

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**ESTADO, SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS NO BRASIL: ANOTAÇÕES**

Edite Mesquita Hupsel

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de Mestre.

Área de Especialização: Direito

Menção: Direito Administrativo

Orientador: Pedro Costa Gonçalves

Coimbra

2013

A todos aqueles que ainda acreditam que servir ao Estado, com seriedade, dedicação e idealismo, pode ser uma missão das mais relevantes. Pode ser uma missão quase sagrada!

A todos aqueles que ainda não desistiram de buscar o melhor para a Administração Pública, de buscar o melhor na prestação dos serviços públicos.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos àqueles autores cujas obras e artigos me propiciaram a leitura e o aprendizado necessários para a apresentação deste trabalho. Meus agradecimentos àqueles que foram e são minhas “notas de rodapé”. Os “tijolos” por eles colocados no estudo das Parcerias Público-Privadas serviram para a construção desta dissertação. Sem a ajuda deles nada teria feito. E se, em algum momento, vier a servir como leitura e talvez mesmo como “notas de rodapé” para outros interessados no estudo destas parcerias, deverei isso a esses autores. Muito obrigada.

Ao meu orientador, pela delicadeza nas correções que se fizeram pertinentes e pelo exemplo como estudioso do Direito Administrativo.

RESUMO

O estudo das parcerias público-privadas desenvolvido neste trabalho busca trazer um resumo da história do aparecimento desse novo modelo de contratação em diversos países, com enfoque no Brasil. O contexto do aparecimento da Lei nº 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação das PPPs, foi tratado, assim como foram levantadas questões sobre a compatibilidade de alguns de seus dispositivos com a Constituição Federal brasileira e com leis complementares que tratam de finanças públicas. A reflexão sobre quais atividades da Administração Públicas e quais serviços públicos podem ser trespassados para execução dos privados, sem afrontar à Lei Maior federal, também foi feita. As preocupações quanto aos riscos fiscais das PPPs, com os riscos de gastos exorbitantes nessas contratações, acirradas com a edição da Lei Federal nº 12.766, de dezembro de 2012, foram colocadas no trabalho. Por fim, nas suas conclusões, foi demonstrada a importância das parcerias público-privadas no contexto atual de um grande número de países e no contexto atual do Brasil, como meio e forma de desobstrução de “gargalos” na infraestrutura e de melhor prestação de serviços públicos e apontados os riscos de sua utilização sem os controles necessários, como o risco da utilização de um remédio sem a dosagem adequada, sem os devidos cuidados.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; Lei nº 11.079/2004/Constituição Federal; Riscos fiscais.

ABSTRACT

This paper provides an overview of the history the public-private partnerships (PPPs) and the legal environment in which it function in several countries, emphasizing the development of this contractual model in Brazil. The Brazilian Law No. 11,079, 2004, which establish general rules for bidding and contracting of PPPs, was examined, and relevant aspects of its compatibility with the Brazilian Federal Constitution and complementary public finance laws were discussed. A concise analysis, of Public Administration activities and services that could be executed by the private sector, was elaborated, without contradicting the Higher Federal Law. Concerns regarding the fiscal risks of PPPs, such as high contracting costs, incited by the enactment of Federal Law No. 12,766, of December 2012, were pondered in this paper. Finally, it was concluded the importance of public-private partnerships in the actual global context, not only in Brazil but also in several other nations in the world. Due the lack of capacity and resources of the public sector, the PPPs model allows governments to obtain resources to invest in infrastructure and to provide better public services. Nevertheless, it was pointed out PPPs models have risks greater or equally to any other contract, and as any other remedy this scheme should be used properly and kept under systematic review.

Keywords: Public-Private Partnerships; Law N° 11.079/2004/Federal Constitution; Fiscal Risks.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGF	Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A.
ADFERSIT	Associação para o Desenvolvimento dos Sistemas Integrados de Transporte
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo de Lei
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CCP	Código dos Contratos Públicos
CIDE	Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
EC	Emenda Constitucional
DBFO	<i>Design, Build, Finance, Operate</i>
EC	Emenda Constitucional
DESENBAHIA	Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A.
FEDER	Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional
FGBP	Fundo Garantidor Baiano de Parcerias
FGCN	Fundo Garantidor da Construção Naval
FGEE	Fundo de Garantia dos Empréstimos de Energia
FGIE	Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto
FGP	Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
FMI	Fundo Monetário Internacional
FPE	Fundo de Participação do Estado e Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Veículos
Inc.	Inciso
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto sobre a Renda
IRPJ	Imposto de Renda – Pessoa Jurídica
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOM	Lei Orgânica do Município
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
METP	<i>Marché d'Entreprise de Travaux Publics</i>
MPF	Ministério Público Federal

MPE-BA	Ministério Público do Estado da Bahia
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OSCIPs	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PEC	Pacto de Estabilidade e Crescimento
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PGE-BA	Procuradoria Geral do Estado da Bahia
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Programas de Integração Social
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPA	Plano Plurianual
PPP	Parceria Público-Privada
SCUT	sem custos para o utilizador
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União
UE	União Européia
UEM	União Económica e Monetária Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 O PORQUE DA ESCOLHA DO TEMA	11
1.2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	12
2 O ESTADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SERVIÇOS PÚBLICOS E OBRAS PÚBLICAS	15
2.1 DO ESTADO	15
2.1.1 Evolução do Estado: do seu crescimento	16
2.1.2 Do Processo de Redução do Estado: desestatização	17
2.2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.2.1 Das Atividades da Administração Pública	19
2.3 SERVIÇOS PÚBLICOS	21
2.3.1 Serviços Públicos na Constituição Brasileira	24
2.4 OBRA PÚBLICA	26
3 TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES DO ESTADO, DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A ENTES DA SOCIEDADE	27
3.1 PARCERIAS DO ESTADO COM O SETOR PRIVADO	27
3.2 MODALIDADES OU FORMAS DE PARCERIAS – ÊNFASE NO DIREITO BRASILEIRO	30
4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: EM SENTIDO ESTRITO	34
4.1 CONTEXTUALIZANDO	34
4.2 PPP COMO MEIO DE CONTORNAR LIMITAÇÕES FISCAIS	37
4.3 PPP COMO FENÔMENO MUNDIAL	40
4.3.1 Reino Unido	41
4.3.2 França	44
4.3.3 Itália	46
4.3.4 Espanha	47
4.3.5 Portugal (com mais detalhes)	49
5 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL	57
5.1 NO TEMPO: CIRCUNSTÂNCIAS	57
5.2 NASCIMENTO	61
5.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO ESPÉCIES DO MODELO CONCESSÓRIO	62

5.4	OBJETO DAS CONCESSÕES COMUNS E OBJETO DAS PPP'S	66
5.4.1	Serviços que podem ser objeto de concessões ditas comuns	72
5.4.2	Atividades e serviços que não podem ser objeto de concessão comum	73
5.4.3	Atividades e serviços que podem ser objeto de PPPs	73
5.4.4	Atividades e serviços que não podem ser objeto de PPPs	76
5.5	ASPECTOS IMPORTANTES DAS PPPs	78
5.6	PAPEL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	80
6	CONTROLE FISCAL DAS PPP NO DIREITO BRASILEIRO: FERRAMENTAS	81
7	A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	90
7.1	UNIÃO: COMPETÊNCIA PARA EDITAR NORMAS GERAIS	90
8	ANÁLISE DA LEI NACIONAL DE PPP FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	96
8.1	FRENTE AO ARTIGO 175 DA CF	96
8.2	FRENTE AO ARTIGO 163, I, DA CF	100
8.3	FRENTE AO ARTIGO 163, III, DA CF	103
8.4	FRENTE AO ARTIGO 100 DA CF	107
8.5	FRENTE AO ARTIGO 165, § 9º, II, DA CF	110
8.6	FRENTE AO ARTIGO 5º, XXXV, DA CF: A ARBITRAGEM NAS PPPS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	111
9	COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS: DIPLOMAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS FRENTE À LEI FEDERAL DE PPP À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	115
9.1	NORMAS GERAIS: PRINCÍPIOS	115
9.1.1	Princípio da Isonomia	117
9.1.2	Princípio da Legalidade	118
9.1.3	Princípio da Impessoalidade	118
9.1.4	Princípio da Moralidade	119
9.1.5	Princípio da Probidade Administrativa	119
9.1.6	Princípio da Eficiência	120
9.1.7	Princípio da Publicidade	120
9.1.8	Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	121
9.2	NORMAS GERAIS NA LEI Nº 11.079/2004	121

10 ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.079 E OUTRAS QUESTÕES: O CRESCIMENTO DOS RISCOS FISCAIS NA REALIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	123
11 A VINCULAÇÃO DE RECEITAS COMO GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS DO PODER PÚBLICO – ARTIGO 8º, INCISO I, DA LEI GERAL DE PPP E O ARTIGO 167, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A Lei nº 11.477, de 2009, do Estado da Bahia	130
11.1 A LEI BAIANA Nº 11.477/2009	134
12 SOBRE O IMPACTO FINANCEIRO NEGATIVO DAS PPPs NO BRASIL	138
CONCLUSÕES	141
REFERÊNCIAS	146

1 INTRODUÇÃO

1.1 O PORQUÊ DA ESCOLHA DO TEMA

Quando assistimos à publicação da Lei baiana de Parcerias Público-Privadas (PPP) – Lei nº 9.290, em 27 de dezembro de 2004 – e da Lei Federal – nº 11.079, do dia 30 daquele mesmo mês e ano – nossa atenção foi, então, voltada para a já existência de alguns diplomas legais editados por outras unidades da Federação que tratavam da mesma matéria. Eram as Leis nº 14.868, de dezembro de 2003, do Estado de Minas Gerais; nº 12.930, de fevereiro de 2004, do Estado de Santa Catarina; nº 11.688, de maio de 2004, do Estado de São Paulo; nº 14.910, de agosto de 2004, do Estado de Goiás. A Lei nº 13.557, do Estado do Ceará, foi publicada no mesmo dia da Lei Geral de Parceria Público-Privada, editada pela União.

Até então, somente uma esparsa atenção havíamos prestado às notícias derredor das discussões sobre as Parcerias Público-Privadas no Congresso Nacional. O nosso atuar diário na Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE-BA) nos levava a postergar a atenção sobre a matéria para quando findassem as discussões e ela fosse, finalmente, convertida em lei. Aí mergulharíamos no seu estudo, assim pensávamos.

A despeito de termos assistido a palestras sobre o assunto, lido notícias de jornal e artigos jurídicos sobre esse novo modelo de contratação pública, não nos fora dada a oportunidade de fazer um profundo mergulho sobre o mesmo. Nossa atenção se diluía em todos os outros assuntos que nos eram submetidos para exame e parecer. Se alguma questão referente ao tema nos era submetida, enfocávamo-la com uma visão que se restringia à própria questão levantada no processo. E sentíamos falta de uma visão global e profunda sobre este novo modelo de contrato administrativo, já tão usado em terras alienígenas e trazido, então, como “novidade” pelos diplomas legais citados.

Com a realização do Curso de Mestrado na Universidade de Coimbra, que fizemos com ênfase em Direito Administrativo, e com o convívio com ilustres mestres administrativistas, o Doutor José Carlos de Andrade Vieira e o Doutor Pedro Gonçalves, vimos que se apresentava a oportunidade de estudar sobre as parcerias público-privadas. Não podíamos desprezá-la! Lendo artigos jurídicos na biblioteca daquela Universidade e trabalhos de outros alunos já transformados em tese continuamos a garimpar material para nosso estudo. No nosso país, completamos nossa

leitura, nossa pesquisa. Impossível foi esgotar todo o material descoberto ou indicado. Fizemos o que foi possível.

Aqui está o resultado de nossas leituras, de nossa reflexão. Não pretendemos ter atingido qualquer coisa perto da perfeição. Mas esperamos ter feito o melhor de nós e, inclusive, poder ser útil para outros estudiosos da matéria, como muitos o foram para nós.

1.2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Quanto ao tema, não podemos afirmar sobre a carência de estudos estrangeiros e nacionais sobre ele. Muito se tem debruçado sobre o mesmo e trabalhos de escol foram produzidos, enfrentando-o ora de uma forma ampla – em uma análise global das razões do seu surgimento no final do século passado, das formas adotadas nos diversos países, das questões fiscais envolvidas – ora sob um específico prisma – da modelagem da licitação e do contrato, da repartição de riscos entre os parceiros, do papel dos financiadores, dos serviços e/ou atividades da Administração Pública passíveis de serem objetos do contrato.

Essas parcerias vêm sendo fonte de estudos em diversas áreas do conhecimento humano, como Economia, Contabilidade, Administração e Direito, e, cada vez mais, a sua utilização vem desobstruindo “gargalos” em infraestrutura, propiciando maior desenvolvimento econômico em vários países nos quais a crise fiscal criava uma barreira ao desenvolvimento e sendo utilizadas como um modo de concretizar projetos de investimento público, propiciando melhor prestação de serviços públicos e maior desenvolvimento do Estado.

Na sua história, têm essas “parcerias” um profundo liame com a história do próprio Estado.

A crise econômica dos anos setenta, com altas taxas de inflação e de desemprego, que gerou a retração do desenvolvimento econômico, terminou por colocar em crise o Estado do Bem-Estar, provocando uma retração do Estado, o declínio do Estado-prestador, com o ressurgimento de um Estado menor, tendo como um dos vetores o princípio da subsidiariedade e a busca da sua eficiência. A insuficiência dos recursos públicos no custeio da prestação direta de obras e serviços públicos gerou um processo de desestatização promovido em inúmeros países. Como novo modelo de

contratação administrativa, surgiram as PPPs, no Reino Unido, que se espalharam e se desenvolveram em inúmeros países.

Um rápido perpassar de olhos sobre as PPP em alguns desses países, foi feito neste trabalho.

No Brasil, a muito falada “crise fiscal do Estado Brasileiro” e a ineficiência da Administração Pública na gestão e prestação de serviços públicos levaram à reforma do Estado, com a desintervenção estatal e as privatizações, e à adoção desse modelo de contratação, que vem propiciando melhor prestação de serviços públicos e o crescimento da infraestrutura nacional.

A preocupação com o estudo dessas parcerias público-privadas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base a Lei Geral de PPP – Lei nº 11.079, de 2004 – levou-nos a tratar de várias questões, de maneiras diversas.

Primeiramente, situando-as no contexto de reforma do Estado.

Em seguida, buscando identificar quais serviços públicos e quais atividades atribuídas à Administração Pública podem ser repassadas à iniciativa privada sem afrontar a Lei Maior do país.

Foi desenvolvida a análise de dispositivos da Lei Federal de PPP que importaram em novidades quanto a questões referentes a finanças e orçamentos públicos, garantias contratuais, arbitragem, sempre à luz da Constituição Federal (CF/88), trazendo posições diversas sobre os temas que surgiram do estudo.

Também a importância dos “controles fiscais” das parcerias, no Brasil, levou-nos a pinçar da Lei Geral os dispositivos que tratavam do assunto.

Foi tratada a questão da divisão de competência entre a União e as demais entidades federadas. A primeira, na forma da Constituição da República, para editar normas gerais de licitações e contratações públicas; as demais, com competência suplementar para legislar sobre a matéria.

Por fim, foram analisadas as alterações feitas, posteriormente, na Lei nº 11.079, de 2004, que introduziram a possibilidade de modificação do modelo de contratação adotado pela lei quando da sua edição e incrementaram os riscos de endividamento público com as parcerias, no Brasil. A forma de contabilização das despesas públicas assumidas nesses contratos, que também foi modificada posteriormente, impacta no aumento destes riscos. Outras questões, trazidas por outros diplomas legais, foram comentadas.

Quanto à questão da vinculação de receitas públicas – uma das espécies de garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de parceria público-privadas – foi feita a análise sobre a possibilidade de vinculação de cota-parte da unidade federada no Fundo de Participação do Estado e Distrito Federal (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM) diretamente, como garantia a este pagamento, ou através da integralização de cotas em fundo garantidor criado, especificamente, com a finalidade de oferecer garantias aos parceiros privados.

As conclusões apontam, como não poderia deixar de ser, para a importância da utilização das PPPs com vistas a melhorar a qualidade dos serviços públicos e a desobstruir “gargalos” em infraestrutura e, também, para a necessidade de maior controle de endividamento público com estas parcerias, para que as futuras gerações não venham a pagar contas altas em demasia e os futuros governantes não se quedem “atados” em suas opções políticas de governo em face ao excessivo comprometimento de orçamentos futuros.

2 O ESTADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SERVIÇOS PÚBLICOS E OBRAS PÚBLICAS

A pluralidade dos conceitos e a diversidade dos entendimentos doutrinários derredor das expressões acima lançadas – Estado, administração pública, serviços públicos e obras públicas – não inibem aqueles que tratam da ciência política e do direito administrativo do enfrentamento de questões que necessitam de precisos contornos das mesmas expressões, nunca plenamente obtidos.

Também as expressões privatização, terceirização e parcerias, estas últimas quando referentes à execução de atividades administrativas e à prestação de serviços públicos, se embaralham dentro da doutrina pátria e alienígena. Seus precisos contornos são, então, inexistentes.

Com essa compreensão e contando com uma condescendência talvez exagerada daqueles que terão acesso ao presente estudo, serão “manuseadas” as citadas expressões, os referidos conceitos, talvez sem um rigorismo na escolha de um só deles.

Com essas dificuldades, e preocupados com imprecisões na utilização dos mesmos geradas pela não uniformidade da utilização de uma só expressão ou um só conceito doutrinário, damos início ao nosso trabalho.

E, assim, começamos. Porque este é o começo necessário para tratar de prestação de serviços públicos, de parcerias entre particulares e a Administração Pública, o Poder Público, de execução de obras públicas e do papel do Estado nesta prestação e execução.

Vamos, então.

2.1 DO ESTADO

Desde que os juristas passaram a tomar conta dos problemas do Estado, este tem sido definido através de três elementos constitutivos que são o povo, o território e a soberania, este último um conceito jurídico por excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público¹. Na atualidade, porém, merece

¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 94.

este conceito alguma flexibilização, considerando os blocos econômicos que se formam entre os Estados e que se lhes impõem alguma submissão.

Se o conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado, sob o aspecto político pode-se afirmar que é a comunidade de homens fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção. Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder, em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território, a serem efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários, na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada².

Como pessoa jurídica territorial soberana, como um ente personalizado, atua o Estado moderno através de seus Poderes, por intermédio dos quais apresenta e manifesta a sua vontade estatal.

2.1.1 Evolução do Estado: do seu crescimento

A defesa da primazia do mercado e a apologia do Estado “mínimo” tiveram, em nível econômico, defesa e teorização com Adam Smith, Ricardo e Stuart Mill e Jean-Baptiste Say³.

O Estado Liberal, com suas consequências funestas no âmbito social e econômico, gerou a formação do proletariado e o surgimento dos grandes monopólios, com o massacre das empresas de pequeno porte. Os direitos sociais restaram relegados.

Dentre as reações contra as consequências do liberalismo, o crescimento do Estado se deu na busca de diminuir as desigualdades sociais, passando ele a intervir na ordem econômica e social. Para tal fim, veio o Estado a ampliar, significativamente, o rol de suas atribuições.

Nesse agir, muitas dessas atribuições foram assumidas como serviços públicos, na categoria de serviços públicos industriais ou comerciais e sociais. Foram, então, criadas inúmeras empresas públicas e sociedades de economia mista, para a prestação daqueles primeiros, e fundações, para a prestação dos últimos.

² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade...*, cit., p. 95.

³ AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 31.

Outras atividades ainda passou o Estado a exercer, a título de intervenção no domínio econômico, através de empresas estatais ou de outras sob o seu controle acionário, na busca de direcionar o processo econômico para o atendimento, também, dos interesses sociais.

A atividade de fomento à iniciativa privada se desenvolveu em razão do próprio interesse da coletividade e se desdobrou em concessão de auxílios, financiamentos, subvenções, isenções fiscais e, mesmo, em desapropriações por interesse social.

A ampliação do poder de polícia, que deixou, então, de se limitar à restrição dos direitos individuais em benefício da segurança pública para atuar em setores não mais só relacionados com a segurança – tais como a proteção ao meio ambiente, aos costumes, ao exercício das profissões, à saúde pública, ao patrimônio histórico e artístico nacional –, também decorreu do surgimento do Estado Social de Direito, que se contrapunha àquele Estado Liberal, de consequências funestas no âmbito econômico e social.

Naquele momento histórico e como reação contra o Estado Liberal, adequava-se a figura de um Estado Social de Direito, intervencionista, que atuava em quase todos os setores da vida social. Este crescimento ilimitado do Estado se refletiu em, como bem observou Juan Carlos Cassagne:

[uma] supradimensão das estruturas administrativas e conseqüente aumento da burocracia; abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; a configuração de monopólios legais a favor do Estado e a participação estatal ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais.⁴

O Estado prestador de serviços, empresário e investidor deixou de ter adequação, após ter passado aquele momento histórico.

2.1.2 Do Processo de Redução do Estado: desestatização

A ideia da “privatização” surge, então, com o escopo de reduzir a intervenção do Estado na área econômica, de desembaraçá-lo de funções próprias do setor privado e de reduzir o seu tamanho, através da adoção de medidas de desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); de desmonopolização de

⁴ *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 140-141.

atividades econômicas; de venda de ações de empresas estatais ao setor privado; de concessão de serviços públicos; e de celebração, pela Administração Pública, de ajustes de diversos tipos, buscando a colaboração do setor privado através da pactuação de convênios, de contratos para a realização de obras públicas, e de ajustes de prestação de serviço⁵.

Dentro de um amplo conceito de privatização, cabem todas as iniciativas governamentais no sentido de abertura de um processo que pode assumir formas e caminhos diversos, todos eles direcionados à ideia de reduzir o tamanho do Estado, afastar a burocracia e incentivar a iniciativa privada, buscando, também, modos privados de gestão dos serviços públicos.

Cabe, ainda, no amplo conceito de privatização a transferência, para o setor privado, de atividades até então afetas ao setor público, sejam elas no setor da economia, do Estado como empresário e investidor, na área da prestação de serviços públicos e de construção de obras públicas ou mesmo no desempenho de atividades internas de apoio nas entidades e órgãos integrantes da Administração Pública.

Terceirização, porém, tem conteúdo mais restrito.

Terceirização vem a significar não a adoção de medidas de desregulação ou diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, não a desmonopolização de atividades econômicas, não a venda de ações de empresas estatais ao setor privado autorizada por lei; vem a significar, no entendimento de muitos, o repasse para terceiros de serviços públicos constitucionalmente atribuídos às entidades estatais, através de concessões e permissões ou contratos de gestão e, também, a pactuação com terceiros para a realização de obras e para a prestação de serviços dentro da Administração Pública. Daí falar-se em terceirização de serviços públicos.

Estando o Estado organizado politicamente na Constituição, de regra, no que concerne à divisão política do território nacional, à estruturação dos Poderes, à forma de Governo, ao modo de investidura dos governantes, aos direitos e garantias dos governados, a sua organização administrativa vem a ser feita por legislação complementar e ordinária, que molda a organização administrativa das entidades estatais e de seus órgãos.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5-6.

2.2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Situando-se no interior do Estado, a Administração Pública dele vem a ser uma projeção, obtendo a sua conformação estrutural e seu modelo funcional a depender do modelo adotado pelo Estado no qual se insere. A sua evolução se encontra, pois, umbilicalmente ligada à evolução do Estado, sendo a sua história inseparável, de fato, da história do próprio Estado. Lembrando Santamaria Pastor, pode-se afirmar que, durante grande parte da evolução política europeia, Estado e Administração Pública foram a mesma coisa e que a estrutura administrativa constitui hoje, quantitativa e qualitativamente, o bloco central e hegemônico do aparelho estatal⁶.

A Administração Pública que, em sentido material, vem a ser o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral e, em acepção operacional, o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade⁷, termina por significar todo o aparelhamento estatal preordenado à realização de seus serviços, na busca da satisfação das necessidades coletivas, que variam e se ampliam no decorrer dos tempos. Exerce esta Administração Pública atividades administrativas.

2.2.1 Das Atividades da Administração Pública

Dentre as atividades exercidas pelo Estado na função de administração pública, através dos órgãos e entidades integrantes da estrutura da Administração Pública como um todo, as de fomento, de polícia administrativa e de prestação de serviços públicos são enumeradas e conceituadas pela doutrina⁸. Estas atividades, desempenhadas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, correspondem à função administrativa.

A atividade de fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, como os auxílios financeiros ou subvenções por conta dos orçamentos públicos; os financiamentos sob condições especiais, para a construção de obras e implantação de indústrias ligadas ao desenvolvimento de

⁶ PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Princípios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 11.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 38-39.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55-56.

determinados setores econômicos ou para o incremento de atividades econômicas de interesse social; e os favores fiscais, para estimular atividades importantes para o desenvolvimento do país como um todo. Através dos diversos meios utilizados pelo Estado, é exercida pelas próprias entidades estatais – União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal – ou por intermédio de entidades integrantes de sua administração indireta, como instituições financeiras oficiais e “bancos de desenvolvimento”. Em razão de sua própria natureza, a terceirização da atividade de fomento, de concessão de auxílios financeiros oficiais, subvenções e favores fiscais é obstaculizada.

A atividade de polícia administrativa, que compreende, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹, “toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo”, é exercida através de medidas de polícia, como ordens, licenças, autorizações, notificações, fiscalizações e sanções. Como traços característicos da atividade de polícia, elenca o festejado Rui Cirne Lima¹⁰ prover, privativamente, de autoridade pública; ser imposta, coercitivamente, pela Administração; e abranger, genericamente, as atividades e propriedades.

Ao exercer tal atividade o Poder Público atua com o seu *jus imperii*, com o seu poder de aplicar penalidades, utilizando-se, inclusive, de prerrogativas de poder público.

Não se pode esquecer que, como atributos ou características dos atos de polícia administrativa, tem-se a auto-executoriedade e a coercibilidade, esta significando a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração para conformar o comportamento de particulares aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Refletindo sobre a natureza e o conteúdo dessa atividade e sobre os atributos dos atos de polícia administrativa, pode-se afirmar a impossibilidade de sua terceirização e do trespasse da execução de atos de tal natureza para entidades privadas, para serem praticados por particulares.

A prática de certos atos materiais, que precedem atos jurídicos de polícia, como, por exemplo, a utilização de equipamentos fotossensores pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público na fiscalização do cumprimento

⁹ *Direito Administrativo...*, cit., p. 56.

¹⁰ *Princípios do Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 107-108.

de norma de trânsito não vem a significar delegação de atos de polícia a terceiros, não importa em terceirização da atividade administrativa de polícia, indelegável que é o ato de polícia a particulares, em razão de suas características¹¹.

A atividade de polícia administrativa não é, na maioria dos ordenamentos jurídicos, passível de terceirização.

Quanto aos serviços públicos, em sentido restrito entendido, complexo é o estudo das suas formas de execução.

2.3 SERVIÇOS PÚBLICOS

Dentre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, os serviços públicos, em amplo sentido referidos – que incluem, como visto, as atividades de poder de polícia administrativa, de fomento, de intervenção e os serviços públicos propriamente ditos –, tradicional é o entendimento de que estes últimos são aqueles regidos por normas e controles estatais realizados pela Administração ou seus delegados com o fim de satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou meras conveniências do Estado.

Entende-se que essa generalidade na conceituação tem utilidade, eis que não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço, porque estas variam segundo as exigências de cada povo e de cada época, nem afirmar que só as atividades coletivas vitais são caracterizadas como serviços públicos, visto que outras dispensáveis pela comunidade são realizadas pelo Estado como serviço público¹².

A complexidade da noção de serviço público permitiu que, em diferentes acepções – subjetiva, objetiva e formal – fosse tomada esta locução, tendo aparecido, historicamente, como fórmula revolucionária do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, o que fez que com que viesse a ser considerada pela doutrina a própria razão de ser do Estado, merecendo registro o surgimento, na França, da “Escola do Serviço Público”, com seus mestres Léon Duguit e Gaston Jèze.

A noção de serviço público, pois, muito tem variado no tempo e no espaço, flutuando ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 839.

¹² MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro...*, cit., p. 269.

Na doutrina tradicional, o conceito de serviço público pode ser encontrado em sentido amplo, englobando toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins, todas as atividades por ele desempenhadas, de natureza administrativa, judiciária e legislativa, como entendido por Mário Masagão¹³. Em sentido mais restrito, ainda na doutrina tradicional, como já referido, é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simplesmente conveniências do Estado”, conforme definição de Hely Lopes Meirelles¹⁴.

A doutrina mais moderna restringe, mais ainda, o conceito de serviço público. Segundo o festejado Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁵

O regime de direito público ainda é mencionado no conceito transcrito do qual se excluem as atividades judiciária e legislativa do Estado, que são oriundas dos poderes constitucionais.

Independentemente das divergências contidas nos conceitos de maior amplitude ou nos mais restritos, um traço comum é encontrado na maioria das definições existentes qual seja: os serviços públicos são assim considerados quando o ordenamento jurídico assim o determinar, em nível constitucional ou infraconstitucional. Logo, o exame do texto constitucional e de leis ordinárias que tratam da matéria é que vai levar à compreensão sobre se a atividade é, por força de norma vigente, caracterizada como serviço público. É o ordenamento jurídico, pois, que determina quais atividades se enquadram como serviço público, em determinado lugar e em determinado momento histórico.

Mais do que presente nos dias atuais, a noção de serviço público, a sua anunciada morte, o seu repetido anúncio vem a ser, aliás, o corolário de uma patologia

¹³ Apud DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, cit., p. 101-102.

¹⁴ *Direito Administrativo Brasileiro...*, cit., p. 269.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 671.

grave que nele vem sendo detectada desde os anos 40-50, momento em que a doutrina começou a falar do declínio, da agonia e da crise do conceito de serviço público¹⁶.

Afastadas outras atividades da Administração do conceito de serviço público em sentido estrito, este vem a ser a qualificação de um determinado tipo de tarefas administrativas cujo elemento essencial se encontra no conceito de prestação, uma tarefa administrativa de prestação que não deve se confundir com outras tarefas da Administração quais sejam as de polícia ou regulação, de fomento ou promoção, de planejamento ou de infraestrutura¹⁷. Como tarefa administrativa de prestação, em relação a ela existe uma responsabilidade administrativa de execução¹⁸.

