispõe sobre as seguintes normas específicas sobre licitações de PPPs:

I - Deverá haver autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos

financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 da Lei 11.079/04, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

d) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

e) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

f) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

II - O objeto da PPP deve estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado – exigência essa bastante contraditória já que a duração de um plano plurianual é de 4 anos, enquanto a duração máxima de vigência de uma PPP é de 35 anos. Ainda não há definição doutrinária de como poderão ser conciliadas essas regras;

III - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

IV - licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

## 10. INFERÊNCIAS FINAIS

Para concluir, entendemos que as parcerias público-privadas são uma clara expressão do novo Direito Administrativo que vem disciplinar o Estado do início do século XXI, ou seja, um Estado carente de recursos que, se por um lado procura “enxugar” a máquina, por outro lado não consegue evitar um crescimento exponencial dos gastos públicos.

Além disso, esta nova Administração Pública é caracterizada por uma maior participação popular e pelo nivelamento com a sociedade civil. Agora, o Estado chama a sociedade para cooperar em busca

do interesse social através de novos institutos como os convênios administrativos, os consórcios públicos, os contratos de colaboração, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, etc.

As PPPs nada mais são do que um reflexo desse novo modelo de Estado com sua nova administração pública. Em uma sociedade carente de recursos, de um lado se encontra a iniciativa privada, que possui capital, mas, não gosta de correr grandes riscos e, do outro lado, coloca-se o Estado, cada vez mais despojado de recursos e desejoso de investir em infra-estrutura.

Certamente, as PPPs não irão resolver todos os males que afligem o Estado brasileiro, mas é necessário dar tempo ao tempo para sabermos se elas farão sucesso. Numa pesquisa realizada pela internet, constatamos que a PPP com o maior volume de capital sendo realizada nesse momento é a ampliação do metrô da cidade de São Paulo, na modalidade concessão patrocinada (infelizmente, palco de um desabamento causador de 07 vítimas). Será necessário acompanharmos o desfecho dessa parceria para concluir se as PPPs realmente terão futuro em nosso país como tiveram alhures, afinal, o Brasil tem características singulares e nem sempre o que funciona lá fora irá funcionar por aqui.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*, 15 a edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- BRASIL, Decreto Federal nº 5.411, de 06 de abril de 2005.
- BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
- BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
- BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 16a ed., rev., amp. e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- FONTE, Felipe de Melo. *Parcerias Público-Privadas e o novo Direito Administrativo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrinal/texto.asp?id=5970>>. Acesso em: 18 nov. 2006.
- GONZALEZ, Andres Garcia. *Parceria Público-Privada: Apontamentos gerais*. Em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/andresgarciaagonzalez/parceria.htm>. Acesso em 19 jan. 2007.
- HOBBSBAWN, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*, 2a edição, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*,

8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 24ª. ed., atual. Eurico Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

PIAUI, Lei nº 5.494, de 19 de setembro de 2005

SILVA, Daniel Cavalcante. *Parceria público-privada: o toque de Midas na administração pública*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7038>>. Acesso em: 21 jan. 2007.

**The Public-Private Partnership as expression of a new Administrative Law**

## ABSTRACT

This article argues, in general lines, what are the Public-Private Partnerships (PPPs) and its differences for the traditional concessions of public service. A brief analysis of the historical evolution of Administrative law is made as its relation to the participation of the State in the accomplishment of the public services. As the Public-Private Partnerships (PPPs) are a modality of public service contract of concession, proceeds one brief exposition with the intention of distinguishing the traditional concession's contract from the PPPs. Finally, It will be appreciated the contract of Public-Private Partnerships (PPPs), new figure in the native Administrative law, and its categories: Sponsored Concession and Administrative Concession, looking for to analyze the advantages and disadvantages that its use by the State will cause in the civil society.

## KEYWORDS

Administrative contract. Public service concession. Public-private partnerships. Sponsored concession. Administrative concession.