Visto no sentido estrito, no direito brasileiro, tradicionalmente, denomina-se de serviço público: aquelas atividades que importam em serviços administrativos ou as atividades-meio necessárias para que o Estado desenvolva as suas atividades-fim; os serviços comerciais ou industriais, que podem ser prestados pelo Estado como serviços públicos quando a ele atribuídos por lei, prestação esta direta ou através de concessão ou permissão, na forma prevista no artigo 175 da CF/88; os serviços sociais do Estado, não privativos, que buscam atender às necessidades da coletividade em áreas essenciais como saúde, educação, previdência social, assistência social e cultura, e são tratados na Constituição no capítulo referente à ordem social e nos quais existe a convivência do Estado com a iniciativa privada¹⁹.

Correta, pois, é a compreensão de que, no Direito Brasileiro, predomina a concepção segundo a qual o conceito de “serviço público” é aplicável apenas a atividades que satisfazem necessidades de natureza administrativa, o que afasta de seu campo de aplicação as atividades estatais de natureza legislativa ou jurisdicional²⁰.

Como atividades de Administração Pública executadas, direta ou indiretamente, para satisfazer necessidades coletivas, alguns desses serviços são privativos do poder público, outros podem ser exercidos também por particulares e alguns podem ser dados em concessão a entidades privadas. Outros, porém, são indelegáveis.

¹⁶ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 25.

¹⁷ *Ibid.*, p. 36-37.

¹⁸ *Ibid.*, p. 109.

¹⁹ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 32-33.

²⁰ 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. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 484.

2.3.1 Serviços Públicos na Constituição Brasileira

No Brasil, merece atenção identificar quais serviços são elencados como públicos na Constituição de 1988.

A Carta Magna Brasileira arrola como da competência das entidades públicas estatais determinadas competências materiais que se traduzem, obrigatoriamente, em serviços públicos.

No que é pertinente à União, atribui, no seu art. 21, entre outros, a obrigação de prestar serviço postal e de correio aéreo nacional; serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água; serviços de telecomunicações; serviços de radiodifusão sonora; serviços de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; e serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.²¹

Em outros dispositivos, no Título VIII – Da Ordem Social, caracteriza-se como serviços públicos a seguridade social, serviços de saúde, assistência social, previdência social e educação – artigos 194, 196, 203, 205 e 208.

Como competência comum à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, arrola os serviços de saúde e assistência pública, educação, melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico – incisos do art. 23.

Como competência exclusiva dos Estados, a prestação dos serviços locais de gás canalizado – art. 25, §2º, e os serviços de transporte intermunicipal.

Quanto aos Municípios, também de competência exclusiva é a prestação de serviços públicos de transporte coletivo municipal – art. 30, V, e outros de interesse local, como, exemplifica-se, o de coleta de lixo.

Por não se tratar de uma enumeração exaustiva dos serviços públicos aquela feita pela Constituição Federal, as entidades estatais, por intermédio do Poder Legislativo, poderão erigir em serviço público determinada atividade, considerando a sua natureza, desde que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, que são garantidoras da livre iniciativa.

Visto no ordenamento jurídico pátrio, especificamente na Lei Maior Federal, os serviços definidos como públicos, frente à ideia de reforma do Estado surge

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988.

a relevante questão de identificar-se quais, dentre estes, podem ou devem ser terceirizados e quais as formas de sua terceirização; quais somente podem ser prestados pelo Poder Público; quais tem o Estado obrigação de prestar; e quais as formas previstas em lei para a terceirização destes serviços.

Ao elencar os serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, transportes ferroviário, aquaviário e rodoviário e transporte coletivo municipal e gás canalizado, definidos como públicos pela própria CF/88, seu texto previu, além da possibilidade da prestação e exploração direta por entidades da Administração Pública, a possibilidade de os mesmos serem prestados e explorados sob o regime da concessão, outros também mediante permissão e/ou autorização – art. 21, XI, XII; art. 25, §2º; art. 30, V. A terceirização destes serviços, vista como o repasse da sua execução para entidades privadas, para particulares, encontra, portanto, expressa previsão no texto constitucional.

No que diz respeito, especificamente, aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, prevê a Constituição a obrigatoriedade do Estado de também prestá-lo, na medida em que o seu artigo 223 consagra o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

Quando se referiu ao serviço postal e de correio aéreo nacional, deixou a Constituição de prever a possibilidade da sua prestação e exploração mediante concessão, permissão ou autorização – art. 21. A prestação direta ou exclusiva através de entidade da Administração Pública ficou, então, consagrada no seu texto, vedada a terceirização de tais serviços. Não sem razão, portanto, são os questionamentos judiciais derredor das franquias destes serviços concedidas a particulares.

Os serviços de educação, saúde, previdência social e assistência social são classificados como serviços públicos sociais e não exclusivos do Estado. Em relação aos mesmos, a atuação do Poder Público é essencial, convivendo, porém, com a iniciativa privada. De um lado, têm-se estes serviços como públicos, como dever do Estado – artigos 196, 204 e 205 da Constituição Federal. De outro, assegura-se à iniciativa privada a prestação dos serviços de saúde, educação, previdência e assistência social – artigos 199, 202 e 209 da Carta Constitucional. Hoje, algumas formas de repasse da sua prestação para entidades privadas estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há que se falar, porém, em outorga de concessão, nos seus moldes tradicionais, para a prestação de serviços sociais, porque não previsto na Constituição, porque não exclusivos do Poder Público, porque não tipificados como industriais ou

comerciais, que são remunerados pelos seus usuários, por tarifas ou preço público. Outras formas de parceria com a iniciativa privada estão, porém, previstas para a prestação de serviços sociais dentre os quais os serviços de saúde pública.

2.4 OBRA PÚBLICA

Finalmente, o entendimento do que pode ser denominado de obra pública importa para o presente trabalho.

Segundo o conceito da Lei nº 8.666, de 1993, que rege licitações e contratações no âmbito da Administração Pública brasileira, obra pública é “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação” de um bem público, a ser realizada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como nos órgãos da Administração Direta e Indireta²².

Do Código dos Contratos Públicos (CCP) português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18, de 29 de janeiro de 2008, tem-se que obra pública é o “resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”²³.

Pode-se afirmar, então, que obra pública é qualquer intervenção espacial, urbana ou rural empreendida pelo Poder Público e que, em geral, seja de interesse público. Desta forma, edifícios, obras de infraestrutura e projetos urbanos, como praças ou obras viárias, são considerados como tal.

Relembrado aqueles conceitos introdutórios – e para situar o objeto do trabalho – tem-se que é, precisamente, no seio do Estado, por decisão governamental operacionalizada e conduzida pela Administração Pública, em um processo de descentralização da prestação de serviços públicos, que ocorrem as parcerias do Poder Público com o setor privado, na busca da prestação de serviços públicos, da execução de obras públicas ou da execução destas obras acopladas com a efetiva prestação destes serviços.

²² BRASIL. *Lei nº 8.666/93*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 6º, I.

²³ PORTUGAL. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. [...] estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. *Diário da República*, 1.ª série, n. 20, 29 jan. 2008. p. 828. Art. 343º, 2.

3 TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES DO ESTADO, DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A ENTES DA SOCIEDADE

O Estado como prestador de serviços, empresário e investidor deixou de ter adequação, após ter passado o momento histórico de reação ao liberalismo, e a intervenção pública em quase todos os domínios da vida econômica e social não havia deixado firmar o mercado nem robustecer a iniciativa privada, comprometendo seja as normas de conduta fundamentais a uma economia mista, seja os sinais transmitidos pelos mecanismos de preços indispensáveis ao funcionamento eficaz dos mercados²⁴.

No processo de redução do Estado, de desestatização, passou-se a buscar a construção de uma útil e desejável relação entre os setores público e privado. Inevitável reconhecer que, durante o longo período de responsabilidade máxima do Estado, havia-se frustrado a oportunidade de construir uma desejável relação de complementariedade entre os setores público e privado²⁵.

Para tal fim, ampliou-se a utilização de parcerias entre os setores público e privado, nos modelos já existentes, criando-se novas formas de parceria para atender a novas necessidades na prestação de serviços e na construção de infraestruturas públicas.

3.1 PARCERIAS DO ESTADO COM O SETOR PRIVADO

Parceria, no *Vocabulário Jurídico* de José Naufel, significa o mesmo que sociedade. É a “reunião de duas ou mais pessoas que investem capital, ou capital e trabalho, com o fim especulativo em proveito comum”²⁶.

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁷ que a palavra parceria, do latim *partiaris*, vem sendo empregada, tradicionalmente, em Direito para designar uma forma *sui generis* de sociedade em que não se dá a constituição de um capital social nem a instituição de uma nova pessoa, mas, apenas, uma relação negocial, em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas à participação dos lucros alcançados. Daí entendermos discutível a utilidade da transposição deste vocábulo para

²⁴ Cf.: I. M. Kirzner (apud AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 90).

²⁵ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 91.

²⁶ Apud DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 22.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução e serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes – aplicação adequada desses institutos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano XIII, n. 1, jan. 1997, p. 75-76.

o direito público, não sendo o lucro o objetivo do poder público quando parceiro da pessoa privada na consecução de fins de interesse público. Ademais, também pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos firmam parcerias com o Estado. Vale, então, o entendimento segundo o qual, nestes casos, existiria um fenômeno de mera colaboração, já que parceria pressupõe, no mínimo, uma partilha de riscos entre os parceiros do negócio, e, sem a consideração de que haja riscos por parte do parceiro privado, não se haveria de falar em parceria²⁸.

A gestão privada de serviços públicos pode ocorrer através de diversas formas, de diversos instrumentos, sendo a concessão uma espécie dentro de uma categoria mais extensa²⁹.

Com uma compreensão “publicista” da expressão “parcerias” – já efetivamente transposta pela doutrina e pelo legislador para o direito público, vista esta expressão nas diversas formas de colaboração do setor privado com o poder público –, o intenso crescimento da participação do setor privado na prestação de serviços públicos decorrente da reforma do Estado traz a imperiosa necessidade de os produtores e aplicadores do Direito reciclarem a sua compreensão sobre o público e o privado, diluindo as linhas limítrofes entre eles.

Voltando a refletir sobre serviço público e sua noção, vale recordar que a intensa produção legislativa gerada no processo de reforma do Estado como um todo vem causando um descompasso entre a dogmática tradicional do Direito Administrativo e os desafios da lógica multidisciplinar introduzida pelas novas instituições que ganham positividade³⁰.

Daí ser possível afirmar que não só os legisladores, mas, necessariamente, os aplicadores do Direito haverão de desenvolver uma ampla percepção dos fenômenos sociais, econômicos, políticos e mesmo tecnológicos, para desempenharem com acerto suas tarefas e propiciarem o aperfeiçoamento do Direito³¹.

No campo dos serviços públicos afasta-se, hoje, uma orientação formalista que defina como tais somente aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e condições impostas unilateralmente pela Administração. A

²⁸ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 329.

²⁹ GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 143.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119.

³¹ *Ibid.*, p. 120.

submissão a um estrito regime de direito administrativo não é mais condição para que um serviço possa ser considerado público.

Revedo o conceito didaticamente oferecido para serviços públicos, o qual já reconhece lacunoso, apresenta o mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto um outro, que afirma transicional e provisório, que os define como “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”.³²

Um conceito para a transição do entendimento tradicional sobre o que seria serviço público – para uma nova compreensão, eis que importa este em uma atividade administrativa aberta aos fenômenos metajurídicos envolvidos, sejam sociais, econômicos, políticos e mesmo tecnológicos –, vem a facilitar o aperfeiçoamento do Direito Administrativo e uma nova compreensão sobre esta atividade. O impacto dos fenômenos metajurídicos sobre o Estado, a sociedade e a administração dos interesses públicos merece ser compreendido.

Na administração dos interesses públicos, a Administração Pública, além de ser imparcial e de abrir espaço à participação do administrado, deve ser eficaz e eficiente, buscando alcançá-los em melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos³³. Nesta transição, o avanço da discricionariedade técnica vem a ser uma tendência.

As novas estruturas políticas do poder passam a ter de se adaptar às exigências da democracia, do pragmatismo e da racionalidade, na tomada de decisões políticas. Repetindo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Surge, assim, uma tendência admirável, na linha do princípio da subsidiariedade, emergente das práticas institucionais suíças e do magistério da Igreja Católica e reforçada no constitucionalismo alemão de Bonn e na Tratado de Maastricht, com aceno à construção de um possível Estado Subsidiário, provavelmente um modelo dominante de organização política no próximo século.³⁴

Daí, surgiram os fundamentos e as razões para a reforma do Estado, o crescimento acelerado das parcerias deste com a sociedade, com os privados. A conveniência da transferência de certas atividades do Estado para a sociedade veio, e

³² MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo...*, cit., p. 126.

³³ *Ibid.*, p. 123.

³⁴ *Ibid.*, p. 122.

vem, a trazer sérias vantagens, na medida em que a agilização de decisões e o seu comprometimento com a eficiência – melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos, utilizando a melhor técnica – termina por gerar uma considerável melhoria na prestação de serviços de interesse público.

Restritas ao exercício de atividades que foram confiadas pela ordem jurídica ao Estado, essas transferências, quando permitidas pela mesma ordem jurídica, como não poderia deixar de ser, preservam a titularidade do Poder Público dos serviços a ele acometidos.

3.2 MODALIDADES OU FORMAS DE PARCERIAS: ÊNFASE NO DIREITO BRASILEIRO

As parcerias em sentido amplo são os ajustes contratuais em que a Administração Pública e os particulares assumem obrigações, recíprocas ou comuns, para a consecução de finalidades de interesse público³⁵. São os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, para viabilizar, sob a responsabilidade destes, o desenvolvimento de atividades com algum coeficiente de interesse geral³⁶.

Como transferências administrativas, entende-se:

[...] espécie de cometimento de atividade de interesse público que faz a Administração Pública, a tanto autorizada por lei, a entidades privadas para o exercício de determinadas competências normativa ou administrativa ou de ambas, originariamente a ela atribuídas.³⁷

Muitas dessas transferências ocorrem com delegação, opção administrativa pela gestão participativa, com os desdobramentos juspolíticos desta escolha, como nas concessões de serviços, de obras e de obras e serviços; nas permissões, hoje contratualizadas (art. 175, I, CF/88 e Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos); nas autorizações, quando designarem delegação unilateral de serviços públicos (art. 21, XI e

³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Parceria Público-Privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 18.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. (Coord.) *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

³⁷ MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo...*, cit., p. 134.

XII, alíneas de “a” a “f”). Outras transferências administrativas ocorrem sem delegação do exercício de poder estatal, como na contratação de terceiros – denominada, genericamente, de terceirização – para o desenvolvimento de atividades materiais da Administração. Algumas podem ocorrer com ou sem delegação, caso tenham como objeto serviços públicos ou meras atividades materiais a cargo da Administração, trespassados por acordos não contratuais celebrados entre as partes, nas modalidades de convênios, consórcios e acordos de programa³⁸.

No processo de descentralização por colaboração e utilizando as figuras acima mencionadas, o Estado, por intermédio de um acordo de vontade ou de um ato administrativo unilateral, transfere a execução de um determinado serviço público a uma pessoa jurídica de direito privado, mantendo, porém, a titularidade do serviço transferido.

No Brasil, não se há de enfrentar esse tema sem as luzes lançadas pela ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁹, que trouxe uma sistematização da matéria facilitadora da sua compreensão. Referindo-se aos acordos de vontade previstos no direito brasileiro, lembra as várias formas de concessão existentes, a saber, a concessão de serviço público tradicional, precedida ou não de obra pública, e as duas modalidades de parcerias público-privadas, introduzidas pela Lei nº 11.079/2004; a permissão de serviço público, como disciplinada na Lei nº 8.987/95; os contratos de gestão com as organizações sociais que assumam a prestação de serviços públicos; e a franquia que tenha por objeto a delegação de serviço público. Lembra que também os convênios celebrados com entidades privadas se enquadram nesses acordos de vontade.

Citando os atos administrativos unilaterais, menciona a administrativista a autorização de serviço público referida no artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal do Brasil, e a permissão de serviço público, quando tratada como ato unilateral em alguns diplomas infraconstitucionais (Lei nº 9.427/97)⁴⁰.

Em função do tipo de serviço público a ter transferida a sua execução para o setor privado, identifica a doutrinadora que para o trespasse de serviço de natureza comercial ou industrial que admita cobrança do usuário, a concessão ou permissão de serviço público, na sua forma convencional, ou a concessão patrocinada (no Brasil, Lei nº 11.079/2004) são os instrumentos adequados. Para o serviço de natureza industrial ou

³⁸ MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo...*, cit., p. 139.

³⁹ *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 47.

comercial que não admita cobrança de tarifa do usuário, os institutos cabíveis são a concessão administrativa (instituída no Brasil pela Lei nº 11.079/2004) e os contratos de empreitada (regidos, no Brasil, pela Lei nº 8.666/93)⁴¹.

Lembra Di Pietro que as concessões comuns são formas de parcerias que não podem ser utilizadas para o trespasse de atividades exclusivas do Estado, porque indelegáveis por sua própria natureza, nem para o trespasse de serviços sociais, por que estes são prestados no Brasil gratuitamente, fato que os incompatibiliza com a concessão tradicional e com a concessão patrocinada e, ainda, que não podem ser usadas para a prestação de serviços *uti universi*, não usufruíveis diretamente pelos cidadãos, como a iluminação pública e a limpeza pública, pagas pelo Poder Público com verbas oriundas dos impostos.

Referindo-se aos serviços sociais – educação, saúde, previdência e assistência social e cultura – menciona os contratos de gestão com entidades privadas denominadas de organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e os termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS) – Lei nº 9.790/99. Também cabível a concessão administrativa (Lei nº 11.079/2004) e o contrato de prestação de serviços, disciplinado na lei geral de licitações e contratações públicas (Lei nº 8.666/93).

Os serviços administrativos admitiriam, segundo a citada doutrinadora, a sua execução por intermédio de um contrato de empreitada ou de concessão administrativa, se não abrangerem atividades exclusivas do Estado.

Em síntese, as formas de parceria admitidas, no Brasil, para “terceirização” de serviços públicos passíveis de serem executados por particulares são: as concessões, na sua forma tradicional e na forma de concessão patrocinada ou administrativa; as permissões e algumas autorizações; os contratos de empreitada; os contratos de gestão; e os termos de parceria. Também os convênios pactuados com entidades privadas se enquadram nesta categoria.

Em países diversos, com disciplinamento legal também diverso, os ajustes ou parcerias vêm, desde há muito, sendo pactuados entre o Estado e os particulares. As formas de parceria acima elencadas se repetem pelo mundo com alguma diversidade e muita similaridade.

⁴¹ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 40-41.

Todas essas formas de parceria são estudadas pelo Direito sendo possível afirmar-se que o direito das parcerias é muito mais amplo que as parcerias público-privadas, em sentido restritíssimo, que trata das PPPs, conceito tornado polêmico, e que se tornou plurissistêmico, a ponto de cada doutrinador ter seu próprio conceito. Nesta multiplicidade de sentidos e na busca de definições que compreendam todas as inúmeras possibilidades de parcerias, ora e vez se cometem alguns equívocos⁴².

⁴² MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 19.

4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: EM SENTIDO ESTRITO

4.1 CONTEXTUALIZANDO

A crise econômica dos anos setenta, com altas taxas de inflação e de desemprego, que gerou a retração do desenvolvimento econômico, terminou por colocar em crise o Estado do Bem-Estar, e por provocar uma retração também do Estado. Como bem salienta Maria Eduarda Azevedo:

[...] o ‘novo Estado mínimo’ assim não o é apenas por opção ideológica, mas também pela crise do Estado Providência e pela acumulação de défices públicos, tornando imperativa uma reordenação de papéis dos dois setores à luz dos novos credos sob a dimensão ótima do setor público, baseada, sobretudo, em argumentos de sustentabilidade das finanças públicas e apoiada pelo ‘new public management’.⁴³

O declínio do Estado-prestador, já anteriormente mencionado; o ressurgimento de um Estado menor, mais modesto, tendo o princípio da subsidiariedade como um dos seus vetores; a busca da eficiência do Estado, uma das suas metas na prestação dos serviços públicos; e a insuficiência do Estado no custeio da prestação direta das obras e serviços públicos, todas estas causas geraram alterações no modelo de atuação deste mesmo Estado, que veio a se transformar, em um processo de desestatização promovido em inúmeros países e que gerou a venda de empresas estatais e a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado⁴⁴.

Nessa linha, os modelos clássicos dos contratos administrativos já não mais atendiam às necessidades da Administração Pública. A urgência na sofisticação das relações travadas entre esta e os particulares, na busca de uma racionalidade econômica do Estado, fez surgir novos contratos, com técnicas que buscaram a gestão de resultados e a eficiência. Apareceram, então, novos tipos de parcerias, com a necessária sofisticação para o atendimento dos resultados desejados, utilizando os meios disponíveis no mercado e no Estado. Surgiram as parcerias público-privadas como contratos administrativos desenvolvimentistas de segunda geração⁴⁵, com recriação de

⁴³ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 25.

⁴⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

técnicas contratuais, na busca da melhoria da prestação de serviços sem a sobrecarga dos orçamentos públicos.

Nasceram essas em um momento mundial de reconfiguração do papel e das funções do Estado e da necessidade de ampliar a participação da iniciativa privada na construção de infraestruturas públicas e na prestação de serviços públicos, alguns deles antes prestados diretamente pelo Estado. Emergem, sobretudo, como uma consequência da necessidade não só de reorientar e redimensionar o setor público, mas, também, de favorecer a participação da iniciativa privada na esfera da governação pública⁴⁶, utilizando a capacidade de financiamento e gestão do setor privado.

Dentre outras diversas formas e tipos de parcerias celebradas pelo Poder Público com particulares, pode-se afirmar que as PPP, em sentido restrito, representam uma novidade, uma via alternativa de realização de iniciativas públicas que demandam grandes investimentos, sem que ocorra o desembolso orçamentário imediato e sem uma sobrecarga para o cidadão-usuário da infraestrutura disponibilizada.

A *Private Finance Initiative*, centro do fenômeno PPP, é, inquestionavelmente, um modo efetivo de concretização de projetos de investimento público, um modo de prestação de serviços públicos com uma infraestrutura ampliada e modernizada, sem as sobrecargas referidas e sem o aumento imediato do desembolso orçamentário. Representam as PPPs um instrumento de intervenção ao dispor dos Governos para enfrentar os desafios e as exigências da sociedade e da economia, em matéria de reforço do investimento público e de modernização dos serviços públicos, consubstanciando formas variadas de prestação e bens infraestruturais e serviços públicos por parte de operadores privados cuja provisão era assegurada tradicionalmente pelo universo público⁴⁷. Assim, muito acertada a afirmação segundo a qual as PPP:

[...] configuram uma via alternativa, exequível e abrangente que, de forma paradigmática, está ao dispor do decisor público para mobilizar as capacidades de financiamento e gestão do setor privado e fomentar a contestabilidade, franqueando a operadores privados a participação na esfera da prestação pública.⁴⁸

Sabe-se que o Estado Social de Direito, que atuava em quase todos os setores da vida social, já não mais tinha pertinência, eis que como prestador de serviços, empresário e investidor não mais se adequava, após ter passado o momento histórico

⁴⁶ GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos...*, cit., p. 13 e ss.

⁴⁷ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 135.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 21.

que amparara o Estado intervencionista. Antes, a situação de estabilidade econômica e de elevadas taxas de crescimento econômico da década de 1960, denominada de “os anos de ouro”; a crença de que do aumento do setor público dependia a criação de condições para um crescimento econômico sustentado; a melhoria do nível de vida da população e o estímulo do crescimento econômico global; e a capacidade de autofinanciamento do Estado, que afastava, anteriormente, o recurso a outras receitas, todos estes fatores tinham levado a um aumento de dimensão do setor público que trouxe consequências e nem todas favoráveis.

Em seguida, em um contexto de déficit orçamentário e de reduzida capacidade de investimento de um grande número de países, foram utilizadas as parcerias, como meio de prosseguir com políticas de desenvolvimento de infraestruturas públicas e de modernização das formas de prestação de serviços públicos, que vieram a trazer para o setor público uma capacidade de realização de projetos não existente sem a sua utilização.

As exigências da sociedade, no sentido de maiores investimentos públicos para a melhoria dos serviços públicos em geral, os custos da implantação de grandes infraestruturas públicas para a prestação destes serviços e a escassez do dinheiro público como um todo, anteriormente levavam a alternativas muito utilizadas pelo Poder Público referentes ao financiamento destas exigências, todas historicamente conhecidas.

Relembrando: a primeira, de repassar os custos para a sociedade, mediante os mecanismos fiscais e tributários, custeando a infraestrutura com recursos orçamentários, quando o “pagador” é o cidadão-contribuinte; a segunda, de transferir os custos para os cidadãos que daquele serviço ou utilidade fazem uso, sendo o “pagador” o cidadão-usuário; a terceira forma, de transferir os custos para os agentes econômicos que os transferem para os produtos a serem consumidos na sociedade, sendo as receitas de publicidade utilizadas para a manutenção de mobiliários urbanos, quando o “pagador” vem a ser o cidadão-consumidor; e a quarta forma, de custear as utilidades públicas através do endividamento fiscal inconsequente dos entes públicos, o que trouxe e traz consequências nefastas, legando à sociedade malefícios que nunca são apagados e transformando o cidadão-futuro no “pagador” destas contas públicas⁴⁹.

Permitiram, portanto, essas parcerias, em sentido restrito aqui entendidas, uma via alternativa, exequível e abrangente, ao dispor do decisor público, para

⁴⁹ MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 20-21.

mobilizar as capacidades de financiamento e gestão do setor privado e atender às exigências da sociedade como um todo. Nelas se incumbe a iniciativa privada da estruturação, financiamento, execução, conservação e operação da infraestrutura implantada, durante todo o prazo fixado para a parceria, e o poder público de assegurar as condições de exploração e remuneração pelo parceiro privado, nos termos em que foi ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por cada uma das partes⁵⁰.

Ainda com Maria Eduarda Azevedo:

[...] neste contexto, as PPPs, enquanto uma forma de atuação econômica do Estado no atual panorama de globalização de mercados, de comprovadas falhas de intervenção estatal e de mercado, bem como de retração de políticas públicas, surgem na primeira linha de reafirmação do Direito Econômico, evidenciando a grande versatilidade e capacidade de adaptação deste ramo do direito às mutações econômicas e sociais, projetando-se também no campo da disciplina das Finanças Públicas e do Direito Financeiro, chamada a absorver e regular o uso deste instrumento de vocação financeira.⁵¹

4.2 PPP COMO MEIO DE CONTORNAR LIMITAÇÕES FISCAIS

Como veículo que permite continuar a Administração Pública com políticas de desenvolvimento infraestrutural e de modernização das formas de prestação de serviços públicos, mesmo com a restrição orçamentária hoje existente, as PPPs surgiram no mundo e cresce, cada dia mais, a sua utilização.

Certo é, porém, que as concessões de serviços e de obras públicas, nos seus modelos tradicionais, já atendiam a uma abstenção pública nos investimentos infraestruturais para a prestação de determinados serviços industriais ou comerciais. Estas concessões, desde o seu surgimento, já eram um expediente de natureza financeira, um modo de instalação de estruturas públicas utilizando o dinheiro privado, liberando o Estado para o seu comprometimento com os fins sociais.

Na concessão clássica, o elemento serviço era prestado pela empresa concessionária – o serviço público prestado ou o bem fornecido ao público – mediante o pagamento de um preço ou taxa, antes, praticamente a única retribuição do concessionário, o que fazia com que somente fossem objeto de concessão os serviços públicos que prestassem uma utilidade individual, serviços *uti singuli*, pois, mediante pagamento de tarifas pelos usuários, ou o bem público passível de exploração.

⁵⁰ MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 23.

⁵¹ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 18.

A possibilidade de existência de fontes paralelas ou complementares de receita, da auferição de receitas alternativas pelo concessionário, como meio e forma de propiciar ou manter a modicidade das tarifas cobradas pela prestação dos serviços, não desqualifica a afirmativa segundo a qual nas concessões tradicionais a remuneração vem a ocorrer, basicamente, pelos usuários dos serviços dados em concessão.

Lembra Pedro Gonçalves que a grande projeção da concessão de serviços públicos na fase de arranque do Estado Social, na fase de transição, ocorreu em face da circunstância de este modelo dar ao Estado a possibilidade de se comprometer com fins sociais, liberando-o dos investimentos necessários. Segundo o autor:

Conceder obras e serviços públicos era assim um meio de executar obras públicas sem custos para o erário público e de assegurar um controle público sobre certas atividades econômicas sem assunção de quaisquer responsabilidades de gestão e de exercício dessas mesmas atividades.⁵²

Essas parcerias contratuais, na generalidade dos países, eram materializadas, de forma predominante, no contrato de concessão, na dupla vertente de obra ou serviço público, em razão de a técnica concessória corresponder à forma que historicamente melhor se adaptava à reunião do universo público e privado para a organização e prestação de serviço público.

Diversamente, porém, das concessões tradicionais, que em nada comprometiam os orçamentos públicos – ressalvadas aquelas cuja remuneração vinha a ser, eventualmente, complementada com subsídios pagos pelo poder concedente –, com as PPPs, o Estado volta a “pagar” por essas infraestruturas a serem geridas por parceiros privados, em longo prazo, em longas prestações, após a disponibilização dos equipamentos para os usuários. A inadequação das concessões tradicionais para a construção de grandes infraestruturas públicas e prestação de serviços públicos, quando a exploração destes não se apresenta suficiente para remunerar os investimentos feitos pelo parceiro privado, fez com que surgissem as parcerias público-privadas, aqui em sentido restrito entendidas, com uma engenharia financeira de grande complexidade.

A escassez de recursos públicos e as limitações fiscais desses tempos de crise não obstaram, assim, os grandes investimentos em estruturas públicas, realizados por particulares mediante ajustes de PPP e com financiamentos de grandes instituições

⁵² GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 103.

financeiras, eis que o desembolso do Poder Público é protraído no tempo e vem a se diluir em orçamentos futuros do Estado⁵³.

Na Europa, o modelo das PPPs teve grande desenvolvimento como meio e forma de evitar limitações orçamentárias impostas pelo Tratado de Maastricht e pelo Pacto de Crescimento e Estabilidade, que trouxeram uma limitação ao déficit público dos países-membros da União Europeia (UE). Dentre as exigências impostas pelo Tratado para os Estados-membros para o ingresso na terceira fase da União Econômica e Monetária Europeia (UEM), uma delas foi o respeito ao limite de 3% do déficit orçamentário em relação ao produto interno bruto (PIB) e, outra, o atendimento ao limite de 60% da dívida pública em relação ao PIB.

Mais uma vez, vale lembrar que, nesse ambiente de restrições econômicas:

[...] as PPPs significaram um instrumento contratual adequado a permitir investimentos em infraestrutura sem o correspondente comprometimento fiscal do Poder Público, permitindo-se inscrever os ativos financeiros relativos à execução de empreendimentos de infraestrutura na contabilidade do parceiro privado. As PPPs constituíram, assim, um modelo que permitiu jogar para fora do balanço da Administração Pública (off balance sheet) os investimentos demandados na construção de grandes empreendimentos em infraestrutura.⁵⁴

Nas palavras de Ana María Ruan Lozano e de Jesús Rodrigues Márquez:

[...] el debate sobre las modalidades de financiación privada de infraestructuras y servicios se viene enmarcando en la búsqueda de soluciones e las restricciones presupuestarias. De este modo, cuando en la actualidad se analizan las distintas alternativas que se barajan en el ámbito de las Administraciones Públicas se viene haciendo hincapié, en numerosas ocasiones, en su utilidad para mantener el esfuerzo inversor sin comprometer las exigencias presupuestarias derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea.⁵⁵

Ainda tratando dessas parcerias na Europa, a Eurostat, agência responsável pelas estatísticas da Comunidade Europeia, para evitar que não viesse a ocorrer uma correta contabilização dos compromissos financeiros dos Estados europeus assumidos

⁵³ No Brasil, com a alteração da Lei nº 11.079/2004 feita pela Lei nº 12.766, de 2012, restou prevista a possibilidade de o contrato prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e a aquisição de bens reversíveis, hipótese na qual grande parte do desembolso do Poder Público passa a ser feita antes ou durante a realização das obras de infraestrutura, quase que de imediato, pois.

⁵⁴ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 261.

⁵⁵ *La Colaboración Público-Privada en la Financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídicos-financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006. p. 26-27. (Apud GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 261, NR).

nos ajustes de PPPs, e com a preocupação quanto a uma adequada contabilização destes compromissos financeiros, terminou por tomar a iniciativa de unificar ou padronizar a sua contabilização. De acordo com decisão daquela agência, de fevereiro de 2004, os compromissos financeiros, em princípio, poderiam ser inscritos no balanço financeiro do parceiro privado, desde que absorvendo ele a parcela majoritária do risco de construção do projeto e, além disto, do risco de disponibilidade ou do risco de demanda. A decisão da Eurostat veio a ser uma tentativa de impor aos Estados-membros a obrigação de contabilizar os ativos como dívida do Poder Público, sempre que este assumir riscos relevantes em um projeto de PPP⁵⁶. Para a Agência:

Em contas nacionais, os ativos envolvidos em PPP podem ser considerados como ativos não governamentais somente se existir forte evidência de que o parceiro (privado) suporta a maior parte dos riscos envolvidos na parceria em questão. Desse modo, essa análise de riscos suportados pelas partes envolvidas no contrato é o elemento fundamental para acessar o tipo de parceria envolvida no projeto, no que diz respeito à classificação dos ativos envolvidos no contrato, de modo a garantir correta contabilização dos impactos da PPP no déficit público.⁵⁷

4.3 PPP COMO FENÔMENO MUNDIAL

Transcrevendo, mais uma vez, Maria Eduarda Azevedo, pode-se afirmar que:

[...] as PPPs representam hoje um instrumento de intervenção ao dispor dos Governos para enfrentar os desafios e as exigências da sociedade e da economia em matéria de reforço do investimento público e modernização dos serviços públicos, consubstanciando formas variadas de prestação de bens infraestruturais e serviços públicos por parte de operadores privados, cuja provisão era assegurada tradicionalmente pelo universo público.⁵⁸

A sua utilização, com formas diversas e graus também diversos, hoje é uma realidade, na generalidade dos países, em todos os continentes, e cada dia mais cresce a adoção desta técnica de parceria entre as esferas pública e privada, com as necessárias adaptações a sistemas de economia e de governo diversos.

A escassez de recursos públicos, a insuficiência do Estado na promoção de investimentos relacionados à infraestrutura pública, fez com que as PPPs, com sua técnica de financiamento e a repartição dos riscos entre os parceiros, se disseminassem

⁵⁶ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 262-263.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 263.

⁵⁸ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 135.

ao redor do mundo, como um instrumento de intervenção pública com características próprias que buscam aliviar falhas de mercado na área da provisão de infraestruturas e serviços públicos.

A compreensão da doutrina é no sentido de representarem as PPPs uma “nova geração” de concessões. Baseada no núcleo central do conceito original de concessões, ou seja, na construção e exploração de uma obra ou serviço público, se traduzem em um renascimento ou redescoberta do instituto, com novos contornos e novas fronteiras que se explicam e se justificam face ao novo Estado e às circunstâncias financeiras dos entes públicos.

Se, durante longo período, as concessões tinham representado um instrumento utilizado para a realização e o financiamento de grandes obras de infraestrutura, após a chamada “fase de ouro” das concessões – fim do século XIX e início do século XX –, os Estados passaram a realizar, majoritariamente, a gestão direta dos equipamentos e dos serviços públicos, perdendo as concessões o espaço anteriormente ocupado. Falou-se, então, em crise das concessões.

Com o surgimento das teses neoliberais, na década de oitenta, e o movimento de liberalização e de privatização da economia como um todo, surge um novo ciclo das práticas concessórias, uma nova geração das concessões que vem a propiciar aos Estados o comprometimento com os fins sociais sem terem de realizar investimentos vultosos com o comprometimento das finanças públicas. Daí que, nos últimos anos, haja começado a se assistir à redescoberta das concessões, ao verdadeiro ressurgimento deste instituto, com os poderes públicos a almejarem o benefício da associação a operadores privados, tanto por motivos financeiros como pela assimilação da eficiência do setor privado⁵⁹. Ressurgem, assim, com toda a força, as concessões, aliás, surge uma nova geração delas em todo o mundo.

4.3.1 Reino Unido

É fato conhecido que foi no Reino Unido que teve origem o que se entende, de fato, como parceria público-privada, de início, denominada *private finance initiative* (PFI). A experiência pioneira e emblemática na utilização deste modelo, não só no seu lançamento, mas, também, no aprofundamento da sua utilização, desempenhou

⁵⁹ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 200, NR 590.

relevante papel na implantação de estruturas públicas e na prestação de serviços públicos em diversos países, posicionando o país como polo liderante de uma abordagem inovadora centrada na mobilização do financiamento e das aptidões de gestão do setor privado para dar seguimento a projetos de iniciativa pública⁶⁰.

Se, como afirmam alguns, ações semelhantes já tinham sido esboçadas em outros países – Austrália, Nova Zelândia e EUA –, foi no Reino Unido que surgiu um modelo pelo qual o setor privado passou a contratar, financiar e gerir importantes projetos colocados no centro da filosofia política do investimento público e dos Governos. Configurada como um programa do Governo, iniciada em 1992, no governo do Primeiro Ministro John Major, a PFI e a sua utilização terminou por gerar uma importante mudança na forma da Administração Pública criar provisão de infraestruturas e serviços públicos e um nicho de aquisição da prestação de serviços públicos.

Dentre as medidas políticas liberais defendidas por Margareth Thatcher vieram a ser anunciadas, em 1992, pelo Chancellor Norman Lamont, significativas mudanças no financiamento privado de serviços públicos, na busca de incentivar a participação do setor privado na sua provisão. O PFI também serviu como modelo alternativo de *procurement*⁶¹, conceito que abrange um processo amplo de aquisição a terceiros, por parte do Estado, de bens e/ou serviços, ou o processo global de concepção, projeto, planeamento, construção, produção e/ou distribuição destes bens e serviços.

Frente às perdas geradas pela ineficiência do modelo tradicional de *procurement* e, também, à escassez de recursos públicos, o governo veio, então, a lançar medidas com vistas a implantar um novo modelo, que passou a ser utilizado, com algumas diferenças, por um grande número de Estados e adotado por inúmeros Governos. Este modelo trazia definidas uma estrutura de financiamento por parte da iniciativa privada e, também, uma definição da repartição de riscos entre o Poder Público e o particular, além de impor uma melhor gestão dos recursos financeiros utilizados (*value for money*) e o emprego de técnicas de gestão privada com vistas ao aumento de eficiência na prestação de serviços públicos.

Nesse modelo, o parceiro privado passa a responder diretamente pela economia, eficiência, eficácia e impacto de todo o empreendimento necessários ao grau

⁶⁰ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 136.

⁶¹ CASTRO, Fábio Mendonça e. *O binômio necessidade de investimento em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*. Coimbra, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 81, 82 e segs.

de satisfação rigorosamente pré-definido da necessidade pública e partilha o risco do empreendimento com o setor público⁶².

Aí, sim, passou-se a utilizar o termo parceria, de forma adequada, posto que, repetindo, parceria pressupõe, no mínimo, uma partilha de riscos entre os parceiros do negócio e sem a consideração de que haja riscos por parte do parceiro privado, não há que se falar em parceria, mas em um fenômeno de mera colaboração que não justificaria a engenharia jurídica e financeira montada⁶³.

Ao setor privado, coube, então, mobilizar os mecanismos e os recursos necessários para a provisão de serviços, de acordo com as especificações e os níveis de qualidade previamente contratados com o Poder Público, assumindo a realização do investimento em termos de construção de desenvolvimento de novas tecnologias, enquanto que a Administração deixou de responder por derrapagens financeiras e de calendário, pela ineficiência da exploração de ativos infraestruturais, ocorrendo uma mudança substancial na forma de o setor público satisfazer as necessidades básicas mediante o recurso a parcerias contratuais com o setor privado⁶⁴.

Tendo arrancado com o governo conservador de John Major, a PFI veio a evoluir e a tomar a sua fisionomia atual a partir de 1997, com o processo de reforma e modernização da Administração Pública, eixo do Governo do *New Labour*. Com vistas a garantir maior sustentabilidade das finanças públicas, o Governo veio a impor associação dos recursos públicos e privados, devendo estes últimos se constituírem como um complemento do investimento público e não como seu sucedâneo⁶⁵. Alterações foram, então, realizadas no modelo PFI: constatou-se a necessidade de equilibrar a participação privada com a pública de modo que o particular não fosse mais o único responsável pelo projeto, admitindo-se que o Poder Público também assumisse uma parcela dos riscos oriundos do projeto, uma parcela de responsabilidade⁶⁶.

Enfim, no Reino Unido, as PPPs assumiram, em definitivo, o caráter de uma verdadeira política pública espalhada por vários setores da Administração Pública.

⁶² POMBEIRO, Antônio A. Figueiredo. As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e sua Auditoria, Lisboa: Áreas, 2003, p. 44 (apud CASTRO, *O binômio necessidade de investimento em infraestrutura e mais eficiência na gestão...*, cit., p. 82).

⁶³ GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos...*, cit., p. 329.

⁶⁴ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública...*, cit., p. 139, nota de rodapé 385.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 143.

⁶⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164.

4.3.2 França

Parcerias sempre foram muito usadas na França para financiar estruturas públicas. O modelo francês de concessão, utilizado desde o século XVII, foi pioneiro, registrando a importância do contrato de concessão para o financiamento e construção do *Canal de Briare* e do *Canal du Midi*. Na segunda metade do século XIX, este país utilizou parcerias com privados para financiar sua infraestrutura, como estradas de ferro, eletricidade e água, que foi concebida, construída, financiada e operada pela iniciativa privada e bancos⁶⁷.

A França pode ser tida, então, como fundadora dessas associações entre públicos e privados, eis que tem um registro histórico importante, em matéria de associação com a iniciativa privada para a realização de tarefas públicas, tem um registro histórico de concessões. Vale registrar que hoje já está suplantada a concepção clássica que indicava ser a remuneração decorrente das tarifas pagas pelos usuários a essência do modelo concessório, que somente se configurava com tal forma de remuneração do parceiro privado. As receitas advindas da exploração do negócio são, agora, também reconhecidas como caracterizadoras da concessão que, como uma das espécies de “convenção de gestão delegada”, envolve a gestão de um serviço público ou de obra pública cuja exploração vem a remunerar o concessionário.

Arranjos negociais já eram, na França, objeto das espécies de gestão delegada de serviços públicos, como as *marchés d'entreprises de travaux publics* (METP) cuja configuração comporta a construção de uma obra pública com direito de exploração pelo concessionário a partir da remuneração paga pelo Poder Público⁶⁸. Como na concessão, o titular do METP é o particular que explora o serviço ou a obra pública objeto do contato, com a remuneração devida pelo estabelecimento da infraestrutura e pela manutenção e gestão do negócio. Também vale lembrar o paradigmático julgado no caso *Préfet des Bouches-du-Rhône*, de 1996, cuja orientação veio a admitir que a remuneração na delegação de serviços públicos seja suportada pela Administração, desde que decorra substancialmente dos resultados da exploração⁶⁹.

O tratamento jurídico distinto entre os *marchés publics* – que pressupõem o Poder Público como tomador exclusivo do objeto do contrato e a remuneração por um

⁶⁷ CASTRO, *O binômio necessidade de investimento em infra-estrutura e mais eficiência na gestão...*, cit., p. 80.

⁶⁸ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 66, nota de rodapé 96.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 66.

preço fixo pago pela Administração – e a *convention de délégation de service public* –, instrumentos contratuais que envolvem a delegação de um serviço público e a remuneração do contratado vinda, substancialmente, dos resultados da exploração dos serviços – veio a indicar a necessidade da adoção do critério do risco-exploração para identificar o enquadramento dos contratos em um ou outro regime, com as consequências dele advindas. O fato de a remuneração ser paga exclusivamente pela Administração, segundo julgados proferidos pelo Conselho de Estado, não vem a ser obstáculo, porém, à qualificação do ajuste como convenção de delegação de serviço público⁷⁰.

Nas suas diversas formas e instrumentos, alguns deles unificados debaixo do mesmo regime, com a Lei Sapin, de 29 de janeiro de 1993, a diversidade de figuras que têm como objeto a delegação de um serviço público vem a ser uma peculiaridade do direito francês, representando a concessão apenas uma delas. Após a publicação deste diploma legal, porém, assistiu-se a um regresso ao instrumento administrativo da concessão nos modelos tradicionais, ao invés da adoção de novos modelos de parceria⁷¹.

Em 2002, porém, tendo em vista a urgência no suprimento da falta de investimentos públicos, foi criada uma regulamentação específica para tratar de investimentos imobiliários nas áreas de segurança e justiça e, em 2003, defesa e saúde pública. Leis sucessivas trataram de contratos de parcerias com modelos que vinham a atender à montagem de projetos em áreas diversas, porém “mesmo sem proporcionarem a plenitude das vantagens das PPPs, não deixaram de representar um estágio intermediário ou de transição”⁷².

Em 2004, veio a ser criada a figura do *contract de partenariat public-privé*, para acomodar projetos de investimento em modelo PPP/DBFO⁷³. Este contrato, com a sua regulamentação, segundo Maria Eduarda Azevedo⁷⁴, veio a representar a marca singular da política nacional francesa em matéria de parcerias com o setor privado, a conferir ao país um lugar de destaque no panorama PPP, e correspondeu a uma iniciativa legislativa animada pelo objetivo de superar o atraso em relação à adoção das práticas desenvolvidas em escala internacional para promover renovadas parcerias entre os universos público e privado.

⁷⁰ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 68.

⁷¹ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 153.

⁷² *Ibid.*, p. 154.

⁷³ *Ibid.*, p. 153.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 155.

Não substituindo os institutos jurídicos clássicos, esse contrato representou uma categoria que preencheu o espaço entre a contratação pública tradicional, que não permite o financiamento privado, e a delegação de serviço público, que define a remuneração do concessionário associada aos resultados da exploração e, ainda, permite a não consolidação, nas contas públicas, dos investimentos a ele associados – critérios da Eurostat – posto que o parceiro privado assume os riscos de construção e disponibilidade.

Hoje, na França, apesar de as concessões continuarem a ter um lugar de destaque no mercado, o Direito reconhece uma multiplicidade de outros modelos de delegação da prestação de serviços e da execução e exploração de obras públicas para particulares, inclusive a prestação de serviços administrativos, com a exclusão daqueles que importem em atividades indelegáveis, com exceção das áreas de soberania.

Frente à redução de investimentos públicos e à obrigatoriedade de atender aos critérios de convergência impostos pelo Tratado de Maastricht sobre o endividamento do setor público, vem ocorrendo o incremento do número de PPPs e o “apelo mais significativo ao ‘contrato de parcerias’ para racionalizar os projetos públicos e obter ganhos de valor para o erário público no que diz respeito à manutenção e renovação dos equipamentos públicos”⁷⁵.

4.3.3 Itália

A partir da década de noventa, em face do quadro de restrições financeiras decorrentes da participação da Itália na União Econômica e Monetária Europeia (UEM) e da carência de infraestrutura adequada para a alavancagem do país na União Europeia – que importava em obstáculo à atração de investimentos estrangeiros –, o interesse na adoção da abordagem PPP foi bastante significativo neste país.

A relutância do meio político em acolher esquemas financeiros arrojados e a falta de um enquadramento jurídico ajustado ao funcionamento dos inovadores tipos contratuais decorrentes das PPPs vieram, porém, a retardar o lançamento de projetos com tal estrutura⁷⁶. A aprovação de uma nova lei tratando das obras públicas, a Lei Merloni, em 1998 – que incorporou as técnicas do *project finance*, estendendo-a às obras públicas –, veio a preencher o vazio existente e a afastar a principal crítica à

⁷⁵ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 159.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 161.

utilização do novo modelo. Neste diploma, a figura da concessão de obra pública foi a referência para o tratamento legal das PPPs, que passaram a ser utilizadas para solução das grandes carências infraestruturais, tendo sido nele positivada a possibilidade de utilização do modelo contratual *Design, Build, Finance, Operate* (DBFO).

Essa lei previu o procedimento denominado *Promotore*, que passou a ser identificado como a marca do modelo italiano de parceria e ganhou a preferência dos agentes privados e da própria Administração Pública. Neste procedimento, e considerando a programação oficial dos investimentos locais, o particular apresenta uma proposta para a realização de uma obra pública a qual, se aproveitada pelo ente público, vem a gerar a abertura da licitação pública, sendo o caderno de encargos de responsabilidade da empresa *Promotore* que, grande parte das vezes, vem a ser a empresa adjudicada no certame.

Se esse procedimento veio a gerar um processo por descumprimento levantado pela Comissão Europeia contra o Estado Italiano – por violação dos princípios de igualdade e de transparência –, com uma alteração legislativa posterior prevendo que o aviso da licitação deveria conter, expressamente, os critérios de avaliação das propostas, as discussões sobre o mesmo foram saneadas.

Ainda tratando de parcerias entre o setor público e privado na Itália, vale mencionar a *Legge Obiettivo*, de 2001, que introduziu um regime especial para a construção rápida de grandes infraestruturas estratégicas de interesse nacional, para projetos de particular complexidade e onerosidade, cobrindo a concepção, a aquisição de terrenos, incluindo eventuais expropriações e resoluções de possíveis *archeological surprises*, o pré-financiamento, a execução e a fiscalização dos trabalhos. Este diploma abriu um novo caminho para a transferência de riscos para o setor privado⁷⁷.

4.3.4 Espanha

Na Espanha, hoje, pode-se apontar a existência de diversas modalidades contratuais extraídas da concessão, merecendo registro a importante regulamentação da concessão de obra pública feita pela Lei nº 13/2003, com atualizações quanto ao regime dos contratos de concessão de obras. Este diploma foi editado por influência do direito comunitário e em atendimento a uma necessidade de evolução das formas de

⁷⁷ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 165.

financiamento de projetos estruturantes. A possibilidade de exploração econômica da obra, mediante a prestação de um serviço público ou de uma atividade econômica de interesse geral, com o risco de utilização a configurar o mecanismo remuneratório, vem a ser o elemento essencial de caracterização do contrato.⁷⁸

Também se encontra regulamentado o contrato de gestão de serviços, nas modalidades concessão, gestão interessada, conserto e sociedade de economia mista, todas enquadráveis no conceito genérico de concessão, posto que importam em transferência, a um terceiro, de título que o habilita para o exercício de uma atividade cuja titularidade é atribuída à Administração Pública, modalidades que são definidas considerando o “risco e conta”, “risco compartilhado” ou o fato de as instalações serem de propriedade do gestor.⁷⁹ Estes contratos se distinguem dos contratos de prestação de serviços à Administração porque têm como destinatários os usuários de serviços públicos e não a própria Administração contratante.

A Lei de Contratos do Setor Público – Lei nº 30, de 3 de outubro de 2007, publicada em 31 de outubro, veio a estabelecer distinção entre os contratos de concessão de obra, tipificados pela Lei de 13 de maio de 2003, e os contratos de colaboração entre o setor público e privado nos quais a Administração Pública encarrega um contratante privado da execução de um conjunto de atribuições integradas, que poderá englobar obras, fornecimentos e serviços para o atendimento de certos objetivos do serviço público ou de atuações de interesse geral. Prevê a lei uma autonomia gerencial do contratado-colaborador, que poderá assumir a direção das obras, a contratação dos serviços que se fizerem necessários e a realização de projetos para a sua execução, fixando a remuneração do contratado como um preço que poderá estar vinculado ao atendimento de determinadas metas ou objetivos de rendimento, no que se diferencia da remuneração do contratado no contrato de concessão tradicional.

Hoje, esse diploma, com as alterações legislativas posteriores – com o seu texto consolidado autorizado pela Lei 2/2011 e publicado em fevereiro de 2013, incluídas as relativas à captação de financiamento privado para a execução de contratos públicos – disciplina, no seu artigo 11, o contrato de colaboração entre o setor público e o setor privado. Define como tal aqueles em que a Administração Pública ou uma entidade pública empresarial ou organismo similar das Comunidades Autônomas – as duas últimas introduzidas com as alterações ocorridas ao texto original – encarrega uma

⁷⁸ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 70.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 69.

entidade de direito privado, por um período determinado, em função da duração da amortização das inversões ou das fórmulas de financiamento previstas, a realização de uma atuação global e integrada que, além do financiamento de inversões imateriais, de obras e de provisões necessárias para o cumprimento de determinados objetivos de serviço público ou relacionados com atuações de interesse geral, compreenda algumas prestações como: construção, instalação ou reforma de obras e equipamentos; a gestão integral e manutenção da instalação; a fabricação de bens e a prestação de serviços que incorporem tecnologia especificamente desenvolvida com o propósito de aportar soluções mais avançadas e economicamente mais vantajosas que as existentes no mercado; e, finalmente, outras prestações de serviços ligadas ao desenvolvimento, pela Administração, do serviço público ou à atuação de interesse geral que haja sido encomendada.

4.3.5 Portugal (com mais detalhes)

As reformas da Constituição Política de 1976 trazidas pela revisão constitucional de 1982 – que representou um importante ponto de passagem na caminhada da constituição econômica – e pela revisão de 1989 – que privilegiou a organização econômica, confirmando e aprofundando aquela revisão anteriormente realizada – trouxeram reforço à liberdade econômica e aos mecanismos espontâneos de regulação, fazendo com que a Lei Maior portuguesa perdesse as referências que a aproximavam de uma constituição socialista.

A re-privatização do setor público empresarial e uma flexibilização na aplicação dos mecanismos de regulação da economia trouxeram um afastamento do Estado das atividades empresariais, na esteira da ideia de “menos Estado, melhor Estado”. A adesão de Portugal à Comunidade Europeia e as políticas prosseguidas em outros países da Comunidade vieram a precipitar alterações de vulto em nível da constituição econômica, tendo a revisão constitucional então realizada privilegiado, largamente, a organização econômica⁸⁰.

Surgiram, então, as privatizações, como reflexo de um movimento geral ocorrido em inúmeros países, por todo o mundo, e também como fruto de condições nacionais, que indicaram e permitiram a gestão da economia considerando um modelo

⁸⁰ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 254.

de Estado mais regulador e incentivador e menos interventor⁸¹. Os Decretos-Lei n^{os} 339/91 e 372/93 vieram a permitir a operação privada de serviços públicos relevantes tais como transportes aéreos e previram a abertura dos serviços de transportes ferroviários, de abastecimento e distribuição de água potável, de drenagem e tratamento de águas residuais e de recolha e destino final de resíduos sólidos, mediante a figura da concessão, como forma de viabilizar a entrada de capitais privados.

As amplas reformas implementadas desde os anos oitenta que, paulatinamente, buscaram a eliminação de medidas de intervencionismo desenvolvidas ao abrigo da Constituição de 1976 e promoveram a abertura das atividades econômicas à iniciativa privada, propiciaram que emergissem, já na década de noventa, as Parcerias Público-Privadas (PPPs). Estas parcerias se fizeram necessárias para combinar a necessidade de aumento de investimento em infraestruturas públicas – com o objetivo de reduzir as diferenças de desenvolvimento em relação aos demais parceiros comunitários e reforçar a competitividade da economia – com a necessidade de redução dos gastos públicos em face da política de contenção orçamentária exigida pela adesão à moeda única europeia.

As restrições orçamentárias impostas por Bruxelas – os limites impostos ao déficit orçamentário e à dívida pública, respectivamente, 3% e 60% do PIB – tinham levado o país a reduzir, drasticamente, o financiamento direto das infraestruturas que ocorre com as tradicionais empreitadas de obras públicas.

Uma explosão desses contratos de parceria veio, então, a ocorrer, pelo fato de serem inócuos, em curto prazo, para o déficit público, eis que financiados, regra geral, por bancos privados, juntamente com os consórcios privados cocontratantes. Nas duas últimas décadas, as concessões de obra pública e as parcerias público-privadas foram intensamente contratadas pelo Estado Português.

Ao lado da questão orçamentária, também merece registro o fato de que uma das imediatas tentativas de resposta à crise consistiu no uso da contratação pública como uma estratégia de fomento ao emprego e à economia, aparecendo a utilização instrumental desta contratação com vistas à minimização dos efeitos de uma grave crise econômica e financeira⁸². Demonstra esta estratégia a Comunicação da Comissão Europeia, COM 615, de 2009, no sentido de mobilizar o investimento privado e público

⁸¹ LOPES, José da Silva. A economia portuguesa desde 1960, p. 322 e segs. (apud AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública...*, cit., p. 257).

⁸² GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: _____. *Estudos de Contratação Pública III*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 5-49.

com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural em longo prazo, recomendando o desenvolvimento das parcerias público-privadas. O excesso de contratação dessas parcerias teve, porém, muitas consequências nem sempre favoráveis ao Estado.

Segundo dados extraídos de evento sobre parcerias público-privadas⁸³, Portugal, como campeão europeu destes contratos, considerando o ano de 2009, contratou três vezes mais do que a França e vinte e três vezes mais do que a Itália, aparecendo no topo da lista destas contratações, com 1.559 milhões de euros de empréstimos.

Durante mais de 10 (dez) anos, as PPPs foram decididas e negociadas pelo Sector Público com ausência total de legislação específica, que impusesse, por exemplo, a obrigatoriedade de utilização do comparador público e a adequada partilha de riscos entre parceiros público e privado. E isto não obstante sucessivas e repetidas recomendações em tal sentido, formuladas pelo Tribunal de Contas.⁸⁴

Grandes obras públicas foram, então, realizadas, com ganhos eleitorais significativos, endividando, demasiadamente, porém, as gerações futuras. Estimativas apontam que os encargos assumidos pelo Estado com estes contratos em execução atingem mais de 48 mil milhões de euros, sem serem computados os encargos com os projetos e com os lançamentos já previstos. Um encargo médio anual a inscrever nos OE, de 2013 a 2014, de mais de 1.600 milhões de euros.

É de elementar evidência que se a esses encargos orçamentais adicionarmos os impressionantes montantes a amortizar com capital e juros de uma dívida pública que ultrapassa já os 120% do PIB (com uma recessão garantida ou um crescimento anêmico da riqueza nacional) estamos perante de um problema gravíssimo de sustentabilidade das finanças públicas portuguesas.⁸⁵

A má gestão de concursos públicos para selecionar os contratantes privados; a assinatura de contratos com uma má e dispendiosa partilha de riscos entre as partes contratantes, assumindo o Estado, muitas vezes, riscos que são próprios dos concessionários – como os riscos de tráfego, de financiamento, comerciais e, até, riscos de construção –; as modificações unilaterais dos contratos assinados, como da política tarifária, de desvios de traçados previstos para as autoestradas; e questões referentes a

⁸³ Patrocinado pela Associação para o Desenvolvimento dos Sistemas Integrados de Transporte (ADFERSIT), Lisboa, jan. 2011.

⁸⁴ Segundo intervenção do conferencista Carlos Moreno, no evento acima citado.

⁸⁵ Idem.

impactos ambientais negativos dos projetos terminaram por trazer grandes problemas para o Estado. Dentre eles, as alterações unilaterais dos ajustes acarretaram a obrigação de pagar pesadas compensações financeiras para as concessionárias, em obediência à manutenção do seu equilíbrio financeiro. Além das derrapagens financeiras, o alongamento dos prazos dos contratos foi utilizado, grande parte das vezes, para restaurar o equilíbrio financeiro rompido.

A falta de fixação de um teto de endividamento, de um limite para o comprometimento anual de despesas com essas concessões trouxe sérios problemas para Portugal e o crescimento dos encargos futuros com contratos públicos é um dos fatores contabilizados na crise financeira do Estado Português. Tanto assim é que, se, anteriormente, a Comissão Europeia recomendara, na já citada Comunicação, o desenvolvimento de contratações públicas como uma das medidas de relançamento da economia, veio esta Comissão a emitir determinação em sentido diverso.

A imposição da Comissão Europeia, do Banco da Comunidade Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI), em Memorando de Entendimento sobre condicionalismos específicos de política econômica – assinado, em maio de 2011, entre a Troika e o Estado Português –, foi no sentido da redução dos gastos com estas contratações.

Para a concessão de ajuda financeira da União Europeia a Portugal as metas fixadas no Memorando devem ser atendidas e atingidas. Dentre estas metas, interessam aquelas fixadas nos itens 3.17 a 3.21, que dizem respeito a contratos públicos. Além de reformas legais pertinentes àquelas contratações e da efetivação de estudos e de controles sobre os contratos de PPP e concessões já existentes, impõe aquele documento a realização, com assistência técnica da Comunidade Europeia e do FMI, de uma avaliação inicial de pelo menos vinte contratos de PPP mais significativos, incluindo as das Estradas de Portugal e cobrindo um vasto leque de setores.

Hoje é possível afirmar que a crise econômica e financeira atual é uma crise para as parcerias público-privadas, na medida em que a concretização de novos ajustes se apresenta, praticamente, inviabilizada, tanto em razão de determinações contidas em memorando assinado pelo Estado Português com organismos externos, quanto pelo fato de os bancos privados se mostrarem relutantes em financiar empresas privadas nestas contratações⁸⁶.

⁸⁶ Trabalho apresentado pela autora na matéria Direito Administrativo II, Curso de Mestrado 2011/2012, Prof. Doutor Pedro Gonçalves.

Feitos os ajustes e as avaliações necessárias, pode-se concluir que a via das PPPs contribuiu também, em muitos casos, para dar cumprimento à regra da adicionalidade exigida pela mecânica do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e do fundo de coesão, acelerando a absorção dos auxílios financeiros canalizados através dos programas cofinanciados pela União Europeia (UE)⁸⁷.

Nos setores de obras públicas, água potável e saneamento, transportes rodoviário e ferroviário e saúde, foram objeto de PPPs, em Portugal, projetos e programas de investimento de grande envergadura financeira, apoiados no instituto da concessão e na técnica do *project finance*. Esta ampla concepção do modelo de concessão abriga inúmeras alternativas de remuneração – como afirma Pedro Gonçalves⁸⁸: “a remuneração dos concessionários pelos utentes deixou de ser uma nota típica da concessão” – e admite, dentro do objeto do contrato, atividades que não se enquadram no conceito estrito de serviço público econômico e, também, em relação às quais o usuário é a própria Administração contratante.

Portugal já experimenta a aplicação do modelo concessório, nessa ampla aceção, aos serviços públicos administrativos. No preâmbulo do Decreto-Lei nº 185, de 20 de agosto de 2002, que regulamenta o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamento privados, o contrato de gestão constitui um instrumento de natureza concessória que tem por referência um estabelecimento de saúde prestador, podendo, através dele, o Estado associar privados na prossecução do serviço público de saúde com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades. O contrato de gestão reveste, assim, a natureza de verdadeiro contrato de concessão de serviço público⁸⁹.

Como modos de remuneração do contratado, admite o direito português, além da cobrança de taxas dos usuários, uma diversidade de outras fontes como prestações financeiras do Poder Concedente ou de terceiros e receitas de exploração de atividades complementares ou acessórias da concessão, como fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias⁹⁰. Comentando estas formas de

⁸⁷ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 263.

⁸⁸ GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 129-130.

⁸⁹ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 61.

⁹⁰ Os modos de financiamento das obrigações de serviços públicos em Portugal são apontados por Vital Moreira (*Estudos sobre concessões e outros actos da administração*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 475), que indica três hipóteses concebidas para assegurar a compensação à empresa prestadora do serviço em face de custos adicionais decorrentes de certas obrigações de serviço público: criação de uma taxa ou contribuição especial a ser paga por todos os usuários em favor da empresa prestadora do serviço público; a contribuição de todos os operadores do mercado para um fundo de

remuneração do concessionário utilizadas em Portugal e, algumas delas, em outros países, vale mencionar as concessões sem custos para o utilizador (SCUT) introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 267/97, que geraram impactos desfavoráveis nos orçamentos públicos.

Como visto, no direito português a prevalência, na atualidade, de uma concepção larga do modelo concessório aloja sob sua técnica não só uma pluralidade de alternativas remuneratórias como também atividades que fogem a um conceito estrito de serviço público econômico⁹¹.

As parcerias público-privadas, como concessões entendidas em amplo sentido, vieram, então, a combinar a necessidade de aumento do investimento público de natureza infraestrutural com a obrigação do Estado Português de prosseguir com a política de contenção orçamentária imposta em face da adesão à moeda única europeia.

Decorrido largo período de utilização, em Portugal, do modelo das PPPs para a criação de infraestruturas e a prestação de serviços públicos, merecendo destaque os serviços de saúde pública – o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, já regulamentava o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamento privados – foi, finalmente, aprovado um diploma jurídico específico, de âmbito geral, para tratar destas parcerias. Com Maria Eduarda Azevedo:

Deste modo, depois da realização de um leque assinalável de projetos e programas de parceria, da criação de um normativo especial para acomodar as parcerias de saúde e de uma reforma orçamental que definiu pela primeira vez os princípios financeiros basilares a observar no lançamento e na montagem deste modelo de associação público-privada, a perspectiva da multiplicação de tais iniciativas acelerou a promulgação de uma lei PPP, pondo termo à polémica que se arrastava à volta das vantagens e dos inconvenientes de uma legislação própria.⁹²

O regime de parcerias público-privadas em Portugal veio a ser regulado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, republicado em razão das alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006. Hoje, com a edição do Decreto-Lei n.º 111/2012, algumas importantes alterações foram introduzidas no regime.

O Decreto-Lei n.º 86/2003 não veio a instituir um novo tipo de contrato para consubstanciar os procedimentos de contratação e padronizar os instrumentos de

financiamento do serviço, para compensar o concessionário; o subsídio público, mediante o repasse de verbas do orçamento público em favor do operador (apud GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 59, NR).

⁹¹ Ibid., p. 59.

⁹² *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 297-298.

regulação jurídica das parcerias⁹³. De maneira diversa, enumera tipos contratuais clássicos, como a concessão de obras públicas; a concessão de serviços públicos; o contrato de fornecimento contínuo; o contrato de prestação de serviços; o contrato de gestão; e o contrato de colaboração, considerando como parcerias público-privadas aqueles que prevejam mecanismos de determinação da remuneração do agente privado associados ao risco da exploração seja em função da transferência da utilização do bem ou serviço seja da qualidade deste último⁹⁴. Uma PPP portuguesa pode envolver um contrato ou uma união de vários contratos.

A revisão desse decreto-lei foi feita pelo Decreto-Lei n° 141/2006, que impôs um aprofundamento da articulação técnica e política entre os ministérios envolvidos nas parcerias; o aumento das exigências de transparência e controle financeiro dos contratos; a clarificação do modelo de partilha de riscos entre os parceiros; e o reforço da flexibilidade, eficiência e transparência na concepção e preparação das parcerias.

Vale mencionar, também, que o Código dos Contratos Públicos (CCP) – Decreto-Lei n° 18/2008 – inclui, no seu texto, algumas regras aplicáveis às PPPs, encarando-as como um modelo de contratação suscetível de se reconduzir a vários tipos contratuais, não como uma nova modalidade contratual, e remetendo para um diploma próprio esta mesma definição⁹⁵. O CCP veio a fazer a regulamentação de alguns aspectos das técnicas de *project finance*, *acquisition finance* e *asset finance*, procurando ajustar o regime da contratação e da execução dos contratos por eles abrangidos às técnicas de financiamento hoje em dia correntes, sobretudo no domínio dos contratos de concessão. Principalmente no setor das infraestruturas de média e grande dimensão, os modelos de *private finance initiative*, em geral, e de *project finance*, em particular, vêm sendo, na prática, conciliados em uma outra realidade que não a anglo-saxônica, propiciado um incremento na contratação pública, principalmente nas parcerias público-privadas consubstanciadas em contratos de concessão.

Voltando ao Decreto-Lei n° 111/2012, importantes alterações foram introduzidas por este diploma no regime legal das PPPs. Veio este a alargar o âmbito subjetivo de aplicação do regime, nele introduzindo todas as empresas públicas. Também nele fez incluir as subconcessões de obras públicas e de serviços públicos,

⁹³ Preâmbulo do Decreto-Lei n° 86/2003.

⁹⁴ Cf. Pedro Ciza Vieira. Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal, p. 34 (AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 307).

⁹⁵ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação...*, cit., p. 315.

retirando, porém, do seu âmbito objetivo algumas concessões, como as dos sistemas municipais de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais, de gestão de resíduos sólidos urbanos e aquelas atribuídas, por lei, a entidades públicas ou de capital exclusivamente público. Trouxe maior limite para o investimento público em PPPs e um maior controle público dos efeitos financeiros e orçamentários no lançamento e na modificação das PPPs.

Também a criação de uma Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, com vistas a propiciar uma especialização dos servidores públicos na fiscalização e acompanhamento desses contratos e a gerar menores gastos públicos com a contratação de consultorias externas, foi uma medida mais do que oportuna.

Esse diploma veio a concretizar os compromissos assumidos por Portugal no Memorando de Entendimento celebrado com a “Troika”, introduzindo significativas modificações no regime jurídico aplicável às parcerias público-privadas e, ainda, a promover a adaptação do regime das PPPs ao Código de Contratos Públicos, elaborando uma articulação entre ambos.

Em Portugal, já aberto um canal de realização de projetos com o envolvimento das capacidades de financiamento e gestão do setor privado e, também, saneadas as falhas da regulamentação dessas parcerias, novos ajustes podem vir a ser celebrados com as cautelas orçamentárias que se lhes impõe.

5 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

5.1 NO TEMPO: CIRCUNSTÂNCIAS

Se falarmos, em amplo sentido, em parcerias entre o setor público e o privado no Brasil, o caráter polissistêmico do termo parceria é manifesto; a figura das Capitâneas Hereditárias surge como um modelo, lembrando, também, por todas as fases da história, as relações travadas entre o Estado e as ordens religiosas, as entidades de classe, para a prestação de serviços de assistência social em orfanatos, educandários, hospitais, custeados com recursos públicos e contribuições privadas⁹⁶. As parcerias entre os setores público e privado neste país, para a consecução de serviços de interesse público, assim como na quase totalidade dos demais, não vêm, portanto, a se constituir em novidade. Com a implantação de um Estado desenvolvimentista e interventor, principalmente a partir de 1930, pode-se apontar uma retração dos meios de parceria entre esses setores, que subsistiu até que surgisse a muito falada reforma do Estado e as privatizações. Incontáveis razões levaram à implantação desta reforma e às privatizações.

Dúvidas não pairam de que a falta de investimentos em infraestrutura impede o desenvolvimento econômico em um país, na medida em que estes investimentos aumentam a produtividade da economia, reduzindo os custos e incrementando a produção. Em existindo descompasso entre o incremento da produção e estes investimentos, aparecem os “gargalos” estruturais cujos efeitos são extremamente deletérios na economia do país⁹⁷.

Durante a década de setenta até o início da década de oitenta, o Brasil apresentou elevados investimentos dessa natureza e obteve taxas de crescimento bastante elevadas, tendo chegado a 14% do PIB no início da década de oitenta. A partir de meados desta década, os investimentos em infraestrutura despencaram, significativamente, chegando a menos de 2% do PIB, na virada do século, um fato que veio a gerar os já conhecidos “gargalos” no setor elétrico e no setor de transportes, prejudiciais à produção nacional e ao seu escoamento.

⁹⁶ CASTRO, *O binômio necessidade de investimento em infra-estrutura e mais eficiência na gestão...*, cit., p. 81.

⁹⁷ PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público, n. 2, maio/jun./jul. 2005.

Considerando a impossibilidade de aumento da arrecadação nacional com o incremento da carga tributária, já bastante elevada, e considerando, também, o pouco espaço para o aumento de endividamento do país, restou ao Brasil, como, aliás, a grande parte dos países, o recurso ao setor privado para fazer grandes investimentos em infraestrutura. Em razão da restrição fiscal e da necessidade de realização de grandes investimentos, houve, no Brasil, a transferência para a iniciativa privada da responsabilidade pela prestação de certos serviços públicos importantes, como telecomunicações e energia elétrica. A famosa reforma do Estado e as privatizações, como já antes mencionado, vieram, então, a ocorrer.

Voltando a lembrar essa época ainda recente na memória, com o processo de desestatização ocorrido em diversos países, em caminhos similares, na busca de redução do papel do Estado, foram alienadas ações de empresas integrantes da Administração Pública, ocorreu a quebra de monopólios e verificou-se a desregulação do mercado.

O Brasil seguiu no mesmo caminho dos demais, iniciando o seu processo no final do ano de 1979, com o Programa Nacional de Desburocratização, criado pelo Decreto nº 83.740, daquele ano e que não teve o efeito desejado, considerando o número insuficiente de empresas que foram privatizadas. Com objetivos similares, foi lançado o Programa Nacional de Desestatização (PND), em 1990, trazido pela Lei nº 8.031/90, que também não teve resultados satisfatórios, segundo fontes governamentais. A necessidade de eficiência da Administração Pública na gestão e prestação dos serviços públicos, considerando um Estado hiperatrofiado e lento no atendimento das demandas sociais, impôs continuasse o país a trilhar o caminho da desestatização e privatização.

Já em 1995, sob um suficiente planejamento estatal, em movimento apoiado e seguido pela maioria dos estados-membros, com a criação de programas de desestatização locais, teve início um efetivo e denso processo de privatização de empresas do Estado e de transferência da prestação direta de serviços à esfera privada, produzindo resultados surpreendentes⁹⁸. Com as privatizações, reaparecem as concessões, com o afastamento do Estado da responsabilidade pela execução direta de tarefas públicas, pela prestação direta de serviços públicos. A responsabilidade do Estado passa a ser substituída por uma responsabilidade-garantia⁹⁹.

⁹⁸ GUIMARÃES, PPP – *Parceria Público-Privada...*, cit., p.17.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 17.

As reformas estruturais do Estado vieram, então, a se consolidar.

No tema da desestatização, é possível afirmar-se que o processo brasileiro foi, certamente, um dos mais amplos havidos nos últimos anos, podendo, possivelmente, ser comparado ao que ocorreu na Inglaterra, na era Thatcher. Privatizou-se ou foram celebradas outras formas de relação de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada em setores como o petroquímico, o siderúrgico, o de energia, o de telecomunicações, o de petróleo, gás, água e saneamento, transportes etc.¹⁰⁰

Essas reformas tiveram o seu ápice no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), com a privatização de grandes empresas federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao Terceiro Setor. A partir de meados do ano de 2002, ainda no governo mencionado, e no momento seguinte, no governo do Presidente Lula, a expressão “parceria público-privada” começa a adquirir uma força nova. A defesa da criação de um programa de PPP, com o aproveitamento de experiências internacionais positivas no que diz respeito a novas parcerias do Poder Público com privados, passou a ser feita tanto na imprensa quanto nos programas governamentais¹⁰¹.

Comentando sobre as desestatizações da década de noventa, Alexandre Santos de Aragão afirma que, mesmo após a mesma:

[...] manteve-se o Estado em grave crise fiscal, sujeita 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. E para que possa ser mitigada essa crise fiscal o País tem que crescer, necessitando, para isso, fazer a reforma e a ampliação da sua infraestrutura.¹⁰²

A carência de recursos públicos para a implementação, no Brasil como um todo, de uma rede de infraestrutura suficiente para a expansão e desenvolvimento dos Estados-Membros veio a gerar, então, a busca de novos instrumentos de financiamento do setor público.

O exemplo do Reino Unido, com a adoção do *Private Finance Initiative*, e de outros países, que enfrentavam um déficit orçamentário e que rendiam obediência ao

¹⁰⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

¹⁰¹ SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, cit., p. 18.

¹⁰² 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, n. 2, maio/jun./jul. 2005, p. 2.

Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), em vigor desde 1997, terminou por fazer com que fosse introduzido, no país, o modelo da *Public Private Partnership*, como instrumento de parceria entre o setor público e privado, com dimensões econômica, jurídica e política.

De acerto, pois, a afirmação segundo a qual a conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil, no modelo PPP, se deve à existência de deficiências de infraestrutura impeditivas do crescimento e da consequente melhoria da situação fiscal do Estado e de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tivesse condições de financiá-las sozinho.¹⁰³

Se, em sentido amplo, já conhecia o direito brasileiro inúmeras formas de parceria entre o setor público e o setor privado, surgidas ou incrementadas com a reforma do Estado Brasileiro como meio de viabilizar a gestão não exclusiva estatal dos interesses públicos – as concessões de serviços e de obras públicas; os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS); os convênios com entidades filantrópicas –, nesta ocasião, especificamente em 2003, foi editado o primeiro diploma, no país, que disciplinava a nova forma de parceria entre o público e privado, as denominadas PPPs.

Se, desde o início dos anos 1990, já vinha o Estado Brasileiro recorrendo ao setor privado para investir em infraestrutura, utilizando as privatizações e as concessões de obras e serviços públicos para tal fim, tem-se que, com relação às atividades e aos projetos não autossustentáveis, porém, que interessam ao Estado porque apresentam grandes externalidades positivas¹⁰⁴, a utilização do modelo denominado de PPPs veio a ser a grande saída. Isto porque se mostrou imprescindível, em determinados serviços, a divisão dos custos com a implantação de infraestruturas, impossíveis de serem arcados individualmente por um dos parceiros, sequer pelo parceiro privado em situações nas quais seria a tarifa insuficiente para cobrir custos e remunerar o serviço.

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas...*, cit.

¹⁰⁴ Uma externalidade positiva se verifica sempre que o benefício social marginal da produção ou do consumo de um bem exceder o benefício privado marginal, ou seja, sempre que a produção ou consumo de um bem gerarem benefícios que são subvalorizados pelo mercado. (PINTO, *A função econômica das PPPs...*, cit.).

5.2 NASCIMENTO

No já conhecido contexto de restrição fiscal, surgem, então, no Brasil, as parcerias com o setor privado, no modelo PPP, similar ao dos demais países nos quais o mesmo veio a ser implantado como meio de propiciar grandes investimentos públicos em infraestrutura, essenciais para o desenvolvimento econômico do país.

A primeira lei a ser editada, no país, foi a do Estado de Minas Gerais, nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003; em seguida, a do Estado de Santa Catarina, Lei nº 12.930, de 4 de fevereiro de 2004; depois, a do Estado de São Paulo, Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004; a do Estado de Goiás, Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004; a do Estado da Bahia, Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004; a do Município de Vitória, Espírito Santo, Lei nº 6.261/04; a do Estado do Ceará, Lei nº 13.557, em 30 de dezembro de 2004; e, finalmente, a Lei Federal nº 11.079, também em 30 de dezembro de 2004, esta instituindo normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública de todo o país. Após a lei federal, foram editados diversos diplomas legais, de diversas unidades da federação.

O diploma federal, publicado quase no último dia do ano de 2004, ao instituir normas gerais sobre parcerias público-privadas veio, em verdade, a complementar a legislação já existente, especificamente a Lei de Concessões, para permitir a viabilização de contratos específicos que, embora de interesse para a Administração Pública, não podiam ser feitos seja em razão da falta de disciplinamento legal seja por proibição, também legal¹⁰⁵. Registra-se que a Lei nº 8.666, de 1993, que institui normas para licitações e contratos – lei geral de licitações e contratos do país – proíbe a inclusão de financiamentos entre os encargos do contratado, proibição esta que é afastada pela Lei de Concessões – Lei nº 8.987, de 1995 –, sendo o financiamento privado disciplinado, expressamente, na Lei Geral de PPP, recém editada.

Utilizando um conceito de parcerias em sentido restrito, veio a Lei nº 11.079, de 2004, a usar, em maior ou menor grau, a disciplina das licitações públicas já existente – Lei nº 8.666/93 – e das concessões de serviços públicos – Lei nº 8.987/95. Acertada, portanto, a afirmativa segundo a qual, ao reduzir a lei a complexidade e o ineditismo das PPPs, reduziu também muitas dúvidas e desconfianças hermenêuticas

¹⁰⁵ SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, cit., p. 18.

que pairavam sobre o Projeto, o que, sem dúvida, contribuiu para facilitar a sua aprovação¹⁰⁶.

5.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO ESPÉCIES DO MODELO CONCESSÓRIO

Falando de PPPs do ponto de vista jurídico, as razões políticas e econômicas que levaram o Governo Federal a editar a Lei nº 11.079/2004 serviram para concretizar um movimento de revisão do modo de relacionamento entre o público e o privado nas relações contratuais. A alegada incapacidade de investimento do Estado encobriu o ambiente e as transformações jurídicas que conduziram à releitura do instituto da concessão.¹⁰⁷ Em matéria de contratos públicos, havia a necessidade de serem adotados, por lei, novos mecanismos e novos modelos contratuais já incorporados ao direito alienígena.

Como já visto, no Direito brasileiro, apareceu a parceria público-privada como uma espécie do modelo concessório. Suas duas tipologias, criadas na lei nacional – concessão patrocinada e concessão administrativa – servem, respectivamente, para integrar a participação do Estado no custeio de projetos concessórios deficitários e para viabilizar a associação da técnica concessória ao custeio integral da execução do contrato pelo Poder Público, ampliando-se a lógica da concessão tradicional a atividades que não se configuravam tradicionalmente como passíveis do sistema de cobrança de tarifas.

A definição legal de parceria público-privada como contrato de concessão merece atenção, pois, de grande utilidade no estudo do tema. No artigo 2º, *caput*, da Lei nº 11.079, de 2004, o legislador se limitou a afirmar que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Já nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo veio a dar conteúdo a cada uma das expressões utilizadas. Como concessão patrocinada, define “a concessão de serviços públicos ou obras públicas de que trata a Lei nº n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” e como concessão administrativa, “o contrato de

¹⁰⁶ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 6.

¹⁰⁷ MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil: competência legislativa em matéria de concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83.

prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução e obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Em comparação com o Direito Administrativo francês, já antes tratado, é possível afirmar-se que a consequência principal que a Lei Geral de PPP operou no ordenamento jurídico brasileiro foi a de ampliar o conceito de “concessão de serviço público”, tornando-o próximo à noção genérica que a expressão “delegação de serviço público” possui naquele país.¹⁰⁸

Nas **concessões** denominadas **patrocinadas**, que abrangem a concessão como delegação de serviços públicos – e que também poderiam ser denominadas de subsidiadas ou subvencionadas –, as tarifas previstas na lei de concessões terminam por se constituir em uma parte da remuneração do concessionário, sendo a amortização feita, ao mesmo tempo, com tarifas e dinheiro do Erário público. A afirmativa segundo a qual esta modalidade de concessão já era possível anteriormente, eis que adicionais de tarifas podiam ser pagos como receita complementar, na forma prevista no artigo 11 da Lei Geral de Concessões – Lei nº 8.987/93 –, tem pertinência. As garantias passíveis de serem ofertadas pelo Poder Público, previstas na Lei de PPP, fazem, porém, a diferença.

Vale mencionar que as dúvidas levantadas por alguns doutrinadores e aplicadores da lei quanto à possibilidade do subsídio público nas concessões tradicionais¹⁰⁹ – surgidas em razão do veto ao artigo 24 da Lei nº 8.987, de 1995¹¹⁰ – associadas à falta de previsão legal de oferta de efetivas garantias, pelo Poder Público, quanto ao pagamento dos subsídios, obstaculizaram que, anteriormente à edição da Lei de PPP, fossem ofertados, já nas licitações, estes subsídios ou subvenções aos concessionários. Outros doutrinadores, porém, afirmam não ser propriamente novo o modelo de PPP, eis que, do ponto de vista estritamente jurídico, já era possível cogitar a sua aplicação a partir do arcabouço legislativo existente, ou seja, da Lei nº 8.987/1995¹¹¹. Neste mesmo sentido, a posição de Alexandre Santos de Aragão¹¹².

¹⁰⁸ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 11.

¹⁰⁹ A maioria, entretanto, entendia a possibilidade de o Poder Público subsidiar as tarifas cobradas. Ver em: BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 735; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 430.

¹¹⁰ O dispositivo vetado tinha a seguinte redação: “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”.

¹¹¹ MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil: aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

¹¹² “Não seria correto afirmar que a concessão patrocinada era desconhecida no Direito Brasileiro. Basta lembrarmos do apoio que o Estado muitas vezes deu, cedendo ao concessionário a exploração de

Agora resta previsto, expressamente, o aporte de recursos públicos e contraprestações públicas nas concessões ditas patrocinadas, com a mencionada contraprestação pecuniária adicional às tarifas cobradas aos usuários, e a oferta, pelo Poder Público, de garantias para o pagamento. Com relação a essas concessões, a referência da lei à cobrança de tarifas leva à afirmação de que o seu objeto é, por excelência,

[...] os serviços públicos econômicos, as atividades econômicas ‘latu sensu’ titularizadas com exclusividade pelo Estado, susceptíveis 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.¹¹³

Considerando que, mesmo antes da edição da Lei nº 11.079/2004, já eram devidos cuidados de responsabilidade fiscal na assunção desses compromissos financeiros – em razão do conteúdo do artigo 167, CF/88; da Lei nº 4.320/1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; e da Lei Complementar nº 101/2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – é possível dizer que a novidade da Lei de PPP, que reafirmou as exigências de responsabilidade fiscal, foi a criação de limites específicos para as despesas com contratos de PPP, reforçando esta responsabilidade.¹¹⁴

No que diz respeito às **concessões administrativas** – contratos administrativos híbridos, que envolvem prestação de serviços e concessão de uso de bem público ou de obra pública, com ou sem fornecimento de bens –, a cobrança de tarifas é inviável, econômica ou socialmente, de acordo com a decisão política a ser discricionária e fundamentadamente tomada pelo Estado, ou, até mesmo, juridicamente vedada, como cobrança pela saúde ou educação pública ou, ainda, porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado.¹¹⁵

Antes inexistente, essa modalidade de concessão representa uma nova maneira de a Administração Pública obter serviços antes obtidos através de contrato

imóveis sem relação necessária com o serviço, reequilibrando 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” (*As parcerias público-privadas: PPP’s no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 8).

¹¹³ Ibid., p. 7.

¹¹⁴ SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, cit., p. 25.

¹¹⁵ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP’s no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 12.

administrativo de serviços, regido pela Lei nº 8.666/93, sujeito este a prazo reduzido de duração, com pagamento mensal e com relação ao qual o contratado não podia financiar a operação. A previsão de investimento do contratado, no valor mínimo de 20 milhões de reais, faz com que seja possível ao Estado obter serviços com o prévio investimento financeiro do privado na criação da infraestrutura pública necessária à existência do serviço.

Também é possível vislumbrar a adoção dessa concessão, por exemplo, quando houver dificuldade para estabelecer uma relação individualizada com os destinatários finais dos serviços, como o de iluminação pública e limpeza urbana, com relação aos quais existem dificuldades para caracterizar a singular fruição dos mesmos pelos usuários finais. Com relação a estes, a Administração Pública pode ser considerada beneficiária indireta do serviço a ser delegado, arcando, assim, com a obrigação de remunerar o concessionário¹¹⁶. A inexistência de tarifas é o marco desta espécie de contrato de concessão.

Na opinião de Alexandre Aragão¹¹⁷, nos contratos de concessão administrativa há autonomia de gestão da empresa contratada com relação à infraestrutura e à prestação do serviço dela objeto.

A concessão administrativa seria, assim, muito semelhante à régie intéressé 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 pelo seu funcionamento. A empresa não se remunera diretamente dos usuários do serviço público. Ela percebe do Estado valores associados ao resultado de 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'.¹¹⁸

A autonomia empresarial no desenvolvimento das atividades objeto do contrato, que deve ser assegurada aos privados nessa modalidade de concessão, decorre de disposição da própria Lei de PPP, que veda que estas se dirijam unicamente ao fornecimento e mão de obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública – art. 2º, §4º, III, da Lei nº 11.079/04.

Ainda no que diz respeito a essa modalidade de concessão, tem-se que a remuneração do concessionário administrativo deve ter relação direta com a quantidade

¹¹⁶ CÂMARA, *A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas...*, cit., p. 179.

¹¹⁷ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 15.

¹¹⁸ VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la Française*, Paris: Ellipses, 2000, p. 108 (Apud ARAGÃO, op. cit., p. 15, NR 27).

e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública – como usuária direta dos serviços – ou à população – ou seja, a Administração Pública como usuária indireta dos serviços.

Em decorrência das disposições do artigo 4º, VI, e artigo 5º, III, ambos da Lei nº 11.079/2004, que impõem a repartição objetiva de riscos entre as partes, pode-se afirmar que essa remuneração não pode ser fixa, como a referente ao contrato de empreitada e de terceirização de serviços. Com relação às concessões administrativas, não determina a Lei de PPP uma aplicação subsidiária genérica da Lei de Concessões de Serviços Públicos, mas prescreve a aplicação de suas disposições referentes ao ressarcimento, pelo contratado, dos projetos prévios à licitação; às cláusulas essenciais do contrato, entre elas, a da reversão dos bens; à subcontratação; à transferência da concessão ou do controle acionário; à garantia com os direitos emergentes da concessão; à intervenção; e a todas as modalidades de extinção – artigos 21, 23, 25, 27, 28, 32 a 39.

Com o enfrentamento dos conceitos de parceria público-privada, de concessão patrocinada e de concessão administrativa transcritos no trabalho e considerando o disciplinamento legal dos tipos concessórios, parece pertinente a conceituação dessas parcerias como:

[...] 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.¹¹⁹

Regulada pela Lei nº 11.079/2004 e pela Lei de Concessões, resta claro que a aplicação subsidiária da Lei Geral de Concessões às parcerias deve se dar somente “no que couber”, sob pena de contrariar a própria natureza destes contratos, desvirtuando as suas peculiaridades.

5.4 OBJETO DAS CONCESSÕES COMUNS E OBJETO DAS PPPS

Relevante questão emerge do tema “objeto de concessão comum e objeto de PPP”, que diz respeito, precisamente, à definição de quais atividades e serviços públicos podem ser repassados para a execução de particulares, mediante contratos ou outros

¹¹⁹ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 18.

ajustes feitos pelo Poder Público. Da Constituição Federal se há de partir para o deslinde desta questão. A partir dela, diplomas legais tratam da matéria.

A Lei Geral de Concessões – Lei nº 8.987/95 – não trouxe, em seu texto, o elenco dos serviços públicos passíveis de serem concedidos à iniciativa privada. Também a Lei Geral de PPPs – Lei nº 11.079/2004 – silenciou sobre o que poderia ser objeto dos contratos de parcerias público-privadas, limitando-se a definir as novas modalidades de concessão que fez introduzir no ordenamento jurídico brasileiro. Frente a este fato, é importante que se chegue à exata conclusão sobre o que pode ser objeto de contrato de concessão ou mesmo de permissão de serviço e de concessão de obra pública, e do que é passível de ser objeto de contrato de parceria público-privada, no sentido restrito da Lei nº 11.079/2004.

Primeiramente, o silêncio dessas “leis gerais” longe está de se constituir um impedimento à identificação do elenco dos serviços e atividades que podem ser objeto desses contratos. Ao revés, vem a significar um respeito às competências asseguradas constitucionalmente às diversas entidades da federação brasileira, para a definição da forma de execução de serviços públicos de sua titularidade e para declinar quais atividades administrativas podem, no seu âmbito, ser executadas através destas parcerias, sempre com respeito à Lei Maior do país e com obediência às normas gerais editadas pela União. Também se traduz em um respeito às opções possíveis de serem feitas pelo poder legislativo de cada entidade federada.

Muitas das leis estaduais e municipais que tratam de concessões e de parcerias público-privadas trazem, todavia, o elenco dos serviços e atividades que podem ser objeto dos seus contratos, importando em autorização legislativa para o trespasse da prestação desses serviços públicos para particulares.

Frente às leis federais, examinadas elas em confronto com as disposições constitucionais pertinentes, é importante que seja delimitado o âmbito de aplicação das concessões ditas comuns e o âmbito dos serviços e atividades que podem vir a se constituir objeto de PPPs, separando-se estes “objetos” com vistas a evitar equívocos que possam surgir no trato da matéria.

Como já mencionado anteriormente, é do exame do texto constitucional e de leis ordinárias que disciplinam a matéria que surge a compreensão sobre que atividades são, por força de norma vigente, caracterizadas como serviço público. Em assim caracterizadas, também os mesmos textos legais indicam de qual unidade federada é a

titularidade do serviço, quais desses serviços podem ser trespasados à iniciativa privada e quais são indelegáveis.

Registre-se que, no direito brasileiro, tradicionalmente denomina-se de serviço público aquelas atividades que importam em serviços administrativos ou nas atividades-meio necessárias para que o Estado desenvolva as suas atividades-fim; os serviços comerciais ou industriais, também denominados de econômicos, que podem ser prestados pelo Estado como serviços públicos quando a ele atribuídos por lei, seja através de prestação direta ou através de concessão ou permissão; e os serviços sociais do Estado dito não privativos, que buscam atender às necessidades da coletividade em áreas essenciais como saúde, educação, previdência social, assistência social e cultura. Como atividades da Administração Pública, estas devem ser executadas para satisfazer necessidades coletivas.

Na identificação daqueles serviços públicos/atividades passíveis de execução por particulares a se constituírem possíveis objetos de concessões comuns e de PPPs, vale iniciar com **os serviços econômicos – industriais ou comerciais** – porque longa a história desta delegação.

Desde muito tempo, o instituto da concessão vem sendo utilizado para o trespasse de serviços econômicos para particulares, que o exploram por prazo determinado, reservando-se o Poder Público concedente a tarefa de fiscalização, controle e regulamentação. As condições são fixadas e alteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O concessionário atua em seu próprio nome, por sua conta e risco e é remunerado através de tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço, com a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados¹²⁰.

Importa lembrar que o direito sobre a atividade de serviço público objeto da concessão tem de pertencer à entidade concedente e que a concessão de serviços públicos está sujeita ao princípio da prevalência da lei, pelo que, na ausência de uma disposição com este valor, que atribua ao titular do serviço público a competência para o conceder, a concessão não é possível.¹²¹ A possibilidade de a lei conferir à entidade

¹²⁰ No Brasil, esta previsão se encontra na Lei n° 8.987/95, art.11.

¹²¹ GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 110. Também no direito brasileiro prevalece o entendimento segundo o qual o trespasse da execução de um serviço público para privados depende de prévia previsão legal, o que não exclui a possibilidade do legislador conferir à entidade estatal uma habilitação genérica para efetuar esse trespasse. Há quem entenda que a própria

estatal uma habilitação genérica para efetuar este trespasse de serviços, através de concessão, não deve ser afastada, porém.¹²²

No Brasil, a competência material para a prestação desses **serviços industriais ou comerciais** se encontra prevista na Lei Maior, distribuída entre os entes federados. No artigo 21, X, XI e XII, alíneas “a” a “f”, elenca a Constituição aqueles que são de competência da União, autorizando o trespasse da quase totalidade deles – silenciando quanto ao serviço postal e de correio aéreo nacional – para privados, mediante concessão, permissão ou autorização. No artigo 25, §2º, expressamente, atribui um serviço específico aos Estados-Membros, autorizando, também expressamente, o trespasse, cabendo a estes, residualmente, a exploração direta ou indireta dos serviços de transporte interestadual. No artigo 30, V, atribui aos municípios os serviços de interesse local, incluindo, de forma expressa, o de transporte coletivo municipal. Em relação a todos os serviços de interesse local, autoriza, expressamente, neste dispositivo, a execução indireta através de concessão ou autorização.

No que diz respeito aos serviços públicos dessa natureza, ditos também econômicos, e ressalvados o serviço postal e de correio aéreo nacional, com relação aos quais muito tem sido provocado o Poder Judiciário, autoriza a Constituição a execução indireta. Não somente nos artigos acima mencionados se vê – neles, expressamente – esta possibilidade, mas, também genericamente, no artigo 175 da Constituição Federal. A terceirização destes serviços, vista como o repasse da sua execução para entidades privadas, particulares, encontra expressa previsão no texto constitucional, podendo se constituir objeto de contratos de concessão dita comum. Ou de PPPs.

Quanto aos **serviços públicos** ditos **sociais** – educação, saúde, previdência, assistência social, cultura e lazer – os limites da sua “terceirização” são discutíveis. Controvertida, ainda, é a questão da sua transferibilidade pelo Estado. Não goza a questão da necessária uniformidade de entendimento, a despeito da cada dia mais aumentar o número de doutrinadores que veem autorização no ordenamento jurídico brasileiro para tal medida. Dentre estes, Paulo Modesto, que afirma:

Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., arts. 199; 202; 204, I; 209; 216, §1º; 218, §4º; e 225), não apenas é pragmática, como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do

Lei nº 8.987/95 seria a lei mencionada no artigo 175, da CF/88. Ainda, no pensamento de outros, o próprio artigo 175 da CF já teria dado esta autorização genérica.

¹²² GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 111.

Estado no âmbito da prestação dos serviços públicos 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 (art. 199, §1º 9, sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. [...]). O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parcerias ágeis para ampliar sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.¹²³

Ainda segundo esse doutrinador, o modelo PPP:

[...] pode ser empregado, com sucesso e talvez com maior urgência, também para financiar a ampliação de serviços sociais do Estado, em atividades livres à iniciativa privada, de expressiva relevância pública, mas desinteressantes para as empresas sem garantias de rentabilidade mínimas adremente pactuadas e firmemente reconhecidas.¹²⁴

Outros não duvidam da possibilidade de o Poder Público trespassar a gestão de atividades relacionadas a serviços sociais ao setor privado¹²⁵, apesar do seu cabimento não ser tranquilo na doutrina. Já alguns se limitam a afirmar a existência de amparo constitucional para a terceirização – e aqui, aditamos, através de PPPs – de unidades de saúde pública¹²⁶, do serviço de saúde pública, com base na interpretação que dão ao artigo 197 da Constituição Federal.

Já nos posicionamos anteriormente nesse sentido, afirmando que, no que diz respeito à saúde, vislumbramos no próprio texto constitucional a autorização para a delegação de sua prestação a entes privados.¹²⁷ Outra autorização legislativa se faz, então, desnecessária.

¹²³ MODESTO, *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas...*, cit., p. 494-495.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 520.

¹²⁵ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 177.

¹²⁶ MOROLLI, Fábio Giusto. A evolução do Direito Público e a parceria com a iniciativa privada. transferência de serviços públicos de natureza social. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, n. 50, Paraná, Zênite, abr. 1998, p. 322-335: “Incisivamente, em destaque especial à área de saúde, a própria Constituição Federal admitiu a trceirização, quando ditou no seu artigo 197 que: são de reçlevância pública as açõe e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. “No caso específico da saúde, a própria Lei Maior admitiu a utilização de terceiros, sendo o art. 197 norma especial em relação à generalidade do art. 175, ainda que o regime de prestação não fossem distintos”.

¹²⁷ Em artigo denominado “Seleção de Organizações Sociais para Contratação de Serviços na Área de Saúde, Educação e Cultura”, publicado na Revista de Licitações e Contratos – ILC, ano XV, nº 178

Da conclusão de Alexandre Aragão¹²⁸ sobre quais espécies de atividades podem ser objeto da concessão administrativa se extrai que o doutrinador entende a possibilidade da delegação de serviços sociais a parceiros privados. Segundo ele, podem ser objeto de concessão administrativa os serviços públicos econômicos – também chamados industriais ou comerciais – em relação aos quais, por razões de interesse público, decide o Estado não cobrar qualquer tarifa dos usuários; os serviços públicos sociais não privativos do Poder Público, como saúde, educação, previdência e cultura; as atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, este sim, não delegável à iniciativa privada; e, ainda, as atividades internas da Administração Pública quando o próprio Estado é usuário direto dos serviços. Afirma o autor:

Especialmente em relação aos serviços públicos sociais e 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.¹²⁹

No sentido da possibilidade de o Estado se comprometer com fins sociais sem, no entanto, ter de realizar os investimentos indispensáveis, terceirizando esta prestação, opina Marçal Justen Filho.¹³⁰ Em sentido diverso, existem alguns entendimentos. Vale mencionar que, nas ADIns nºs 1.923-5/DF e 1.943-1, esta última proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sustentaram seus autores a inconstitucionalidade das normas impugnadas nestas ações – dispositivos da lei nacional sobre organizações sociais, Lei nº 9.637/98 – frente a sua incompatibilidade com artigos da Constituição Federal que impõem ao Estado o dever de prestar serviços públicos sociais. Os dispositivos impugnados preveem a possibilidade da transferência da execução de atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas de direito público dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção ao meio ambiente, à cultura e à saúde para entidades de direito privado denominadas de organizações sociais. A questão levantada nestas ações judiciais diz respeito, especificamente, à possibilidade ou não do trespasse de serviços sociais para parceiros privados, em sentido lato entendidos.

dez/2008, p. 1211. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, em agosto de 2008, Salvador, Bahia.

¹²⁸ *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 13.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁰ As diversas configurações da Concessão de Serviço Público, RDPE, n. 1, jan./fev./mar. 2003, p. 95 e ss; AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública...*, cit., p. 200, NR 590.

Mesmo sem total uniformidade de opinião sobre o tema – possibilidade de trespasse de serviços públicos sociais para entes privados, dentre estes os parceiros privados, nas PPPs –, as parcerias veem sendo pactuadas pela União e por diversos Estados-membros cujas leis estaduais de PPPs declinam tais serviços como objeto de contratos desta natureza.

Na doutrina estrangeira, parece assentada a possibilidade de esses serviços terem a gestão transferida para os privados¹³¹.

5.4.1 Serviços que podem ser objeto de concessões ditas comuns

A **concessão comum**, tanto no direito alienígena quanto no direito pátrio, desde há muito veio, e vem, sendo utilizada para a efetivação do trespasse da execução dos serviços públicos ditos comerciais ou industriais para privados. A prestação de serviços desta natureza por particulares, remunerados mediante a cobrança de tarifas ou preço público ou de outras formas – como a publicidade, para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens – quando são eles suficientemente rentáveis para cobrir os custos dos investimentos feitos pelos concessionários e para propiciar os lucros por esses visados, veio sempre sendo objeto de contratos de concessão na sua forma “comum”.

No Brasil, o veto ao artigo 24 da Lei Geral de Concessões – que previa que o poder concedente poderia garantir uma receita mínima ao concessionário – terminou, em concreto, por restringir o instituto da concessão (agora dita comum) aos serviços comerciais ou industriais rentáveis, autossustentáveis, mesmo que muitos entendam ser possível, com base nesta lei, a concessão com subsídios públicos.

Não nos parece demasiado relembrar que deflui do texto da Constituição de 1988 a compreensão no sentido de serem serviços públicos industriais ou comerciais os serviços de telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; energia elétrica; navegação aérea; transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário e transporte coletivo

¹³¹ AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública...*, cit., p. 200, em nota de rodapé: “Num cenário de desmantelamento dos serviços públicos tradicionais, com alguma doutrina a falar já na crise da concessão, o novo círculo das práticas concessórias a que se tem passado a assistir no contexto dos parceiros da UE parece corresponder à possibilidade de os Estados se comprometerem com fins sociais sem, no entanto, terem de realizar os investimentos indispensáveis, permitindo aos países do ‘clube’ euro garantir o cumprimento da disciplina orçamental imposta pelos critérios de Maastrich e mantida pelo PEC, e aos países de tradição jurídica anglo-saxónica assegurar a observância da mecânica de funcionamento da ordem jurídico econômica do sector público”.

municipal; e gás canalizado. A própria Constituição previu, além da prestação e exploração direta por entidades da Administração Pública, a possibilidade de os mesmos serem prestados e explorados sob o regime da concessão, alguns também mediante permissão e/ou autorização – art. 21, XI e XII; art. 25, §2º; art. 30, V. Estes serviços, além de outros que venha a lei a definir como serviços públicos, quando autossustentáveis, se situam no âmbito de abrangência das concessões comuns.

Também a execução de obra pública pode ser objeto de contrato de concessão, eis que pode ser pactuada entre o poder público e o particular a sua construção seguida da sua exploração, com vistas a remunerar o investimento do concessionário.

5.4.2 Atividades e serviços que não podem ser objeto de concessão comum

Serviços públicos sociais, em razão da sua gratuidade e da não submissão ao sistema tarifário, não podem ser objeto de concessões ditas comuns. Também aquelas atividades que somente podem ser prestadas diretamente pelo Estado, porque vocacionadas à manifestação imperativa e política do poder estatal, não podem ser objeto desses contratos, porque não passíveis de terceirização. Os serviços administrativos, aqueles prestados diretamente à Administração, como serviços de apoio para a execução de suas atividades finalísticas e também de apoio para a prestação de serviços à população, não “cabem” em contratos de concessão comum, sendo objeto dos contratos administrativos previstos na Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.987/95 trata dessas concessões ditas comuns.

5.4.3 Atividades e serviços que podem ser objeto de PPPs

Já como objeto de parceria público-privada tem-se um elenco bastante mais amplo que aquele reservado à concessão comum, seja de serviço ou de obra pública. Neste elenco, podem ser encontrados serviços públicos industriais ou comerciais e serviços ditos sociais (educação, saúde e assistência social), estes desde que exista lei autorizativa da transferência da sua execução para particulares. Também pode ser objeto de PPP:

[uma] parcela de atividades públicas (não apenas serviços públicos propriamente ditos) que não comportam a transferência pura e simples por meio de concessão ou permissão de serviços públicos à iniciativa privada, pois não são economicamente viáveis, não se mostram convenientes ou não se encaixam na noção de serviço público adotada pela Lei nº 8.987/95.¹³²

Primeiramente, os mesmos serviços públicos industriais ou comerciais quando não autossustentáveis e que demandem grandes investimentos em infraestrutura não amortizáveis com a exploração dos serviços, podem ser objeto de uma PPP, na modalidade de concessão patrocinada. Esta modalidade de concessão assegura a viabilidade de projetos nos quais somente a receita tarifária não possibilitava resultados financeiros rentáveis. Assim, as conhecidas concessões de serviço público passam a comportar o incremento de receita mediante contraprestação do Poder Público, tornando-se um contrato de parceria¹³³.

Os serviços dito sociais, com relação aos quais não se há de falar em cobrança aos usuários dos serviços, podem, segundo grande parte da doutrina pátria, ser objetos de PPP, na modalidade de concessão administrativa, aparecendo a Administração como usuária indireta dos serviços. Serviços públicos e atividades não passíveis do sistema tarifário, prestadas, direta ou indiretamente, à Administração, poderão envolver remuneração vinculada à variante de risco e à *performance* do contratado. Na Inglaterra, aponta-se o sucesso da contratação, por meio de PPPs, da construção ou recuperação e operação de hospitais públicos.

Também obras públicas, cuja exploração não se apresenta suficiente para remunerar o investimento do parceiro privado, podem ser contratadas em parceria público-privadas.

Os serviços administrativos, aqueles prestados diretamente à Administração, como serviços de apoio para a execução de suas atividades finalísticas e, também, de apoio para a prestação de serviços à população, podem ser objeto de PPPs, em contratos

¹³² SCHIRATO, Vítor Rhein. Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vítor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 144-145.

¹³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 396. Lembra o autor, em nota de rodapé, que alguns já aludiam à possibilidade de aplicação de recursos públicos como modalidade de remuneração parcial do concessionário de serviços públicos, em face do teor do artigo 11 da Lei Geral de Concessões, mencionando: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 103; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 33; PORTO NETO, Benedicto. *Concessões de serviço público no regime da Lei 8.987/1995: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76).

complexos que envolvam sempre a prestação de serviço como um objeto associado a outras prestações, como o fornecimento de bens ou execução de obra. A finalidade desta associação está em submeter ao particular-contratado os riscos da manutenção da obra ou dos bens fornecidos, segundo uma interessante configuração baseada na autorregulação: ao contratado se impõe explorar a infraestrutura fornecida ou construída por si, absorvendo os custos de sua manutenção.¹³⁴ Com relação a estes não vem a ocorrer delegação de serviços públicos, posto que têm como objeto atividades prestadas à própria Administração, a usuária dos serviços: são serviços prestados ao Estado. É a concessão administrativa o instrumento adequado para tal contratação, não se lhe aplicando as regras do artigo 175 da Constituição Federal.

Para a viabilidade jurídica do ajuste – aqui também há diferenças entre os contratos de PPP e os de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93, com engenharias financeiras diversas - há que ser observado, porém, o prazo mínimo e o valor, também mínimo, ambos fixados na Lei.

A melhoria do aparelhamento estatal, com vistas ao melhor funcionamento da Administração, a demandar grandes investimentos, pode ser objeto de contrato de PPP. Esta contratação não poderia ocorrer sobre a égide da Lei Geral de Concessões, porque não haveria um serviço público a ser prestado, segundo os termos de tal lei.¹³⁵ Já um contrato regido pela Lei nº 8.666/93, de prestação de serviços e/ou de execução de obra pública, celebrado na busca desta melhoria, estaria a demandar investimento direto e imediato do poder público, nem sempre orçamentariamente possível. A concessão administrativa, tendo a Administração na qualidade de usuária direta da prestação dos serviços, é, então, a figura contratual a ser adotada.

No que diz respeito às atividades de polícia administrativa, a possibilidade de celebração de parcerias público-privadas se restringe às atividades de apoio que não demandem a utilização do *jus imperii* do Estado e a manifestação da coerção, que são intransferíveis aos particulares, tendo em vista a orientação do princípio da República. A transferência de atividades meramente instrumentais, geralmente de conteúdo técnico, ao desempenho de competências exclusivas do Estado, é admitida no nosso Direito.¹³⁶

Tem merecido a atenção dos doutrinadores questões que dizem respeito à gestão privada de atividades relacionadas com estabelecimentos prisionais, quanto aos

¹³⁴ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 171.

¹³⁵ SCHIRATO, *Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 145.

¹³⁶ GUIMARÃES, *As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte...*, cit., p. 413.

limites do objeto de PPPs. A construção com a manutenção destes estabelecimentos, acompanhadas da gestão da hotelaria, serve de exemplo de serviços administrativos passíveis de serem repassados para parceiros privados. Impõe-se, nesta situação, que permaneçam reservadas ao Estado as funções que lhe são próprias, no exercício da atividade que constitucionalmente lhe é atribuída, de natureza jurisdicional ou disciplinar.

Afastadas dos parceiros privados funções exclusivas de Estado que importam o manejo de autoridade pública, quanto às demais desenvolvidas nos presídios, podem ser elas desempenhadas pelos particulares, em contratos de PPP, apresentando-se a utilização destas parcerias como um instrumento de aperfeiçoamento do sistema prisional. As atividades materiais de gestão, além da construção da obra do próprio estabelecimento penal, podem ser objeto de PPPs.¹³⁷ Na Inglaterra, no setor de prisões e na construção e gestão de unidades de recuperação de jovens infratores, o Governo paga ao contratado pela disponibilidade de vagas construídas e operadas e este passa a fazê-lo nos moldes pactuados, disponibilizando à sociedade um serviço tipicamente administrativo¹³⁸.

Sendo possível a transferência de serviços administrativos aos particulares, mesmo quando estes serviços são preparatórios ou de apoio ao exercício de competências típicas do Estado – a Lei nº 8.666/93 já trata de contratos de prestação de serviços, da terceirização de atividades gerais –, as atividades administrativas não jurisdicionais, como o exercício da custódia física, o provimento de estrutura material adequada – fornecimento de alimentação, vestuário, instalações higiênicas – e a promoção da assistência à saúde, assistência jurídica, religiosa, ao trabalho e à educação podem, então, ser objetos de contratos de parcerias público-privadas.

5.4.4 Atividades e serviços que não podem ser objeto de PPPs

Aquelas atividades que somente podem ser prestadas diretamente pelo Estado, porque vocacionadas à manifestação imperativa e política do poder estatal, não podem ser objeto de parcerias público-privadas. São indelegáveis os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades sujeitas ao poder de polícia

¹³⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 457.

¹³⁸ MONTEIRO, *Legislação de parceria público-privada no Brasil: aspectos fiscais...*, cit., p. 84.

administrativa e outros, como os decorrentes da função jurisdicional – art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004.

Parece clara a impossibilidade de transferir a entidades privadas atribuições de natureza jurisdicional ou disciplinar, por serem estas funções exclusivas do Estado que importam o manejo de autoridade pública.¹³⁹ Independentemente de estas funções e atividades serem indelegáveis, em face de princípios e disposições constitucionais, de execução privativa por entidades e órgãos públicos, da própria Lei nº 11.079/04 consta, expressamente, dentre as suas diretrizes, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado – art. 4º, III.

Se a atividade administrativa de polícia e o serviço público de polícia de segurança não podem ser objeto de PPPs, por envolverem o manejo de autoridade, de poder extroverso estatal, pacífico é o entendimento de que as atividades de apoio à execução destes serviços podem ser terceirizadas, inclusive em contratos de parceria público-privadas. Como exemplos de serviços de apoio ao exercício do poder de polícia, são elencados a colocação de pardais eletrônicos em vias públicas e os serviços de reboque para remoção de veículos.

Tem merecido a atenção dos doutrinadores, questões que dizem respeito à gestão privada de atividades relacionadas com estabelecimentos prisionais, quanto aos limites do objeto de PPPs.

Como já visto, é possível a transferência de serviços administrativos aos particulares, mesmo quando estes são preparatórios ou de apoio ao exercício de competências típicas do Estado.

Porém quanto aos serviços administrativos imediatamente comprometidos com o exercício de autoridade e de império da Administração, como atividades de suporte à segurança e vigilância interna, somente admite-se a transferência para privados de atribuições que importem a realização material e acessória de atividades envolvidas com a coerção. Já a gestão (estratégica e operacional), propriamente, de prisões e de atividades relacionadas com a coerção, cabe, exclusivamente, ao Poder Público por traduzir-se em manifestação típica e intransferível da autoridade pública.¹⁴⁰

¹³⁹ GUIMARÃES, *As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte...*, cit., p. 418.

¹⁴⁰ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 254, 255 e 258.

Enfim, do ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina pátria, pode-se extrair as conclusões acima declinadas, no que diz respeito aos serviços públicos e/ou a atividades passíveis de se constituírem objeto das parcerias público-privadas tratadas na Lei nº 11.079/2004. Se esta lei possibilita ajustes contratuais que tenham os objetos acima tratados, por exclusão expressa feita no seu texto, não podem ser objeto de contratos de parceria público-privada o escopo exclusivo de fornecimento de mão de obra, de instalação de equipamentos ou de execução de obra pública.

5.5 ASPECTOS IMPORTANTES DAS PPPS

Analisando aspectos importantes da Lei nº 11.079/2004, importa registrar que este diploma, que é complementar à Lei de Concessões, disciplinou questões referentes ao financiamento privado de infraestruturas públicas, impondo **limites de gastos**, pelo Poder Público, com as parcerias, dentro do princípio da responsabilidade fiscal com observância da Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Ao lado de prever e emoldurar esses financiamentos, a instituição, na lei, de um adequado **sistema de garantias** foi, por demais, relevante para despertar o interesse do mercado. Ao disciplinar a oferta de garantia de pagamento de adicional de tarifa, pelo Poder Público concedente, ao privado concessionário – o que, no regime da Lei de Concessões já era viável, porém sem previsão de oferta de garantia pelo pagamento –, criou a lei de PPP novo interesse dos particulares pelas concessões de serviço público e de exploração de obra pública – aí denominadas de concessões patrocinadas – porque estes estariam protegidos, enquanto concessionários, contra o inadimplemento do concedente, proteção que também foi estendida para as concessões denominadas administrativas, despertando, também em relação a estas, o interesse do mercado.

Considerando as formas tradicionais de contratação pública, essas parcerias vão além, eis que **possibilitam que o Estado delegue ao contratado não só a execução da obra, mas, também, a elaboração dos seus projetos**, o que aumenta os ganhos de eficiência, fazendo com que sejam eles maiores do que nas obras públicas como um todo, porque grande economia pode ser obtida na formulação dos projetos. Também **impedem que a qualidade da obra seja comprometida**, posto que

transferem ao parceiro privado não só os potenciais ganhos com a construção, mas, também, os riscos correlatos.¹⁴¹

A possibilidade legal de introdução de **mecanismos variáveis de remuneração** nos contratos de PPP vem a permitir que seja condicionada e relacionada a remuneração do parceiro privado à qualidade dos serviços prestados, fato que gera forte estímulo à boa prestação dos serviços – art. 6º, parágrafo único da lei geral.

Também a previsão segundo a qual o parceiro privado não pode receber contraprestação do Estado¹⁴² enquanto o serviço não estiver disponibilizado para o usuário – seja ele particular ou a própria Administração, no caso de concessão administrativa – vem a criar um incentivo real para que as obras sejam concluídas no prazo previsto no contrato. Mesmo hoje, com a possibilidade atual de previsão, no contrato, do aporte de recursos em favor do parceiro privado, como subsídio ou subvenção a investimento, permanece aquele incentivo, eis que as contraprestações do Estado somente poderão ser recebidas após a disponibilização dos serviços.

Com os condicionantes previstos em lei, a redução dos custos de manutenção e operação dos serviços, visando aumentar os lucros do negócio, vem a ser feita com as devidas cautelas pelo contratado, sob pena de comprometer a qualidade dos serviços e, conseqüentemente, a sua remuneração. Nesta fórmula adotada no modelo das PPPs, **os incentivos econômicos apontam para a redução de custos sem a quebra, porém, da qualidade.**

Ainda, a **previsão da transferência dos riscos e benefícios relacionados ao serviço para o parceiro privado**, em contratos de PPP, termina por gerar a **eficiência econômica** dos contratos, claramente estimulada e prevista na Lei nº 11.079/2004, flexível e inovadora quanto à matéria. Prevendo, como prevê, no seu artigo 5º, inciso III, a repartição de riscos entre as partes, delega a lei, ao contrato, em cada caso, esta repartição.

Com essas colocações, é mais do que acertada a conclusão segundo a qual a estrutura da Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais de licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública brasileira, está voltada

¹⁴¹ PINTO, *A função econômica das PPPs...*, cit., p. 6.

¹⁴² Com a Lei nº 12.766, de 2012, resultado da conversão da Medida Provisória nº 575/2012, alterações foram introduzidas na Lei nº 11.079/2004. Dentre elas, passou a ser prevista a possibilidade de aporte de recursos em favor do parceiro privado, para a realização de obras e a aquisição de bens reversíveis, no seu artigo 6º, §2º, desde que constante do contrato e autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

para permitir a redução de custos do Estado sem a perda de qualidade na prestação dos serviços.¹⁴³

Enfim, tem-se que a Lei das PPPs veio a superar uma insuficiência da legislação anterior, que era a falta de um sistema de garantia dos compromissos financeiros de longo prazo do Estado com o contratante privado. Declinando lícita a concessão de garantias, veio a conceber, para a União, uma entidade jurídica nova para este fim, que é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP).¹⁴⁴

5.6 PAPEL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Porque propiciam, as PPPs, uma amortização diferida no tempo dos investimentos feitos com o financiamento privado dessas infraestruturas, questões como o famoso *spread* financeiro, decorrente do maior risco do financiamento privado do que do financiamento público – taxas de juros mais elevadas que aquelas que seriam obtidas em financiamentos tomados pelo Poder Público – devem ser consideradas na utilização do modelo para tal fim.

Aí o destaque e a importância do papel das instituições financeiras estatais, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no financiamento às PPPs, na implantação de tal modelo de contratação. Em concedendo estas instituições empréstimos aos parceiros privados a taxas equivalentes ou mesmo mais reduzidas que as aplicáveis aos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, a possibilidade de redução ou eliminação do custo financeiro adicional que o Estado deveria suportar por conta do financiamento privado dos projetos deve ser considerada, no momento da opção pela utilização do modelo a ser feita pelo Poder Público¹⁴⁵.

¹⁴³ PINTO, *A função econômica das PPPs...*, cit. p. 9.

¹⁴⁴ SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, cit., p. 26. Com a Lei nº 12.712, de agosto de 2012, foi autorizada a instituição de outro fundo, o Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto (FGIE), com vistas a unificar o patrimônio necessário à concessão de garantias, antes dispersos em três fundos garantidores, dentre eles o Fundo Garantidor de PPP (FGP).

¹⁴⁵ PINTO, *op. cit.*, p. 5.

6 CONTROLE FISCAL DAS PPP NO DIREITO BRASILEIRO: FERRAMENTAS

Como já lembrado, a opção pela utilização da modelagem das PPPs vem a propiciar o investimento em infraestruturas imprescindíveis para o desenvolvimento econômico do país, desobstruindo os “gargalos” existentes. Riscos, porém, existem de vir a ocorrer, com as PPPs, o afrouxamento das normas de responsabilidade fiscal, eis que elas representam um meio de o país financiar, em longo prazo, estas infraestruturas com as quais não poderia arcar no presente.¹⁴⁶

Lúcida a opinião de Vital Moreira, em comentários sobre a *Private Finance Initiative*, que vale aqui integral transcrição:

Por um lado, esse esquema permita aos governos lançarem e fazerem executar obras e serviços públicos sem necessidade de sobrecarregarem o orçamento nem a dívida pública. Isto é essencialmente 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 a 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 Initiative – 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 inseridos 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).¹⁴⁷

¹⁴⁶ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP’s no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 20 e 21. Chamamos a atenção de que, com a Lei nº 12.766/2012, porém, passou a ser prevista a possibilidade de o Poder Público fazer aportes financeiros antes da disponibilização dos serviços, subvencionando os investimentos a serem feitos pelos parceiros privados.

¹⁴⁷ MOREIRA, Vital. A tentação da Private Finance Initiative – PFI. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18-19.

A preocupação do legislador nacional derredor da questão fiscal subjacente nas PPPs foi explícita. E “remédios” contra os riscos fiscais destas parcerias foram “prescritos”, no direito brasileiro. A Lei nº 11.079/2004 e, também, leis estaduais e municipais que tratam destas parcerias, contêm dispositivos que trazem alguns destes “remédios”. Outros já existiam adotados no ordenamento jurídico brasileiro. A eficácia dos mesmos no controle fiscal deste novo modelo de contratação pública, porém, está, ainda, a ser testada.

Como um dos princípios insculpidos na Lei nº 11.079/2004, traduzidos como diretrizes no seu artigo 4º, consta, no inciso IV, a “responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias”. O modelo brasileiro de PPP já nasceu com preocupações referentes a esta responsabilidade fiscal, tanto que a Lei Geral de PPP trouxe inúmeras restrições à assunção de compromissos financeiros pela Administração com estas contratações. No Brasil, a questão da responsabilidade fiscal nas PPPs merece especial preocupação, considerando que o modelo nacional pressupõe, sempre, a existência de contraprestações públicas e, quase sempre, esta contraprestação terá natureza pecuniária, o que não ocorre sempre nos modelos estrangeiros de PPP, que podem ser reconduzidos à denominação *Public Private Partnership*¹⁴⁸.

Inicialmente, todo processo licitatório, no Brasil, está condicionado ao cumprimento de uma série de regras fiscais. A Lei nº 8.666/93, que traz normas gerais sobre licitações e contratações públicas, impõe a indicação, no Edital, do recurso próprio para a despesa a ser efetuada com a contratação. A Lei Complementar nº 101, de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), contém dispositivos que impõem ao gestor responsabilidade na gestão fiscal¹⁴⁹.

Os textos das leis de PPP – estaduais e municipais – condicionam a aprovação de projeto na modalidade de parceria público-privada à elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, à demonstração da origem dos recursos para o seu custeio e à comprovação de compatibilidade com a Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 263-264.

¹⁴⁹ Essa lei condiciona a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa à estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e à existência da declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias art. 16, incisos I e II.

¹⁵⁰ MONTEIRO, Vera. Três anos da Lei de Parceria Público-Privada. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 234.

Tratando especificamente da Lei federal de PPP, ao impor este diploma a necessidade de realização de estudo técnico condicionante para a abertura do processo licitatório, também impõe um controle fiscal rigoroso¹⁵¹. Isto porque a aprovação do projeto depende da análise cuidadosa da compatibilidade das obrigações financeiras a serem assumidas no decurso de toda a execução contratual e, ainda, da demonstração da suficiência de fluxo de recursos públicos para o cumprimento das obrigações contraídas pelo Poder Público durante toda a vigência do contrato e por exercício financeiro. O Plano Plurianual (PPA) deverá conter, expressamente, a previsão da parceria público-privada que o ente estatal pretende contratar¹⁵². Estas condições impostas nestes diplomas legais para a realização de licitação e contratação pelo Poder Público terminam por funcionar, na medida do possível, como limites fiscais para a contratação de PPPs.

Na medida do possível, pode-se dizer, porque existem dificuldades para dar cumprimento às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em se tratando de contratos de parceria público-privada, face ao prazo de duração destes contratos, que vai de cinco a trinta e cinco anos. As restrições previstas na citada lei são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. Lúcida a afirmativa segundo a qual:

[...] não há como o ordenador de despesa fazer estimativas que cubram todo o período do contrato, eis que as estimativas são feitas para o exercício em que a despesa for efetuada e os dois subsequentes, conforme o artigo 16 da LRF. Em razão disso, ou essa lei resultará descumprida, na medida em que empenhará orçamentos futuros, ou levará à rescisão dos contratos que venham a descumprí-la no decorrer de sua execução, com as consequências financeiras que toda rescisão extemporânea acarreta para o poder público.¹⁵³

¹⁵¹ Esse estudo deve conter: a conveniência e a oportunidade da contratação; o demonstrativo de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no §1º do art. 4º da LRF, havendo obrigação de que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, sejam compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e, quando for o caso, demonstrativo de que os limites e condições decorrentes da aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da LRF foram cumpridos.

¹⁵² Como lembra Vera Monteiro, apesar de o Plano Plurianual ser editado no primeiro ano do exercício do mandato – até agosto – para vigor até o primeiro ano do exercício do próximo mandato, ele não só pode, como deve, ser alterado por lei posterior, caso se decida abrir licitação para contrato de PPP cujo objeto não tenha sido incluído originariamente no PPA. Lembra, ainda, que a própria Constituição Federal, no artigo 167, §1º, determina que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual ou sem que lei autorize sua inclusão, sob pena de responsabilidade” (*Três anos da Lei de Parceria Público-Privada...*, cit.).

¹⁵³ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 173.

Caso o parceiro público venha a ser uma empresa estatal não dependente, não se aplica, por óbvias razões, a exigência de inclusão do objeto da PPP naquelas peças orçamentárias – PPA, LDO e LOA.

Outros limites fiscais foram impostos pela lei federal para a contratação de projetos de PPP, com dispositivos que, de alguma forma, trouxeram alguma tranquilidade aos críticos da possibilidade de as parcerias público-privadas propiciarem a irresponsabilidade fiscal¹⁵⁴.

No seu artigo 10, inciso I, alínea “b”, quando condiciona a abertura do processo licitatório para a contratação de parceria público-privada à autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na Lei Complementar nº 101/2000 – anexo referido no §1º do artigo 4º –, termina por sujeitar a contraprestação pública ao mecanismo denominado na experiência internacional de *pay as you go*, que é um mecanismo de controle sobre o fluxo de despesas do ente público já previsto nos artigos 15 a 17 da Lei Complementar acima mencionada¹⁵⁵. Em razão deste mecanismo, uma despesa nova somente poderá ser criada se for compensada pela redução de uma despesa existente ou pelo aumento da receita, sendo desimportante se a despesa criada/reduzida é de capital ou corrente¹⁵⁶.

Além das restrições diretamente aplicáveis à geração de despesas, também o controle sobre o endividamento, ou controle de estoque de dívida, vem a funcionar como complementação no exercício de controle sobre o equilíbrio fiscal da gestão pública. E a Lei Geral de PPP incorporou ambos os controles acima mencionados sobre o fluxo de despesa e sobre o endividamento: quanto ao primeiro, no seu art. 10, inciso I, alínea “b” e incisos II e IV, dispositivos que buscam assegurar a compensação financeira das despesas geradas nos contratos de parceria público-privadas; e quanto ao segundo, também no mesmo art. 10, inciso I, alínea “c”, que remete ao art. 25 da mesma

¹⁵⁴ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 23, referindo-se ao artigo 22 da Lei Geral de PPP.

¹⁵⁵ Essa técnica, incorporada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é herdada do direito norte-americano no qual se conhece o sistema do PAYGO, instituído pelo *Budget Enforcement Act*, de 1990-2002. Os procedimentos do PAYGO se aplicam às legislações sobre receitas e despesas obrigatórias.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e seu controle fiscal*. 1 fev. 2013. Lembra o autor que esse controle, na prática, tem pouca eficácia, porque nunca foi regulamentado e nunca foram desenvolvidos parâmetros rígidos para controle das reduções de despesas e criação de receitas para criação de novas despesas, daí porque o cumprimento das obrigações relativas ao sistema se tornou uma mera formalidade concretizada na declaração do ordenador da despesa.

Lei, que dispõe que a consolidação das contas públicas nas PPPs será disciplinada conforme as normas gerais editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN)¹⁵⁷.

No que diz respeito à União, especificamente no Capítulo VI, que contém disposições a ela aplicáveis, condicionou, no artigo 22, a realização de contratações de tal natureza ao fato de a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não ter excedido, no ano anterior, a um percentual da receita corrente líquida do exercício e de as despesas anuais dos contratos vigentes, nos dez anos subsequentes, não excederem a um percentual da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios¹⁵⁸. Mesmo considerando a dificuldade em se delimitar, no âmbito das PPPs, o montante das despesas de caráter continuado, somente possível de ser afastada – e nem sempre – no caso concreto, importante parece ser esta limitação. A regra se sobrepõe ao quadro regulatório acerca das limitações fiscais incidentes em PPP, tratando-se de disciplina relevante para a manutenção da saúde fiscal dos entes administrativos aptos à celebração de parcerias público-privadas¹⁵⁹.

As preocupações quanto à constitucionalidade formal desse dispositivo –, que traz normas de finanças públicas veiculadas por uma lei ordinária, o que afrontaria ao artigo 163, I, da Constituição Federal – pensamos contornadas, considerando-se que o artigo impõe uma autolimitação de gastos para a própria União, descaracterizando-o como uma norma de finanças públicas. Em sentido diverso a opinião de alguns doutrinadores que entendem não haver dúvida de que o dispositivo está eivado de inconstitucionalidade em face do artigo 163, I, da CF, que reserva à lei complementar a matéria de finanças públicas¹⁶⁰.

No que diz respeito aos Estados e Municípios – considerando a incompetência da União para editar, em lei ordinária, regras de finanças públicas a serem aplicadas à esfera de outros entes da federação –, o legislador federal, por via

¹⁵⁷ A STN editou, no exercício dessa competência, a Portaria nº 614/2006 que, no seu art. 4º, adotou o critério do risco como direcionador da contabilização dos ativos de uma PPP na contabilidade do parceiro público, semelhante ao da regulação européia feita pela Eurostat, porém mais restritiva, de um ponto de vista das limitações ao endividamento. Impõe a contabilização dos ativos e passivos da SPE na contabilidade do ente público sempre que o parceiro público assumir parcela relevante de qualquer das espécies de risco. As discussões sobre a inconstitucionalidade desta Portaria, por derivar do art. 25 da Lei de PPP, que não é uma lei complementar e, por esta razão, não poderia dispor sobre finanças públicas, podem certamente ser resolvidas pelo *princípio da interpretação conforme*, que levaria ao entendimento da sua constitucionalidade por derivar do §3º do art. 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101/2000.

¹⁵⁸ Artigo 22 da Lei nº 11.079/2004, que fixa o limite de 1% (hum por cento) para esses percentuais.

¹⁵⁹ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 282.

¹⁶⁰ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 398-399.

indireta, instituiu um limite fiscal para estas entidades estatais no que diz respeito à celebração de parcerias público-privadas, impondo obstáculo à concessão, pela União, de garantia e de realização de transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios que ultrapassassem este limite. Com um dispositivo de cunho sancionatório, de redação similar àquele destinado à própria União, vedou a concessão daqueles benefícios aos entes estatais que desobersassem os limites de gastos com PPPs, impostos no artigo 28 da Lei¹⁶¹.

Importante o registro no sentido de que, com relação a essa limitação de gastos com contratos de parcerias, efetivada através dos artigos 22 e 28 da Lei nº 11.079/2004, é sustentável a tese segundo a qual em não havendo aumento de despesas com algumas dessas contratações, mas mera substituição de gastos públicos, não haveria a incidência do limite previsto nesse diploma legal¹⁶².

Frente a esses dispositivos da Lei Geral de PPP – artigo 22 e artigo 28 – árdua questão surge para ser enfrentada, que diz respeito à contabilização das obrigações econômicas assumidas pelas entidades estatais com as parcerias público-privadas, como dívida pública ou como despesa corrente.

Como bem registra Maurício Portugal Ribeiro¹⁶³, na contabilidade pública, discute-se se a contraprestação deve ser classificada como despesa corrente ou como despesa de capital. E, quando caracterizada como despesa de capital, discute-se se ela consubstancia ou não dívida. Muito acertadamente afirma o autor que estas discussões vêm a propósito do contrato de PPP ser, por um lado, um contrato de prestação de serviços, o que apontaria para a classificação do pagamento público como despesa corrente, e, doutro lado, um contrato que envolve investimentos pelo parceiro privado

¹⁶¹ “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 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos últimos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”. (percentuais alterados para 5% com a Lei nº 12.766, de 2012) (A Lei nº 12.024, de 2009, excluiu epressamente desse limite as despesas com PPP realizadas pelas empresas estatais não dependentes).

¹⁶² CHADDAD, Maria Cecília Cury. A contratação de parceria público-privada no âmbito municipal. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 143.

¹⁶³ RIBEIRO, *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP...*, cit. Segundo o autor, com a quintaedição do Manual de Contabilidade Pública, na sua versão atual, não parece haver espaço para discussão que os pagamentos em PPPs serão considerados, em regra, despesas correntes, e só excepcionalmente, quando os bens forem consolidados no balanço do ente público, de acordo com os critérios previstos no Manual e na Portaria 614/06, é que a contraprestação será considerada amortização de dívida, que é uma despesa de capital.

em bens que reverterem depois ao patrimônio público, o que aponta para uma caracterização do pagamento como despesa de capital.

Essa questão teve o seu detalhamento transferido pela Lei de PPP – no seu artigo 25 – para a Secretaria do Tesouro Nacional¹⁶⁴, e se reveste de relevância em relação aos contratos cuja modelagem financeira deixe dúvidas e os situe em uma zona cinzenta entre o endividamento e as despesas correntes¹⁶⁵. Em qualificando como dívida – a assunção de riscos pelo parceiro público é o único critério escolhido pela normativa para a contabilização dos compromissos financeiros do parceiro público como tal –, faz incidir para tais contratos os limites de contratação definidos nos artigos 30 e 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁶⁶.

Propósitos fiscais podem influenciar, então, na prática da alocação de riscos em contratos de PPP, com vistas à administração do balanço do ente público¹⁶⁷.

Vale ser registrada a importância de uma adequada contabilização dos compromissos financeiros assumidos em contratos de parcerias público-privadas, lembrando que esta preocupação levou a Eurostat, agência responsável pelas estatísticas da Comunidade Europeia, a unificar e padronizar a contabilização dos compromissos financeiros envolvidos nestas parcerias¹⁶⁸, em uma tentativa de impor a obrigação dos Estados-membros de contabilizar os ativos de uma PPP como dívida do Poder Público sempre que este assumir riscos relevantes em um projeto de PPP¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Conforme já mencionado, a Portaria nº 614, de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional, estabeleceu normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP.

¹⁶⁵ Segundo Mauricio Portugal Ribeiro: “a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estipula dois tipos de controle para criação de despesas para a 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 aquisição de um ativo, deve ser classificado como dívida e submetido ao limite de dívida a às condições para contratar operações de crédito” (Parcerias Público-Privadas: a lei brasileira de PPP apud ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 22, nota de rodapé).

¹⁶⁶ Embora a competência para a fixação de limites globais de endividamento dos entes federativos seja do Senado Federal, a LRF estabeleceu alguns parâmetros para tanto (art. 30, §3º e 4º).

¹⁶⁷ Lembra Fernando Vernalha Guimarães, a advertência do Tesouro Inglês quanto a programas de PFI: “é relevante que autoridades não comprometam o *value-for-money* a partir da transferência de riscos desnecessariamente com vistas a obter um específico resultado em sua contabilização: riscos devem ser absorvidos pelas partes que sejam mais hábeis a administrá-los” (PPP – *Parceria Público-Privada...*, cit., p. 270).

¹⁶⁸ Segundo decisão de fevereiro de 2004, os compromissos financeiros, em princípio, poderão ser inscritos no balanço do parceiro privado, desde que ele assumo o risco de construção do projeto e, além disso, o risco de disponibilidade ou o risco da demanda, absorvendo parcela majoritária desses riscos (Apud GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 262-263).

¹⁶⁹ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 263.

Voltando às normas nacionais, os artigos 22 e 28 da Lei Geral de PPP trazem limites fiscais para a contratação dessas parcerias, o primeiro deles para a União e o seguinte para os entes federados¹⁷⁰. E quando a contraprestação se caracterizar como dívida – Portaria STN 614/2006; Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, Parte III – Procedimentos Contábeis Específicos, Aplicado à União, Estados e Distrito Federal e Municípios, válido para o exercício de 2011; Portaria STN 437/2012 – estará sujeita ao controle sobre a dívida e endividamento constante dos artigos 29 e seguintes da LRF.

Ainda quanto à contabilização dos gastos do Parceiro Público com PPPs, em apartado devem ser analisadas as alterações introduzidas na Lei nº 11.079/2004 pela Lei nº 12.766, de 2012 – que fez incluir no seu artigo 6º um parágrafo, numerado como 2º, tratando da possibilidade de o contrato prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, antes da disponibilização dos serviços.

Na compreensão de Maurício Ribeiro, levam essas alterações ao entendimento de que a classificação desse aporte na contabilidade pública deverá ocorrer como despesa de capital, na modalidade de auxílio de investimento, previsto no artigo 21, da Lei Federal nº 4.320/64. Sendo concomitante à realização do investimento pelo parceiro privado, não haveria de se falar em dívida, visto que, para ser caracterizada como tal, é necessário que haja a dilação entre a disponibilização de um bem para o Poder Público/usuário e o momento em que o Poder Público vier a pagar por este bem. O autor afirma, ainda, que, com relação aos controles fiscais, este aporte estará sujeito apenas ao mecanismo do *pay as you go*, não se lhe aplicando nem o controle sobre a dívida, previsto no artigo 29 e seguintes, da Lei de Responsabilidade Fiscal, nem o limite de despesas com PPP de 5%, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.079/2004, pois este limite incide sobre despesas correntes e não de capital.¹⁷¹

Também quando o aporte público for realizado após a disponibilização dos serviços, defende que deveria ser classificado, em tese, também como despesa de capital, “porque o aporte público, independente do momento do seu pagamento, por lei, está vinculado a investimentos em bens reversíveis, que são, por excelência, despesas de

¹⁷⁰ Esse limite, antes de 1%, 3%, hoje é de 5% para as entidades federadas que não a União, em razão da alteração feita pela Lei nº 12.766, de 2012.

¹⁷¹ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit.

capital”¹⁷², cabendo à Secretaria do Tesouro Nacional estabelecer as regras para a contabilização do aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado, previsto no artigo 6º, §2º, da Lei Geral de PPP.

Ainda com relação ao controle fiscal das PPPs, vale mencionar a exigência de autorização legislativa específica para a celebração de concessões patrocinadas nas quais mais de 70% da remuneração¹⁷³ do parceiro privado for paga pela Administração Pública¹⁷⁴. Com o escopo de preservar as finanças públicas, restringe o dispositivo legal a discricionariedade administrativa quanto ao comprometimento de recursos e bens em patamares expressivos e por longo prazo criando uma corresponsabilidade do Poder Legislativo com tal decisão¹⁷⁵.

Trazidas essas questões e apontados os dispositivos legais que impõem limites fiscais na contratação de PPPs, fica demonstrado que a Lei nº 11.079/2004, inicialmente¹⁷⁶, se cercou dos cuidados possíveis com a responsabilidade fiscal na contratação das parcerias tratadas no seu texto, fato, porém, que não tem a força de elidir todos os desvios possíveis nestas contratações. A vedação da aplicação do regime das parcerias aos contratos com valores inferiores a vinte milhões de reais cujos períodos de prestação de serviço sejam inferiores a cinco anos ou que tenham como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública¹⁷⁷ restringe a utilização da modelagem das PPPs para outros ajustes, que devem ser contratados sem o financiamento de privados.

Se os “remédios” impostos na Lei Geral de PPP serão eficazes no combate ao desequilíbrio das finanças públicas, no controle fiscal desse novo modelo de contratação pública, essa eficácia ainda está a ser testada.

¹⁷² GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit.

¹⁷³ Com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.766/2012 surgem dúvidas sobre se os aportes de recursos em favor do parceiro privado devem ser considerados como parte dessa remuneração, eis que antes da edição desta lei qualquer parcela repassada pelo poder público tinha essa denominação genérica. Hoje, certamente, o entendimento será diverso, sob o argumento de que são subsídios ou subvenções e não remuneração. Menos limitação fiscal decorreria, então, deste entendimento

¹⁷⁴ Artigo 10 da Lei Nacional de PPP.

¹⁷⁵ GUIMARÃES, op. cit., p. 287. “A exigência de lei prévia limita a autonomia administrativa e assegura a corresponsabilidade do Poder Legislativo (impondo a chancela popular) acerca de decisão que autorize a participação econômica do Estado em compromisso dessa magnitude”.

¹⁷⁶ Dizemos inicialmente, porque entendemos que as alterações ocorridas nos limites impostos no seu artigo 28, quanto ao comprometimento dos Estados, Distrito Federal e Municípios com despesas derivadas do conjunto das parcerias já contratadas, somadas à previsão da possibilidade do aporte de recursos ao parceiro privado antes da disponibilização dos serviços – do §2º do artigo 6º da Lei de PPP, introduzido pela Lei nº 12.766/2012 – importam em redução das cautelas, também inicialmente adotadas pelo legislador, quanto à celebração de PPPs e ao comprometimento de receitas públicas em contratos dessa natureza.

¹⁷⁷ Artigo 2º, § 4º, incisos I, II e III, da Lei de PPPs.

7 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

7.1 UNIÃO: COMPETÊNCIA PARA EDITAR NORMAS GERAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 22, inciso XXVII, atribui competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas das entidades da federação como um todo, remetendo ao artigo 173, §1º, III, as especificidades relativas às empresas estatais.

A faculdade que o Direito Positivo tem de dispor sobre sua própria criação faz da norma referida uma regra de estrutura, também rotulada de regra de organização ou competência¹⁷⁸, verdadeira sobrenorma, na medida em que põe outra norma como seu próprio conteúdo empírico e, do ângulo subjetivo, na medida em que faz de uma pessoa jurídica de base territorial uma fonte derivada de produção normativa sobre o mesmo tema¹⁷⁹.

No exercício dessa competência¹⁸⁰, veio a União a editar a Lei nº 11.079, em 30 de dezembro de 2004, após intensas discussões no Congresso Nacional no que diz respeito ao tema nela tratado. As parcerias público-privadas, como modalidades de concessão, receberam o devido disciplinamento na lei editada após diversos diplomas legais que implementaram a reforma do Estado Brasileiro, com as privatizações e o encolhimento da Administração Pública como um todo.

Não sendo as PPPs matéria de direito financeiro – eis que este diz respeito à organização financeira do Estado propriamente dita, apesar da celebração e da execução do contrato estar sujeita à fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado –,

¹⁷⁸ Norberto Bobbio escreve que “Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas” (Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Polis, 1990, p. 33, apud BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997, p. 15).

¹⁷⁹ BRITTO, *O perfil constitucional da licitação...*, cit., p. 15.

¹⁸⁰ “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; [...]”.

despiciendo tivesse esta lei o status de lei complementar¹⁸¹. Pela mesma razão, tem-se que não decorre ela da competência legislativa fixada no artigo 24, inciso I, da mesma Constituição.

Da competência da União para editar “normas gerais” de licitações e contratações públicas surge uma primeira reflexão sobre o tema que é, por demais, pertinente. Na medida em que é uma competência limitada, remanesce para os demais entes federados espaço para cuidar também da matéria, para disciplinar licitações e contratações de parcerias público-privadas, e esta competência já foi efetivamente exercida por grande parte dos Estados-membros e por inúmeros municípios.

Comentários derredor do conteúdo desse dispositivo constitucional lembram, porém, que essa competência privativa da União traz uma incoerência técnica do texto da própria Lei Maior, que contraria o sentido da descentralização que deveria nortear a Federação brasileira, na medida em que Direito Administrativo é matéria de competência legislativa própria de cada ente da Federação¹⁸².

Afastada essa questão, que em nada influencia o estudo do tema, restaria a preocupação de identificar, nos textos dos diplomas que tratam de licitações e contratações públicas – Lei nº 8.666/93; Lei nº 8.987/95; Lei nº 9.074/95, e, agora, especialmente na Lei nº 11.079/2004 –, quais dispositivos teriam o conteúdo de norma geral e seriam, em razão disto, de observância obrigatória pelos demais entes federados, preocupação que tem feito ilustres doutrinadores se debruçarem sobre o assunto.

Ao iniciar o estudo do tema, Marçal Justen Filho assim se pronuncia:

A interpretação da fórmula ‘normas gerais’ tem de considerar, em primeiro lugar, a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é privativa da União. Se a competência

¹⁸¹ Como registra Vera Monteiro: “PPP não é matéria de direito financeiro, pois não envolve a atividade financeira do Estado. Não há dúvidas que, sendo espécie de contrato de concessão, por meio do qual o Poder Público assume compromissos financeiros futuros, sua celebração e execução está sujeita à fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado. Mas não se trata de tema reacionado à organização financeira do Estado, propriamente dita. É claríssimo o vínculo do direito financeiro com o direito tributário, que se preocupa com o ingresso de receitas públicas e sua despesa, sendo ainda mais evidente seu vínculo com o direito administrativo, seja na forma como os títulos se constituem em dívida ativa, ou como o Estado deve se organizar para fazer frente às obrigações pecuniárias assumidas pela execução de suas funções. Mas a confusão que pode haver entre os ramos do direito não deve contaminar a correta interpretação constitucional. Lei que cria nova espécie de contrato público para a prestação de serviços não precisa ter o status de lei complementar” (*Três anos da Lei de Parceria Público-Privada...*, cit., p. 232, nota de rodapé 6).

¹⁸² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. PPP – Execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Parceria Público-Privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 98-99 e notas de rodapé 7 e 8.

legislativa para disciplinar licitação e contratação administrativa fosse exclusiva da União, a CF de 1988 não teria aludido a ‘normas gerais’ e teria adotado cláusulas similares às previstas para Direito Civil, Comercial, Penal, etc. [...]. A vontade constitucional, portanto, é de ressaltar a competência dos demais entes federais para disciplinar a mesma matéria.¹⁸³

Normas gerais protegem princípios que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo, “são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão”¹⁸⁴.

Exercendo a União uma competência legislativa limitada, como já fixado, remanesce para as demais entidades da federação competência para editar normas específicas, eis que configuram as normas gerais aquelas de amplitude nacional, a demandar aplicabilidade federativamente uniforme ou homogênea sem, contudo, fechar a possibilidade de regramento sucessivo pelos Estados, Distrito Federal e Municípios¹⁸⁵.

Refletindo sobre o conteúdo normas gerais, pode-se afirmar que estas são regras que estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos sem se imiscuírem no âmbito de competências dos outros entes federativos¹⁸⁶. São normas gerais aquelas que possam tornar factível e pacífica a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição¹⁸⁷.

As dificuldades, em concreto, para apontar quais normas poderiam ser assim qualificadas, decorrentes da indefinição, na doutrina e na jurisprudência, de um conceito preciso de “normas gerais”, levam à adoção, por alguns, de um critério de exclusão, com o entendimento de que toda norma que não for específica é geral¹⁸⁸.

Ao lado do artigo constitucional já mencionado – artigo 22, XXVII –, que abre espaço para o exercício da competência suplementar dos demais entes federados, também o artigo 175, parágrafo único, da Lei Maior prevê a elaboração de lei que venha

¹⁸³ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 13.

¹⁸⁴ *Revista de Direito Público*, n. 15, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 284.

¹⁸⁵ BRITTO, *O perfil constitucional da licitação...*, cit., p. 17.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 447.

¹⁸⁷ BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 45-46. Ainda com a doutrinadora: “São normas gerais diretrizes para legislar, comandos dirigidos para o legislador local, para que este as tenha como orientação, no exercício de sua competência inafatável. Normas que detalham, minudenciam, todos os aspectos de uma questão, nada deixando à imaginação do legislador local para que crie direito, atendendo às suas peculiaridades, às exigências diversificadas pelos múltiplos interesses públicos a atender, no uso da sua competência constitucional, seguramente não são normas gerais”.

¹⁸⁸ CHADDAD, *A contratação de parceria público-privada no âmbito municipal...*, cit., p. 136,137, nota de rodapé.

a dispor sobre a concessão e permissão de serviço público. Não exigiu o dispositivo que se tratasse de lei federal, o que permite concluir que cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a tema.

Da conjugação desses dois dispositivos, a conclusão de que a competência legislativa relativa, especificamente, às concessões e permissões, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares¹⁸⁹.

Ao editar a União a Lei nº 11.079/2004 – que, em verdade, não é uma lei geral de parcerias entre Poder Público e privado, mas, sim, um diploma que instituiu duas espécies de parcerias – assim como as Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95 – instituindo “normas gerais” sobre concessões e permissões – veio ela a exercer uma competência legislativa limitada, como é por demais sabido. Têm estes diplomas conteúdo de lei nacional e também de lei federal, pois, ao mesmo tempo em que traçam normas gerais, também disciplinam condutas referentes à União e à sua Administração Pública.

Merece, então, destaque o fato de que as legislações estadual e municipal somente devem vassalagem às normas gerais dessas leis de aplicação nacional, tendo as demais como destinatária a Administração Pública Federal.

Em síntese, no exercício dessa competência, as entidades estatais têm ampla margem de escolha para estruturar o melhor modelo contratual para o caso concreto. O que não for expressamente contrário às normas gerais se reputa autorizado, com base nos elementos presentes no regime geral dos contratos acolhidos em nosso Direito, independentemente de norma local, o que conduz ao reconhecimento da importância do instrumento contratual¹⁹⁰.

Os Estados-membros e municípios, ao editarem normas específicas e particularizantes, detalham essas normas gerais de modo que sejam elas aplicadas em seus respectivos âmbitos políticos. As leis editadas pelos Estados-Membros e Municípios sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas devem obediência a essas normas gerais editadas pela União¹⁹¹.

¹⁸⁹ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 70.

¹⁹⁰ MONTEIRO, *Legislação de parceria público-privada no Brasil: competência legislativa...*, cit., p. 109.

¹⁹¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 24, §§3º 3 4º: “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”; [...] “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

As fortes críticas da doutrina nacional derredor da atecnia da Lei nº 8.666/93, que misturou dispositivos com conteúdo de norma geral com outros que, pela matéria tratada, seriam somente aplicáveis à União – fato que veio a gerar ação direta de inconstitucionalidade proposta por Estado-Membro, por invasão de suas competências constitucionais¹⁹² –, provocaram a edição de um diploma legal para tratar das parcerias público-privadas com melhor técnica. Nele veio, finalmente, o legislador a separar os dispositivos somente aplicáveis à União – Capítulo VI, artigos 14 a 22 – daqueles com conteúdo de norma geral, de obediência obrigatória pelos demais entes da federação – Capítulos de I a V, artigos do 1º a 13. As Disposições Finais tratam de assuntos diversos e nelas alguns artigos disciplinam questões de âmbito federal – arts. 23, 24, 25, 27, 28.

Com relação a alguns dos dispositivos tratados como “norma geral”, não são poucos os doutrinadores que vêm questionando, por exemplo, a aplicabilidade para os Estados e Municípios dos artigos da lei que tratam do valor mínimo¹⁹³ e dos prazos, mínimo e máximo, dos contratos de PPP, por estabelecerem detalhes de prazo e de valor que não se coadunam com a natureza de normas gerais¹⁹⁴.

Desprezados esses últimos questionamentos, parece pacificada a questão do âmbito de aplicação das normas no que diz respeito à Lei nº 11.079/2004.

Entre os doutrinadores pátrios, porém, ainda subsistem dúvidas frente a diversos dispositivos das outras leis federais acima mencionadas. Certo é que, no que diz respeito às normas específicas, especiais, sobre licitações e contratações públicas, quando provenientes do legislador federal estas só devem obrigar a própria União.

¹⁹² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, promovida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Nesta ação tentou-se definir a extensão do conceito de “normas gerais”.

¹⁹³ Como lembra Marcos Juruena Vilella Souto, a fixação de um limite mínimo foi baseado na legislação de Portugal (DL nº 86/2003, artigo 2º, 5, d), que é um Estado Unitário. (*Direito Administrativo das Concessões...*, cit., p. 36).

¹⁹⁴ Alexandre Santos de Aragão assim se pronuncia com relação àqueles que arguem que o valor de vinte 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” (*As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 18, nota de rodapé); Marcos Juruena Vilella Souto lembra que, para os investimentos de maior porte, os Municípios terão que fazer uso de consórcios públicos da Lei nº 11.107, de abril de 2005, e, a partir da celebração de tais ajustes, fazerem surgir os contratos de programa, mediante dispensa de licitação quando firmados com empresas sob controle acionário estatal e submetidos a regulamentos e modelos federais, quando utilizados recursos repassados pela União Federal (*Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36-37).

Quanto ao que seriam normas específicas e especiais, persistem as dificuldades na sua identificação.

Porém, a tentativa de subjugar as demais pessoas público-políticas encontra veemente rechaço na vontade objetiva da Constituição, pois a autonomia das pessoas periféricas passa, indeclinavelmente, pela autolegislação em tema de normas específicas sobre licitação¹⁹⁵.

¹⁹⁵ BRITTO, *O perfil constitucional da licitação...*, cit., p. 45.

8 ANÁLISE DA LEI NACIONAL DE PPP FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Exatamente em função do vínculo de vassalagem entre a legislação ordinária sobre licitações e contratações públicas e o conteúdo que lhe impõe a Magna Carta Federal¹⁹⁶, merece exame o texto da Lei de PPP à luz não só daqueles dispositivos que tratam de licitações e contratações públicas, mas de outros tantos do texto constitucional que se impõe sejam observados pelo legislador ordinário.

É o que se propõe neste pedaço.

Uma suposta inconstitucionalidade da Lei das PPPs sob o argumento de afronta a diversos dispositivos da Lei Maior federal – artigos 175; 100; 163, I e III; 165 a 169, estes atinentes às finanças públicas – será aqui enfrentada e serão declinados os argumentos daqueles que entendem ser a referida lei contrária a ditames da Magna Carta e daqueles que defendem a sua constitucionalidade.

8.1 FRENTE AO ARTIGO 175 DA CF

Eis a redação do artigo 175 da Constituição: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre: [...] III – política tarifária; [...]”.

Duas questões emergem do dispositivo constitucional transcrito que devem ser analisadas. A primeira diz respeito à própria constitucionalidade da Lei federal de PPP; a outra, à necessidade de lei autorizativa para a realização de concessões.

Primeiramente, vale mencionar que alguns entendem que o dispositivo tão somente permite a pactuação de concessões comuns, importando em uma vedação às concessões patrocinadas e administrativas. O referir-se à política tarifária não serviria de fundamento para as concessões administrativas com relação às quais a totalidade da remuneração é paga pelo Poder Concedente. Pelas mesmas razões, entendem que a referência à política tarifária afastaria, também, a fundamentação, nesse dispositivo constitucional, das concessões patrocinadas, em face do aporte de recursos, pelo Poder Concedente, nestas concessões. Para outros, subsistem dúvidas constitucionais quanto à

¹⁹⁶ BRITTO, *O perfil constitucional da licitação...*, cit., p. 13.

admissibilidade de concessões, total ou parcialmente, subsidiadas pelo Estado, eis que interpretam que o artigo 175 da Lei Maior admite apenas as concessões que sejam remuneradas totalmente por tarifas pagas pelos usuários.

A defesa da posição segundo a qual conflito algum existe entre as novas hipóteses de concessão, trazidas pela Lei Geral de PPP, e o texto constitucional – artigo 175 da Lei Maior – encontra renomados autores¹⁹⁷. Aqueles que esposam este entendimento o fazem sob o argumento de que não se pode extrair da Constituição Federal, quando alude à política tarifária, a imposição da obrigatoriedade de cobrança de tarifas pela prestação de serviços públicos, afirmando que o artigo 175 da CF não diz que somente podem ser delegados por concessão serviços públicos de natureza industrial e divisível, que, para se ter uma concessão, há que se ter remuneração exclusivamente por tarifas pagas pelos usuários¹⁹⁸ nem que deve haver na lei um único regime de concessão¹⁹⁹.

A outra questão trata da interpretação da expressão “na forma da lei” contida no dispositivo constitucional que, de diversas maneiras, em diversos sentidos, foi entendida pela doutrina pátria. A divergência acerca do sentido que se deve dar a esta expressão é manifesta. Parte da doutrina sustenta que, quando a Lei Maior federal impõe a necessidade da existência de uma lei, o fato de existir uma norma genérica, como a Lei Geral de Concessões ou a Lei de PPP, vem atender à exigência constitucional e que a exigência de prévia autorização legislativa para a outorga da concessão, para que o Executivo pratique atos ou celebre contratos que se inserem dentro das funções tipicamente administrativas, constitui um ato de controle prévio de um Poder sobre o outro, somente admissível nos casos previstos na Constituição²⁰⁰.

¹⁹⁷ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 76.

¹⁹⁸ Aliás, mesmo antes da vigência da Lei de PPPs, a possibilidade do Poder Concedente subsidiar e complementar as tarifas já era entendida pela doutrina, a despeito de ter ocorrido veto ao artigo 24 da Lei nº 8.987/95, que já previa uma modalidade de concessão que poderia ser denominada de patrocinada. Eis a redação do artigo vetado: “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 de concessão”. Marçal Justen Filho já sustentava que a Lei nº 8.987/95 não pretendia impedir a realização de valores consagrados constitucionalmente e que a temática da colaboração estatal para a remuneração do concessionário tinha que ser interpretada em face desses princípios constitucionais, entendendo-se vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado ao concessionário. (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público...*, cit., p. 93).

¹⁹⁹ MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 24-25.

²⁰⁰ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública: concessão...*, cit., p. 71.

São muitos, porém, aqueles que dela extraem o comando segundo o qual não se há de falar em delegação de serviço público a um concessionário sem que lei prévia autorize esta medida, e estes possuem argumentos por demais convincentes.

Indo ao direito comparado, encontra-se o entendimento de que a concessão de serviços públicos está sujeita ao princípio da precedência da lei pelo que, na ausência de uma disposição com este valor, que atribua ao titular do serviço público a competência para concedê-la, a concessão não é possível. O princípio da legalidade viria a cumprir, neste caso, uma função institucional, “legitimando” a concessão enquanto ato organizatório da Administração pública. A possibilidade de a lei conferir à entidade administrativa uma habilitação genérica para efetuar concessões de serviços públicos dos quais seja ela titular não é, porém, descartada²⁰¹.

Na doutrina pátria, a conclusão segundo a qual compete ao legislador, ou seja, à lei, definir a possibilidade da concessão de serviços públicos tem defesa, assim como também tem defesa a posição no sentido de que a lei autorizativa não deverá ser editada, necessariamente, para cada serviço público a ser objeto de concessão²⁰². Importando a concessão em uma transferência ou deslocamento de uma tarefa pública, de um serviço público a um particular e se foi o legislador que definiu este serviço como de titularidade do poder público, a ele, ao legislador, compete autorizar a transferência da sua execução para o particular concessionário, ou seja, a transferência de incumbência da Administração a terceiros²⁰³.

Se a Lei Geral de Concessões – Lei nº 8.987/95 – silenciou sobre a necessidade de manifestação da vontade do legislador deflagradora da delegação do serviço, a Lei nº 9.074/95, com preocupação no que diz respeito à instituição de novas concessões, exigiu expressamente a edição de lei autorizadora e disciplinadora das

²⁰¹ GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos...*, cit., p. 110; 111.

²⁰² Segundo Mariana Campos de Souza: “Em que pese todas as interpretações mencionadas encontrarem fundamentos consistentes, numa posição mais conservadora, seria forçoso adotar-se a última interpretação apresentada, levando em conta, principalmente, o que dispõe a Lei nº 9.074/95, que traz idéia reforçada pela Lei nº 11.445/07 (ao menos, no âmbito do saneamento básico). Até mesmo porque, na vida prática, a delegação de serviços públicos à iniciativa privada, seja por qual modalidade for, gera controvérsia entre os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e, até mesmo entre os próprios municípios” (*As Parcerias Público-Privadas à luz do artigo 175 da Constituição Federal...*, cit., p. 161).

²⁰³ Carmen Lúcia Antunes Rocha, tratando da questão em obra de sua autoria: “É condição preliminar para que qualquer daqueles dois institutos possa ser utilizado pelas entidades públicas políticas que se assegure previamente a lei autorizativa da delegação, na qual explicita o objeto, as características, as condições, enfim, ‘lhes fixe os termos’ na fórmula legalmente autorizada” (*Estudos sobre concessões e permissões de serviço público no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120).

condições de delegação do serviço, fazendo, porém, as ressalvas que se faziam necessárias.

Esse último diploma, no que diz respeito às concessões já referidas na Constituição Federal – artigo 21, incisos XI e XII; artigo 25, §2º e artigo 30, inciso V –, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e, também, nos casos de saneamento básico e limpeza urbana, ou seja, em situações já definidas no ordenamento jurídico pátrio, previu a dispensa de lei autorizativa²⁰⁴.

Segundo defendem renomados doutrinadores²⁰⁵ e ressalvados os serviços já citados, qualquer novo serviço que as entidades estatais pretendam delegar por meio da concessão ou da permissão dependerá da prévia manifestação de vontade do legislador. Nesta linha de entendimento, a promulgação de lei específica autorizando as contratações de parcerias público-privadas pelos entes federados vem a ser afirmada por muitos²⁰⁶.

Parece-nos acertada a opinião já anteriormente exposta que defende a necessidade de autorização legislativa para a delegação, aos privados, da execução de serviços públicos. Neste sentido, acreditamos que os diplomas estaduais e municipais de PPP, ao elencarem as atividades e serviços que podem ser objeto destas parcerias, implementam a exigência de prévia autorização legislativa.

Com base nessa orientação, pode-se chegar à conclusão de que, para a celebração de uma concessão patrocinada – que abrange a concessão como delegação de serviços públicos pelo ente federado, titular de tais serviços, ao concessionário privado –, sempre há de existir uma prévia autorização legislativa, seja previsão na Constituição Federal, na Constituição do Estado, na Lei Orgânica, na lei local de PPPs ou em outro diploma legal, autorizando, especificamente, o trespasse daquele serviço a ser delegado.

²⁰⁴ Artigo 2º da Lei nº 9.074, de 1995.

²⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 311.

²⁰⁶ CHADDAD, *A contratação de parceria público-privada no âmbito municipal...*, cit., p. 144. Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma que: “A análise do art. 175, caput, propicia fortes indícios da impossibilidade de outorga de concessões e permissões sem autorização legislativa [...] A decisão de transferir a gestão do serviço para particulares envolve, portanto, interesses muito relevantes e de natureza transcendente. Não se trata de decisão inserida na órbita de competência do Poder Executivo. Depende do exame, aprovação e regulamentação do Poder Legislativo, por meio de cuja manifestação retrata-se a concordância do povo à alternativa adotada [...] Não é possível, portanto, admitir que a outorga de concessões e permissões de serviços públicos derive exclusivamente de ato administrativo, sem prévia autorização e regulação em lei. Interpretação distinta distorce a estrutura fundamental do Estado brasileiro e torna vazia a regra do art. 175 da Constituição” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público...*, cit., p. 175-176).

Na hipótese de celebração de uma concessão administrativa que tenha como objeto a prestação de serviços à própria Administração Pública – Administração Pública, ou seus servidores, como usuária direta dos serviços –, não haveria que se falar em delegação de serviço público. Então, desnecessária se faz a edição de lei autorizando tal medida por não estar ela sujeita às regras do artigo 175 da Constituição Federal²⁰⁷.

Casa tenha a concessão administrativa como objeto a prestação de serviços públicos com a sua delegação à iniciativa privada, o entendimento segundo o qual se faz necessária, para a delegação, a lei autorizativa prévia tem pertinência²⁰⁸. No caso de serviços de saúde pública, o próprio artigo 197 da Constituição Federal já autoriza esta delegação²⁰⁹.

8.2 FRENTE AO ARTIGO 163, I, DA CF

Eis a redação desse dispositivo da Constituição: “Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas; [...]”.

Como lei ordinária que é, questionam alguns sobre a constitucionalidade formal da Lei nº 11.079/2004, por entenderem que esta versa, também, sobre finanças públicas. Os seus artigos 22, 25 e 28 são alvo destes questionamentos.

Como já anteriormente mencionado, porém, e especificamente com relação ao artigo 22, que limita os gastos com parcerias público-privadas, tem-se que, dirigindo-se este dispositivo apenas à União Federal, como uma autolimitação de gastos, descaracterizar-se-ia como norma de finanças públicas, pelo que ficaria afastada a alegação de sua inconstitucionalidade formal por não se tratar de lei complementar. Em sentido diverso o entendimento segundo o qual o citado dispositivo está eivado de inconstitucionalidade, em face do artigo 163, I, da Constituição Federal, que reserva a lei complementar a matéria de finanças públicas²¹⁰.

²⁰⁷ SOUZA, *As Parcerias Público-Privadas à luz do artigo 175 da Constituição Federal...*, cit, p. 164.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 164.

²⁰⁹ Conforme já mencionado, defendemos essa posição em artigo denominado “Seleção de Organizações Sociais para Contratação de Serviços na Área de Saúde, Educação e Cultura”, publicado na Revista de Licitações e Contratos –ILC, ano XV, n. 178, dez/2008, p. 1211. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, em agosto de 2008, Salvador, Bahia.

²¹⁰ Na opinião de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “Não nos parece haver dúvida de que o dispositivo está eivado de inconstitucionalidade, em face do art. 163, I, da CF, que reserva à lei complementar a matéria de finanças públicas. Não seria, portanto, despropositado que um Governo no âmbito da União que pretendesse exercer o limite de 1% da RCL com despesas de PPPs viesse a questionar a constitucionalidade da imposição à Administração Pública Federal de tal limite por lei

Com o escopo de limitar, também, os gastos de Estados, Distrito Federal e Municípios com contratos de parceria público-privadas, sem incorrer em inconstitucionalidade da mesma natureza frente ao dispositivo constitucional transcrito, porque não detentora do *status* de lei complementar, a **Lei de PPP em seu artigo 28** trouxe uma solução que muitos entendem compatibilizar-se com a Lei Maior federal, importando, como já visto anteriormente, em um antídoto contra um risco fiscal das PPPs. Ao dispor que a concessão voluntária de garantias e a realização de transferências voluntárias de recursos por parte da União aos demais entes da Federação ficariam condicionadas a que as suas PPPs cumprissem o limite de gastos nele imposto²¹¹, buscou este dispositivo proteger o equilíbrio fiscal global do conjunto das atividades do ente federado, impondo as “penalidades” do não repasse ou da não concessão de garantia.

Esse dispositivo não veda aos Estados e Municípios a celebração dessas parcerias, na hipótese de terem superado os limites de despesas nele fixados, mas, apenas, impõe uma sanção para tais hipóteses. Se houvesse ocorrido esta vedação, aí sim, padeceria de inconstitucionalidade o dispositivo.

Na opinião de alguns doutrinadores²¹², porém, de constitucionalidade questionável seria o artigo 28 acima citado, na esteira do entendimento de que cuida o mesmo de direito financeiro – posto que traz regras que limitam o endividamento – cuja norma, para ser válida, deveria vir instituída por meio de lei complementar, nos termos do artigo 192 da Constituição Federal. Outros afirmam tratar este artigo de um típico caso de inconstitucionalidade por desvio de finalidade legislativa no qual um meio constitucional é utilizado para obter uma finalidade inconstitucional²¹³.

Ainda com relação a essa limitação de gastos com contratos de parcerias efetivada através dos artigos 22 e 28 da Lei nº 11.079/2004 e, conforme já

ordinária” (*Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 398-399).

²¹¹ Originariamente, esse limite foi fixado em 1% (um por cento), alterado posteriormente para 3% (três por cento) pela Lei nº 12.024, de 2009, e para 5% (cinco por cento) pela Lei nº 12.766, de 2012.

²¹² MONTEIRO, *Legislação de parceria público-privada no Brasil: aspectos fiscais...*, cit., p. 107: “O questionamento principal, no entanto, está na constitucionalidade do art. 28, mencionado, naquilo que diz respeito ao poder que tem a União Federal com relação aos repasses das chamadas “transferências voluntárias”. Será possível a criação de regra que imponha obrigações aos entes federados cujo descumprimento tenha como efeito a não-concessão de garantias e a não-realização das transferências voluntárias?”. e CHADDAD, *A contratação de parceria público-privada no âmbito municipal...*, cit., p. 142: “Assim, considerando que o artigo 28 da Lei de PPP traz regras que limitam o endividamento, essa norma deveria ser veiculada por lei complementar, e não por lei ordinária”.

²¹³ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Controles Fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios* [Online]. 2 set. 2012.

anteriormente mencionado, é sustentável o entendimento segundo o qual, em não havendo aumento de despesas com algumas destas contratações, mas mera substituição de gastos públicos, não haveria a incidência do limite previsto no diploma legal.

Dispõe o **artigo 25 da Lei de PPP** que a Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privadas.

Esse dispositivo vem sendo, também, alvo de críticas de alguns que entendem que, tendo qualidade de norma de finanças públicas, teria este que ser objeto de lei complementar, na forma prevista na Constituição Federal, no seu artigo 163, incisos I e II. Ao pretender impor disciplina sobre a consolidação das contas públicas em contratos de parceria público-privada, ultrapassaria a competência outorgada à União, no artigo 22, inciso XXVII, para a edição de normas gerais de licitação e contratação pública. É matéria de lei complementar aquela que diz respeito às finanças públicas e à disciplina da dívida pública.

A compatibilização desse artigo 25 com a Lei Maior Federal passaria, então, pela compreensão de ter o mesmo cunho meramente declaratório, vez que emite comando já anteriormente prescrito pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 –, esta de natureza complementar. Se a Secretaria do Tesouro Nacional já tem competência para editar regulamentos sobre finanças e dívida pública, em face do artigo 50, §3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal a inexistência do artigo 25 da Lei de PPP não suprimiria a competência do órgão acima citado, sequer desampararia a Portaria nº 614/2006, que tem fixada sua raiz legal naquela Lei Complementar²¹⁴.

Enfim, e pelo que foi acima exposto, pertinente é o entendimento segundo o qual a Lei Geral de PPP não fere as regras de direito financeiro previstas na Constituição, eis que não existe contrariedade entre elas e a sistemática dos orçamentos públicos, na exata medida em que os recursos necessários para fazer frente à remuneração total, na concessão administrativa, e parcial, na concessão patrocinada, deverão, por óbvio, constar da lei orçamentária, nos termos previstos no artigo 165 da Lei Maior Federal ²¹⁵.

²¹⁴ GUIMARÃES, *PPP – Parceria Público-Privada...*, cit., p. 274.

²¹⁵ MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 28. “Neste sentido a Lei nº 11.079/04 teve suficiente preocupação com a higidez fiscal dos contratos de PPP prevendo no art. 10, inciso I, “b” e “c”, II, III, IV e V, regras bastante rigorosas para assegurar que os gastos projetados com uma PPP estejam aderentes aos orçamentos públicos”.

8.3 FRENTE AO ARTIGO 163, III, DA CF

Eis a redação desse dispositivo da Constituição: “Lei complementar disporá sobre: [...]; III – concessão de garantias por entidades públicas; [...]”.

O **artigo 8º da Lei geral de PPPs, no “caput” e em seus incisos**, trata das garantias a serem ofertadas aos parceiros privados com relação às obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de parceria público-privada²¹⁶ e elenca as várias garantias passíveis de serem ofertadas, em uma enumeração que reserva à lei a definição de outros mecanismos de garantia.

Até a edição dessa lei, e sob a égide da Lei nº 8.987, de 1995, a falta de uma estrutura de garantia sólida que mitigasse o risco de crédito do Estado era o maior obstáculo à contratação de concessões de serviços públicos que demandassem subsídios por parte do Poder Concedente. Com o artigo 8º da Lei de PPP e com os sistemas de garantias nele previstos, foram as PPPs retiradas de um mundo ideal, o dos papéis, em que tudo funciona à perfeição, e trazidas para a realidade brasileira, tornando possível a sua realização em nosso contexto²¹⁷.

Considerando não ter a Lei nº 11.079, de 2004, o *status* de lei complementar, vozes **se levantam contra a constitucionalidade do seu artigo 8º. Um vício de forma** o inquinaria, segundo alguns, de invalidade.

Em defesa da sua constitucionalidade, o entendimento de que as garantias previstas no artigo em comento podem ser consideradas como já referidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar nº 101/00, especialmente pelo seu artigo 40²¹⁸ e o argumento que defende que somente precisam ser veiculadas por lei complementar normas que, além de tratarem da concessão de garantias, tenham por finalidade assegurar a responsabilidade fiscal, podendo as demais regras de concessão

²¹⁶ Elenca o citado dispositivo: a vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição; a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; a garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e outros mecanismos admitidos em lei.

²¹⁷ SCHIRATO, *Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 147, NR 4.

²¹⁸ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 25, nota de rodapé 51. Dispõe o referido artigo: “Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do artigo 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal”.

de garantias ser implementadas por meio de legislação ordinária²¹⁹. Neste entendimento, tem a União prestado e honrado garantias com fundamento em legislação sem natureza de lei complementar, exceto pelo artigo 40 da LRF, sem que se tenha levantado questionamento sobre a constitucionalidade destas operações²²⁰.

A função do artigo 8º da Lei de PPP é de sistematizar e exemplificar diferentes meios pelos quais poderão ser prestadas garantias, sem prescindir da lei específica para a criação de fundos, de empresas estatais garantidoras ou para a vinculação de receitas²²¹.

Especificamente quanto à previsão de vinculação de receitas – **artigo 8º, inciso I**, com a remissão à vedação constitucional da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa²²² –, vale observar que doutrinadores de renome defendem que receitas públicas não seriam passíveis de qualquer gravame, em face das características especiais dos bens públicos, quais sejam inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Nesta esteira, inquinado de vício por inconstitucionalidade estaria este dispositivo²²³.

No sentido de que essas receitas públicas, de *per se*, não são bens públicos – mas sim direitos de crédito do Poder Público, constituídos por lei ou por outro mecanismo juridicamente apto em favor do Poder Público – e que os recursos advindos da realização de tal direito de crédito, se e quando realizados, é que são bens públicos, vem a ser a defesa de que a vinculação de receitas prevista na lei importaria em uma mera afetação *a priori* deste bem para a finalidade específica de garantir obrigações

²¹⁹ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 212. Segundo estes autores: “Pretender que toda e qualquer norma que trate do tema de concessão de garantia por entidade pública seja veiculada por lei complementar significaria impor declarações de inconstitucionalidade a diversos outros dispositivos ou até mesmo a diplomas legais inteiros”, Citam, como exemplo, o artigo 121 da Lei nº 8.666/93 e a criação do FGE – Fundo de Garantia à Exportação pela Lei nº 9.818/1999.

²²⁰ RIBEIRO; PRADO, op. cit., p. 216.

²²¹ Ibid., p. 217.

²²² Artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal.

²²³ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “Há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes de parceria poderiam ser garantidas por **vinculação de receitas**. Conforme foi flagrado pelo Prof. Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição **só pode ser excepcionada nos casos que específica**, consoante alí mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§4º do mesmo artigo)... Em suma: receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade” (*Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 786).

adquiridas em contratos de PPP²²⁴. O inciso I do artigo 8º, então, segundo esta linha de defesa, não estaria a ferir a inalienabilidade ou a impenhorabilidade dos bens públicos, mas, sim, a possibilitar uma afetação *a priori* de um determinado bem público – receitas públicas realizadas – a uma finalidade pública instituída por lei.

Outros argumentam que receitas públicas não podem ser vinculadas porque, no Brasil, vige o princípio da não afetação de receitas, com as únicas exceções trazidas na própria Constituição Federal²²⁵.

Discordando desse entendimento, a doutrina dominante defende que tão somente quanto às receitas oriundas de impostos haveria a vedação constitucional de vinculação a órgão, fundo ou despesa, não se aplicando este princípio a toda e qualquer receita. E exemplifica que as taxas devem ter suas receitas naturalmente vinculadas à execução de determinadas despesas, para cobrir os custos da prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, e as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, em regra, têm suas receitas vinculadas a uma determinada destinação²²⁶.

A possibilidade de vinculação de receitas futuras de empresas estatais é lembrada por doutrinadores²²⁷ como forma de garantir as suas obrigações contraídas em contratos de PPP²²⁸. Outras receitas, como valores pagos a título de outorga pelas concessões de serviço público, receitas de arrendamento de infraestrutura ou *royalties*, podem ser dadas em garantia.

De outra banda, no nosso ordenamento jurídico, o uso de vinculações de receitas como garantia foi disciplinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no que diz respeito às garantias intergovernamentais. Já com relação à Lei Geral de PPP, à previsão de vinculação-garantia nas relações entre o Poder Público e os parceiros privados, trazida no artigo e inciso acima citados, tem defesa o entendimento segundo o qual seria

²²⁴ SCHIRATO, *Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 148-149. Segundo este autor, imaginar que nenhuma receita pública pode ser vinculada é um erro, pois caso assim fosse a Constituição Federal não contemplaria no artigo 167, IV, apenas uma exceção com relação aos impostos, mas sim determinaria que toda e qualquer receita pública não poderá ser vinculada.

²²⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello e Kiyoshi Harada (apud RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 219, nota de rodapé 15).

²²⁶ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 220.

²²⁷ CARVALHO, José Augusto Moreira de. *As parcerias público-privadas e a atividade financeira do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 158.

²²⁸ A Empresa Baiana de Águas e Saneamento (EMBASA), no contrato de PPP assinado em dezembro de 2006, vinculou receitas futuras (preços públicos) em garantia ao pagamento à SPE contratada.

prescindível essa previsão²²⁹, sob o argumento de que qualquer vinculação de imposto já é vedada constitucionalmente e, *a contrario sensu*, outras afetações que não a de impostos já são permitidas pelo ordenamento.

Quanto à natureza dessa vinculação de receitas, esta não se apresenta como uma garantia específica, na acepção de ser uma obrigação acessória de garantia. Funciona ela, diversamente, como um meio originário de pagamento de obrigações do Poder Público, não sendo uma obrigação garante, mas traduzindo apenas o endereçamento certo de dada receita que se afeta ao pagamento de uma obrigação do Poder Público²³⁰. É, então, a figura através da qual o legislador fica obrigado a destinar parcela de receita para o pagamento de determinada despesa ou fundo, não se confundindo com a figura da expropriação de receita pública.

Fechando o comentário derredor do conteúdo do artigo 8º, inciso I, da Lei Geral de PPP, vale lembrar, mais uma vez, a posição segundo a qual a vinculação de receita nele prevista consiste, tão somente, em uma garantia orçamentária de que receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP²³¹.

Quanto ao **artigo 8º, inciso II**, que prevê a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, há quem entenda ser grosseiramente inconstitucional, eis que os ditos fundos se constituiriam com bens públicos, não susceptíveis de penhora nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado²³². A utilização de fundos especiais previstos em lei do ponto de vista da garantia traz um mecanismo bastante similar ao da vinculação de receita previsto no inciso I do mesmo artigo²³³.

Também tem defensores o entendimento segundo o qual a concessão de garantia a particulares afrontaria aos princípios da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da CF, bem como os da impessoalidade e da moralidade administrativa, insculpidos no art. 37 da Constituição.

²²⁹ CARVALHO, André de Castro. *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 148. Segundo o autor: “Diante disso, o artigo 8º, I, mais do que meramente declaratório, é prescindível no ordenamento, visto que toda vinculação de receitas, que não de impostos ocorrerá por força de lei – em obediência ao caráter jurídico das vinculações –, o que poderia ser feito sem a existência do referido comando na Lei das PPPs”.

²³⁰ GUIMARÃES, PPP – *Parceria Público-Privada...*, cit., p. 368.

²³¹ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 220.

²³² BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 786-787.

²³³ A Lei nº 4.320, de 1964, no seu artigo 71 define: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

8.4 FRENTE AO ARTIGO 100 DA CF

Eis a redação desse artigo da Constituição:

À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação os precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Considerando a desconfiança com relação ao Estado brasileiro como pagador – o que tem gerado um volume desmesurado de precatórios judiciais de empresas que foram contratadas pelo Poder Público e que não receberam valores por este devidos – e considerando, também, a necessidade de atrair o mercado dos grandes investidores para a execução as parcerias instituídas pela Lei nº 11.079/04, neste diploma foram previstas garantias de pagamento das obrigações assumidas pelo Estado e regras especiais em relação às dívidas do Estado para com os parceiros privados foram fixadas.

Na execução das garantias elencadas no artigo 8º da Lei de PPP²³⁴, tem-se procurado mecanismos que afastem o parceiro privado – eventualmente credor do Poder Público – da regra do precatório prevista no artigo 100 da Constituição. Alguns entendem que este dispositivo da Lei de PPP padece do vício de inconstitucionalidade, na medida em que propiciaria que, em relação aos parceiros privados, fosse desrespeitada a ordem cronológica dos precatórios.

Muito vem sendo utilizado o argumento segundo o qual estaria sendo criada uma categoria especial de credores do Poder Público, que podem ser pagos independentemente de qualquer ordem em relação aos demais credores. Os que assim entendem afirmam que não seria compatível com o artigo 100 da CF a previsão, na lei, de um sistema de garantias que, em última instância, criaria uma exceção à sistemática constitucional.

²³⁴ O artigo 8º da Lei tem a seguinte redação: “As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradora que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

Em sentido diverso, lúcidos são os argumentos de Floriano de Azevedo Marques Neto²³⁵ que defende que a previsão, na Lei de PPP, de sistemas de garantia para os débitos gerados em contratos de PPP se presta, justamente, a evitar que esses créditos contratuais se tornem créditos em virtude de sentença judiciária.

Ninguém discorda que a regra do artigo 100 não se aplica ao pagamento de todos os créditos da Fazenda nas três esferas da federação... Não se extrai do referido art. 100 a obrigação de todo credor da Fazenda tenha que receber seus créditos perante o Judiciário e seguindo a fila dos precatórios²³⁶

Ao evitar a judicialização da inadimplência, o regime de garantias que foi instituído na Lei de PPP não seria afetado pela ordem de pagamento prevista no multicitado artigo 100 da Constituição. Seria mera hipótese de adimplemento contratual. Neste sentido a defesa de que, no indigitado dispositivo, não há acoite ao regime de precatórios, pois este pressupõe a existência de crédito convertido em face da Fazenda Pública: há o direito de crédito pelo particular contra a Administração que não é prontamente reconhecido por ela, de forma que se faz mister a existência de uma sentença judicial transitada em julgado para que haja a obrigação de pagamento ao credor²³⁷.

No que é pertinente à vinculação de receitas, prevista no inciso I, do art. 8º, importante seja registrado que ela não garante a execução forçada da Fazenda Pública, a satisfação do crédito por via oblíqua que não via Poder Judiciário ou, ainda, a autotutela na utilização dos créditos retidos. Muito acertadamente, conclui André Carvalho que:

A vinculação de receitas, na função de garantia (vinculação-garantia), traduz-se no comprometimento orçamentário de que os recursos deverão ser utilizados para o adimplemento da obrigação contraída, sendo vedada a dupla vinculação e autossatisfação do débito por meio das receitas garantidas.²³⁸

Ademais, vale seja lembrado que o artigo 11, inciso III, da Lei de PPP, ao prever a possibilidade do emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas, inclusive a arbitragem, admite a não submissão do conflito gerado entre o Poder Público e o parceiro privado ao Poder Judiciário. A preocupação com o respeito à

²³⁵ MARQUES NETO, *Fundamentos e conceituação das PPP...*, cit., p. 26-27.

²³⁶ *Ibid.*, p. 27.

²³⁷ OLIVEIRA, Regis Fernando de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 534.

²³⁸ CARVALHO, André de Castro. *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 131-132.

ordem de pagamento dos precatórios ficaria, mesmo, esvaziada quando se tratasse de não adimplemento de obrigação pecuniária por parte do Poder Público.

Na execução das garantias elencadas no artigo 8º da Lei, vêm sendo admitidos mecanismos legais e constitucionais que afastam os credores da necessidade de demandas judiciais e, conseqüentemente, de submissão à regra constitucional dos precatórios, esta obrigatória para fins de pagamento em virtude de sentenças judiciais.

No âmbito federal e com base na autorização contida no artigo 16 da Lei Geral de PPP, para as entidades federais participarem em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias, a fórmula escolhida para tal fim foi a constituição, pela União, do mencionado Fundo, cujos bens e direitos integralizados serão dados como garantia de cumprimento das obrigações assumidas por seus cotistas nos contratos de parceria público-privadas²³⁹.

Leis de diversas unidades federadas instituíram fundos garantidores e empresas estatais, estas também com a finalidade de garantir o cumprimento das obrigações assumidas nos contratos de parceria público-privadas.

A possibilidade de o parceiro privado acionar diretamente, para a satisfação da dívida, a garantia dada pelo Fundo – penhor, hipoteca, alienação fiduciária ou qualquer outro contrato de garantia –, admitida expressamente a constrição judicial dos seus bens, **artigo 18, §§ 4º a 7º**, principalmente o §7º, vem sendo impugnada por alguns como inquinada como inconstitucional, sob a alegação de constituir, também, uma via transversa de se evadir do artigo 100 da Constituição.

Ocorre, porém, que, na esteira do disposto no artigo 71 da Lei nº 4.320/64, as receitas dos fundos se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, pelo que, dentre estes, poderá estar, exatamente, o de garantir dívidas necessárias à realização de projetos de infraestrutura essenciais ao desenvolvimento nacional²⁴⁰.

²³⁹ A Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, autorizou a União a participar com aporte no limite de R\$11.000.000.000,00 (onze bilhões de reais) no fundo garantidor para cobertura de riscos de diversos projetos que fez elencar, inclusive os resultantes de parcerias público-privadas organizados por Estados ou pelo Distrito Federal, desde que estas unidades ofereçam ao Fundo contragarantia em valor igual ou superior ao da garantia a ser oferecida – art. 32 e 33, §7º, IV, e §8º, I e II. Também autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A (ABGF), empresa pública sob a forma de sociedade anônima, materializando a possibilidade de desempenho e atividade securitária em diversos mercados (art. 38, I).

²⁴⁰ Em Aragão (*As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 27, nota de rodapé), a afirmativa que protege entendimento contrário: “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

A defesa de que, aos débitos do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), não teria aplicação, mesmo que judicializados, o regime de pagamento por meio de precatórios se baseia no argumento de que o FGP teria configuração de pessoa jurídica de direito privado, com bens penhoráveis e alienáveis²⁴¹.

Parece adequada a conclusão segundo a qual o oferecimento de garantias pelo Fundo Garantidor não contraria o artigo 100 da Constituição, pois a execução contra este Fundo será privada, eis que a sua personalidade é privada e privados são os seus bens. Lícitas são a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado, para o patrimônio do Fundo Garantidor de PPP, justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários.

Com Carlos Ari Sunfeld²⁴²: “Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de sua dívidas”.

8.5 FRENTE AO ARTIGO 165, § 9º, II, DA CF

Eis a redação desse dispositivo da Constituição: “Cabe à lei complementar: [...] II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos [...]”.

É apontada, por Kiyoshi Harada²⁴³, a incompatibilidade dos dispositivos da Lei Geral de PPP que tratam do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas –

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*. Hammurabi, 2004, p. 187-188).

²⁴¹ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 351.

²⁴² SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, cit., p. 45-46. Afirma o citado autor: “A medida de modo algum implica a criação, por via de lei, de um sistema de execução de débitos públicos paralelo ao disposto no artigo 100 da CF. Isso é evidente: a execução contra o parceiro público – seja movida pelo concessionário, seja pelo garantidor – será sempre a do citado artigo 100. O que se submete a outro regime é a execução d débito contraído por uma pessoa privada – o FGP – ao prestar contratualmente uma garantia de pagamento de débito público. Evidentemente, o uso dessa solução está circunscrito às possibilidades patrimoniais da empresa pública FGP, não podendo se generalizar. Por isso, descabe falar em burla à norma constitucional”.

²⁴³ Parecer elaborado para a Comissão de Precatórios da OAB/SP, disponível na página dessa Entidade na rede mundial de computadores (apud ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 26).

artigos 16 a 21 da Lei nº 11.079/2004 – com o dispositivo constitucional acima transcrito, porque estes não integram uma lei complementar²⁴⁴ e, também, com o artigo 71 da Lei nº 4.320, de 1964 – esta uma lei ordinária com força passiva de uma lei complementar, posto que recepcionada como tal pela Constituição de 1988 – que vedaria que os fundos se prestassem a garantir dívidas pecuniárias²⁴⁵.

Em sentido contrário, os argumentos segundo os quais o que o artigo 165, §9º, II, da CF impõe é que as condições para a instituição e o funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar e não que a criação de cada fundo específico o seja, e, também, o de que esta lei complementar (lei-quadro) já existe e é a Lei nº 4.320/64, referindo-se apenas à “lei”, portanto lei ordinária, para a instituição de fundos²⁴⁶. E, ainda, o entendimento de que o Fundo Garantidor – cuja criação foi autorizada na Lei Geral de PPP – seria um sujeito de direito e não um mero fundo contábil tratado no art. 71 da Lei nº 4.320/64, respondendo pelas suas obrigações e deveres com o seu patrimônio próprio, separado do patrimônio de seus cotistas e prestando-se, por esta razão, para garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos.

8.6 FRENTE AO ARTIGO 5º, XXXV, DA CF: A ARBITRAGEM NAS PPPS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Eis a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

²⁴⁴ Como já visto, a Lei Federal nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, autoriza a União a participar com aporte no limite de 11 milhões em fundo garantidor para cobertura de riscos relacionados a diversas operações, inclusive a projetos resultantes de parcerias público-privadas, incluindo os organizados por Estados ou pelo Distrito Federal. Condiciona, porém, a concessão de garantia a que as unidades federadas não excedam os limites de contratação de operações de crédito estabelecidos pelo Senado Federal. Ainda, que a unidade da Federação que pretenda ter garantia prestada pelo fundo ofereça ao fundo contragarantia em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida.

²⁴⁵ Com a edição da Lei nº 12.712, de agosto de 2012, que autoriza a União a instituir o Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto (FGIE), com recursos atualmente aportados no Fundo Garantidor de PPP (FGP); Fundo de Garantia dos Empréstimos de Energia (FGEE) e Fundo Garantidor da Construção Naval (FGCN), parece que o destino do FGP é uma questão meramente burocrática, sem impacto na realidade dos projetos de PPP. (RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* [online]. 9 set. 2012).

²⁴⁶ ARAGÃO, *As parcerias público-privadas: PPP's no Direito Positivo Brasileiro...*, cit., p. 26-27.

Frente à Lei Maior federal, firmou-se a discussão que diz respeito à validade ou não da introdução de cláusula compromissária nos contratos administrativos como um todo.

Alguns autores afirmam a impossibilidade de utilização da arbitragem, sob o argumento de que, estando o interesse público presente em todo negócio jurídico firmado por qualquer ente da Administração, este fato obstará que a análise de conflitos decorrentes dos contratos administrativos fosse realizada por um juízo arbitral, já que este não teria competência para apreciar questões relativas a direitos indisponíveis.

Anteriormente à edição da Lei nº 11.079/2004 e da Lei nº 11.196, de 2005, que alterou a Lei de Concessões para incluir a possibilidade de previsão da arbitragem para a resolução de conflitos em contratos de concessão, o Tribunal de Contas da União (TCU) vinha entendendo ser inaplicável o juízo arbitral em contratos que envolviam matéria de direito público, salvo no caso de autorização legal específica com esta finalidade, julgando ilegal a cláusula contratual que o autorizava e determinando a exclusão desta cláusula do contrato²⁴⁷. A Lei nº 11.079, de 2004, no seu artigo 11, veio a dispor, porém, expressamente, que a minuta do contrato de parceria anexa ao instrumento convocatório poderá prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos moldes da Lei Federal nº 9.307, de setembro de 1996. Hoje, e por expressa disposição legal, tanto nas PPPs quanto nas concessões comuns é possível, então, a previsão da arbitragem nos contratos.

A adoção da arbitragem como método alternativo de solução de disputas oriundas desses contratos pode ser considerada como resultado da perspectiva evolucionista denominada “direito administrativo paritário”²⁴⁸. Como defende Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a participação e a consensualidade se tornaram decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade²⁴⁹. A autorização legal para a inserção de cláusulas compromissárias em contratos de concessão comum e de PPP seria, então, fruto deste paradigma.

Essa expressa autorização legal não veio a afastar, porém, os argumentos daqueles que entendem que a arbitragem não impede o exame judicial das questões nela decididas, eis que nenhuma lei poderia se sobrepor ao disposto no artigo 5º, inciso

²⁴⁷ Acórdão 584/2003, da 2ª Câmara do TCU, Processo nº 005.250/2002-2.

²⁴⁸ BRANDT, Caroline Botsman. Arbitragem e contratos administrativos de PPP. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 34.

²⁴⁹ MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo...*, cit., p. 41.

XXXV, da Constituição, acima transcrito, que consagra o princípio da jurisdição, nem contrariar outros dispositivos constitucionais que asseguram o controle judicial das práticas administrativas, e que relembram o fato de a própria Lei de Arbitragem prever a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas com nulidade²⁵⁰. Também não afasta os argumentos daqueles que alegam que os interesses tutelados pela Administração, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, não se coadunaria com este sistema não estatal de jurisdição²⁵¹. Neste sentido, as portas do Poder Judiciário não estariam cerradas com a cláusula contratual que prevê a utilização da arbitragem.

Mesmo com a autorização legal, hoje já existente, outras discussões derredor do tema não foram, ainda, solucionadas, especialmente aquelas que dizem respeito aos limites de aplicação da arbitragem nesses contratos, eis que ela somente pode ser utilizada em conflitos que envolvam direitos disponíveis²⁵². Questões referentes às cláusulas econômico-financeiras existentes em um contrato administrativo, por envolverem direito patrimonial disponível, podem, conseqüentemente, ser objeto de um procedimento arbitral²⁵³. A impossibilidade de sua utilização em controvérsias sobre as assim chamadas “cláusulas regulamentares” dos contratos e, também, quando em um dos polos do conflito estiver o usuário do serviço concedido²⁵⁴, parece pacificada.

Importa lembrar que a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos surgidos nos ajustes administrativos vem sendo apontada como meio e forma de conferir agilidade, permitir que especialistas indicados pelas partes possam decidir as questões oriundas desses ajustes, aumentar a segurança jurídica e, assim, reduzir o preço cobrado pelo parceiro privado ao Poder Público e ao usuário para a prestação dos serviços²⁵⁵. Estruturando-se o mercado sobre as expectativas dos agentes econômicos, as decisões judiciais acabam funcionando como “preços”, estabelecendo efeitos que podem aumentar, significativamente, os custos da contratação – custos de transação –

²⁵⁰ Artigo 33 da Lei de Arbitragem, que diz: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

²⁵¹ A defesa do “monopólio da jurisdição pelo Estado” é da teoria processual italiana do século passado.

²⁵² Celso Antonio Bandeira de Mello assim se pronuncia sobre o tema: “Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas **extra commercium**..... e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário” (*Curso de Direito Administrativo*..., cit., p. 789).

²⁵³ BRANDT, *Arbitragem e contratos administrativos de PPP*..., cit., p. 38.

²⁵⁴ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*..., cit., p. 290-291.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 286.

pelo fato de gerarem “externalidades negativas” ou “positivas”, ou seja, efeitos prejudiciais ou benéficos para terceiros²⁵⁶.

Antes mesmo de a lei dispor sobre a possibilidade de utilização do juízo arbitral em contratos administrativos de concessão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁵⁷, fazendo uma análise econômica do Direito – que prega que os efeitos de uma determinada decisão sejam ponderados pelo julgador – reconheceu a validade de cláusula compromissória em ajuste administrativo.

²⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS vs. AES. *Revista da PGM*, Porto Alegre, n. 22, dez. 2008.

²⁵⁷ No Recurso Especial nº 606.345-RS, reconheceu a validade de cláusula compromissória prevista em contrato público firmado entre uma sociedade de economia mista, a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul (CEEE/RS) e uma empresa privada, a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda.

9 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS: DIPLOMAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS FRENTE À LEI FEDERAL DE PPP E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

9.1 NORMAS GERAIS: PRINCÍPIOS

A competência da União para editar “normas gerais de licitação e contratação” para a Administração Pública de todas as entidades estatais – artigo 22, inciso XXVII, da Lei Maior Federal – e o equivocado fortalecimento desta competência têm gerado o encolhimento da ação legislativa dos Estados-Membros e dos Municípios brasileiros, em face da ampla atuação legislativa da União.

A Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas gerais de licitações e contratações, serve de exemplo do que ora é afirmado: além de não separar os dispositivos de aplicação nacional daqueles somente destinados à Administração Pública Federal, detalhou, sobremaneira, a matéria tratada, disciplinando, com minúcias, o procedimento licitatório e as contratações, além de cuidar de exigências cadastrais, de prazos e outros detalhes cuja competência fora outorgada aos legisladores locais.

Esse encolhimento da ação legislativa dos demais entes federados é comprovado pelo fato de até 1 de março de 2005 nenhum Estado ou Município brasileiro ter editado a sua lei sobre a matéria. Finalmente, o Estado da Bahia editou o seu diploma legal sobre licitações e contratações, vindo a ser o primeiro ente da federação a fazê-lo. Após a Lei nº 8.666/93, que “funcionou” como disciplina das licitações e contratações para todas as entidades federadas, a Lei baiana nº 9.433, de 2005²⁵⁸, deu início ao processo de retomada das competências locais e, a partir dela, diversas leis estaduais e municipais foram publicadas.

As demais leis federais sobre a matéria – Lei nº 8.987/95 e 9.074/95, ambas sobre concessões – também tiveram uma amplitude indesejada para servir como

²⁵⁸ Esse diploma legal, de cuja comissão de elaboração do anteprojeto tivemos o prazer de fazer parte, inovou quanto ao procedimento licitatório instituído pela União, fazendo, já àquela ocasião, a inversão das fases do procedimento licitatório, à revelia da “norma geral” federal; instituindo a fase de saneamento do processo; positivando a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de empresas para fins de sua exclusão da licitação e introduzindo medidas de eficiência e controle das licitações e contratos. Esta lei foi a primeira a ser editada e foi utilizada por diversas entidades federadas como modelo para a suas próprias leis de licitação.

“normas gerais” editadas pela União sobre o tema. Muitos dos entes federados utilizam estes diplomas, na sua inteireza, por terem deixado de legislar sobre o assunto.

Tendo vigorado, nos últimos anos, essa prática passiva por parte dos Estados e Municípios, agora é possível afirmar-se que a tradicional passividade dos entes federativos está sendo deixada de lado em prol do exercício da competência suplementar. Com relação aos tipos contratuais, vários Estados e Municípios editaram normas sobre contratos de PPP antes²⁵⁹ e depois²⁶⁰ da edição da Lei federal nº 11.079/2004²⁶¹. Observando as normas gerais contidas neste diploma, vêm editando suas leis ou adaptando aquelas anteriormente editadas.

Importante lembrar que, por definição, a noção de normas gerais, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, significa uma restrição ao legislador federal e não um salvo-conduto generalizado. Nas estruturas constitucionais brasileiras, o termo sempre foi empregado para limitar a competência legisferante da União, em assuntos que demandariam um enfoque particularizado, adaptável a diversas circunstâncias especiais. Este entendimento é sufragado pela ilustre administrativista, Alice Gonzalez Borges²⁶².

O limite da competência da União para editar normas gerais sobre concessão deverá, pois, ser identificado e, a partir desta identificação, será aclarado o âmbito próprio para o exercício de competência suplementar pelos Estados e Municípios os quais, no exercício desta competência, têm ampla margem de escolha para estruturar o melhor modelo contratual para o caso concreto. O que não for expressamente contrário às normas gerais se reputa autorizado com base nos elementos

²⁵⁹ Estados de: Minas Gerais, Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003; Santa Catarina, Lei nº 12.930, de 4 de fevereiro de 2004; São Paulo, Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004; Goiás, Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004; Bahia, Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004; e Ceará, Lei nº 13.557, de 30 de dezembro de 2004.

²⁶⁰ Estados de: Rio Grande do Sul, Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005; Pernambuco, Lei nº 12.765, de 27 de janeiro de 2005; Amapá, Lei nº 921, de 18 de agosto de 2005; Piauí, Lei nº 5.494, de 17 de setembro de 2005; Rio Grande do Norte, Lei Complementar nº 307, de 11 de outubro de 2005; Distrito Federal, Lei nº 3.792, de 2 de fevereiro de 2006; Maranhão, Lei nº 8.437, de 26 de julho de 2006; Rio de Janeiro, Lei nº 5.068, de 10 de julho de 2007; Sergipe, Lei nº 6.299, de 19 de dezembro de 2007; Alagoas, Lei nº 6.972, de 7 de agosto de 2008; Paraíba, Lei nº 8.684, de 7 de novembro de 2008; Amazonas, Lei nº 3.363, de 30 de dezembro de 2008; Espírito Santo, Lei Complementar nº 492, de 10 de agosto de 2009; Tocantins, Lei nº 2.231, de 3 de dezembro de 2009; Rondônia, Lei Complementar nº 609, de 18 de fevereiro de 2011; Mato Grosso, Lei nº 9.641, de 17 de novembro de 2011; Paraná, Lei nº 17.046, de 11 de janeiro de 2012.

²⁶² BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

presentes no regime geral dos contratos acolhido no nosso Direito, independentemente de norma local²⁶³.

Também de competência desses entes da federação a explicitação, nos seus diplomas legais, de quais serviços e atividades poderão ser repassados à iniciativa privada como objeto dos contratos de PPP. O correto silêncio da Lei nº 11.079/2004 e também da Lei nº 8.987/95 sobre a matéria deixa claro que compete a cada unidade federada, dentro da previsão e dos limites constitucionais, definir quais os serviços que serão diretamente prestados pela entidade e quais aqueles que poderão ser prestados indiretamente, através de particulares contratados. A necessária autorização legislativa para a efetivação do trespasse da execução dos serviços públicos para particulares fica, desta forma, atendida. É “... na forma da lei...” – artigo 175 da Constituição Federal – que o Poder Público deve exercer a incumbência constitucionalmente a ele imposta para a prestação de serviços públicos²⁶⁴.

Observados os princípios constitucionais norteadores da conduta da Administração Pública – artigo 37, *caput* da Lei Maior Federal –, os princípios específicos das licitações e contratações públicas, extraídos da Lei nº 8.666/93, e as normas gerais da Lei nº 11.079/2004, remanesce largo espaço para as entidades federadas legislarem sobre as parcerias público-privadas, aqui em sentido estrito enfocadas.

Vale seja lembrado o conteúdo desses princípios que serviram e servem de norte para os legisladores dos entes da federação na elaboração de seus diplomas legais sobre a matéria.

9.1.1 Princípio da Isonomia

Dentro do universo dos interessados em contratar com o Poder Público, é através do instituto da licitação que se garante a impessoalidade na escolha do futuro

²⁶³ MONTEIRO, *Legislação de parceria público-privada no Brasil: competência legislativa...*, cit., p. 109.

²⁶⁴ Carmen Lúcia Antunes Rocha, como já mencionado anteriormente, tratando da questão em obra de sua autoria, *Estudos sobre Concessões e Permissões de Serviço Público no Direito Brasileiro*, 5ª ed, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 120: “É condição preliminar para que qualquer daqueles dois institutos possa ser utilizado pelas entidades públicas políticas que se assegure previamente a lei autorizativa da delegação, na qual explicita o objeto, as características, as condições, enfim, ‘lhes fixe os termos’ na fórmula legalmente autorizada” (*Estudos sobre concessões e permissões de serviço público no Direito Brasileiro...*, cit.)

contratado, atendendo, assim, ao comando do princípio da isonomia, insculpido no *caput* do art. 37 e do art. 5º da Lei Maior Federal.

Como um dos princípios basilares da Administração Pública, o princípio da isonomia ou igualdade encontra o seu desdobramento nos da obrigatoriedade da licitação, da realização de concurso público para ingresso em cargo público e da observância da ordem dos precatórios para pagamento dos débitos judiciais, pelo Poder Público.

A licitação, como antecedente obrigatório à contratação de PPPs, tem como finalidade garantir o princípio constitucional da isonomia, assegurando aos privados a oportunidade de concorrer, em igualdade de condições, à contratação buscada pela Administração, assim como obter, para o Poder Público, a melhor proposta.

9.1.2 Princípio da Legalidade

No procedimento licitatório, a legalidade se traduz na fiel observância do procedimento, como instituído na lei, respeitado o *iter* traçado pelo legislador e afastando, por completo, a discricionariedade, na condução do processo. Constitui um direito público subjetivo do licitante a realização da licitação nos exatos termos da lei, seguindo a ordenação dos atos por ela imposta.

Também o princípio da legalidade impõe que o trespasse da execução de serviços públicos para parceiros privados seja precedido de autorização legislativa, se já não autorizado previamente pela Lei Maior do país, pela Constituição do Estado ou pela Lei Orgânica do Município. A própria lei de PPP do ente federado deve elencar os serviços passíveis de serem objeto destas parcerias, naquela unidade federada.

9.1.3 Princípio da Impessoalidade

A impessoalidade afasta o subjetivismo do Administrador, impedindo que seja restringido, injustificadamente, o universo de licitantes, pela imposição de exigências desnecessárias para a participação na licitação ou pelo direcionamento da escolha do licitante vencedor. Segundo este princípio, não é admissível a adoção de critérios de participação ou de julgamento que privilegiem, sem justificativa plausível, quaisquer licitantes. O resultado da licitação há que independer da identidade do julgador: todos são iguais, perante a Administração Pública, no processo licitatório.

9.1.4 Princípio da Moralidade

A Administração Pública, no seu agir, seja fora ou dentro do processo licitatório, há que pautar a sua conduta não só pelos ditames da lei como, também, pelas regras da moral administrativa e pelo “interesse coletivo”. Os princípios éticos devem ser observados pela Administração, sob pena de ver inquinado de nulidade os seus atos, quando contrários à moralidade²⁶⁵.

Sendo, como o é, pressuposto de validade do ato administrativo, qualquer conduta no processo licitatório, mesmo que de aparente legalidade, que venha a ferir o princípio da moralidade é conduta ilegal e, como tal, vicia todo o procedimento, acarretando a sua nulidade. A honestidade e a seriedade devem nortear o processo licitatório e as contratações públicas, pois, nem sempre, condutas que objetivam a mera obtenção de vantagens econômicas para a Administração são condutas compatíveis com a moralidade.²⁶⁶

9.1.5 Princípio da Proibição Administrativa

Paralelo ao princípio da moralidade, o da proibição administrativa, igualmente, visa coibir condutas contrárias à ética e à moral, consubstanciadas em ato irregular ou ilegal que dê ensejo à sua anulação.

Sua menção expressa tem sido uma constante preocupação do legislador, tanto o constitucional – como se constata nos arts. 5º, inc. V; 37, §4º; e art. 85, inc. V, todos da Lei Maior – como o infraconstitucional – como se verifica, a título de exemplificação, na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965); na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 5 de maio de 2000).

²⁶⁵ Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com esse princípio, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica na conformidade do art. 37 da Constituição” (*Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 119).

²⁶⁶ Vale trazer à colação importante julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) – Relator: Desembargador Carlos Rolim –, proferido na Ap. nº 151.580: “Ato administrativo. Controle jurisdicional. O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, jul./set. 1967, p. 134.

9.1.6 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, também norteador das atividades da Administração Pública, e inserido pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998 dentre os princípios elencados no *caput* do art. 37 da CF/88, vem trazer maior reforço à tendência atual do formalismo moderado, hoje bastante defendido como suporte para a convalidação de atos administrativos e para o aproveitamento de propostas com irregularidades irrelevantes.

Considerando-se a necessidade de eficiência nos processos licitatórios e nas contratações, não há justificativa para a repetição de atos que possam ser sanados ou para o afastamento de proponentes em razão de pequenos equívocos formais nas propostas que não chegam a macular o seu conteúdo. Assim, em situações nas quais não se venha a afrontar o princípio da legalidade, o aproveitamento de atos já praticados ou de propostas, se impõe.

O princípio da eficiência não foi elencado no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, talvez pelo fato de tão somente ter sido introduzido como princípio constitucional explícito no *caput* do art. 37 da Lei Maior, a partir de 4 de junho de 1998, pela EC nº 19. Os diplomas estaduais e municipais disciplinadores das PPPs devem observância a este princípio e dispositivos que gerem, injustificadamente, a ineficiência no procedimento ou nas contratações são inconstitucionais.

9.1.7 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade não se restringe, apenas, à mera publicação obrigatória de atos praticados no procedimento licitatório e nas contratações. Além da publicação do resumo do edital, no Diário Oficial da entidade estatal licitante, impõe, também, a Lei, a publicação em jornal diário da capital do Estado.

Como decorrência do princípio da publicidade, as sessões devem ser, obrigatoriamente, realizadas em locais franqueados ao público e devem ser publicadas as alterações ocorridas no edital de licitação e as modificações contratuais ocorridas nos contratos de PPP.

9.1.8 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

No que concerne ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impende registrar que o edital do certame que selecionará a proposta mais vantajosa para a contratação desejada tem de ser elaborado em conformidade com a lei, adaptado, porém, a cada situação em concreto, levando em conta as peculiaridades de cada contratação.

Publicado o edital, deve ser ele observado, rigorosamente, no decorrer da licitação, tanto pelos licitantes quanto pela Comissão de Licitação, porque este edital, ao lado da lei, é disciplinador de todo o procedimento.

Qualquer valoração de exigência técnica e econômica dos licitantes que não mantenha relação com a necessidade da Administração importará em dirigismo, inadmissível em processo licitatório.

Não compete à Administração, no decorrer do certame, flexibilizar exigências feitas no ato convocatório. Assim procedendo, além de ferir o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também estará desrespeitando o princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública²⁶⁷.

9.2 NORMAS GERAIS NA LEI Nº 11.079/2004

Elencados esses princípios, a serem obrigatoriamente observados pelos Estados e Municípios na elaboração de seus diplomas locais sobre PPP, vale uma reflexão sobre alguns dos artigos da Lei nº 11.079/2004 que, topologicamente, se situam nos capítulos que tratam de “normas gerais” sobre tais contratações e que merecem destaque²⁶⁸.

No que diz respeito às regras referentes ao procedimento licitatório – artigos 10, 11, 12 e 13 da Lei Geral de PPP –, pode-se afirmar que cada um dos artigos, incisos, alíneas e parágrafos que tratam da matéria buscam preservar um ou mais dos princípios acima mencionados e importam em desdobramento dos mesmos. Parece-nos que, apesar

²⁶⁷ Os comentários a respeito dos princípios constitucionais norteadores da conduta da Administração Pública – artigo 37, *caput* da Lei Maior Federal – e dos princípios específicos das licitações e contratações públicas, extraídos da Lei nº 8.666/93, foram reproduzidos de: HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia – Lei nº 9.433/2005*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 45-50.

²⁶⁸ Quanto à matéria, e em julgamentos referentes à Lei nº 8.666/93, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF) conseguiu eleger um critério claro para tal identificação. Dos acordãos ADI/MC 927-RS; ADI/MC 3.059-1-RS; ADI 3.070-1-RN e ADI 3.583-PR comprova-se esta afirmativa.

do detalhamento de alguns destes dispositivos, nenhuma invasão de competência veio a ocorrer com a disciplina da licitação tratada nestes artigos, que se completa com as regras da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 8.987, de 1995, relativas ao certame licitatório.

Se a fixação de prazos e de valores contratuais normalmente é entendida como matéria de lei local, no caso, e considerando os pressupostos para a celebração de parcerias – artigo 2º, §4º e incisos, da Lei Geral de PPP – também em razão da finalidade destes dispositivos, o conteúdo de norma geral pode ser-lhe atribuído. Se importarem em limites da possibilidade de celebração de contratos de parceria público-privadas inserem-se dentro da competência constitucional da União para dispor sobre licitação e contratação para as administrações públicas de todas as entidades federadas – artigo 22, inciso XXVII.

Os diplomas estaduais e municipais sobre PPPs, além da observância das normas gerais editadas pela União, que são desdobramento dos princípios acima mencionados, devem elencar quais serviços públicos de suas competências podem ser objeto de PPP. Aqueles serviços públicos que não constam como passíveis de delegação, na Constituição Federal, na Constituição do Estado ou na Lei Orgânica do Município – com relação a estes já existiria a autorização legislativa que, no entendimento de muitos, se faz necessária –, devem estar previstos na lei local de PPP, sob pena de, a cada celebração de contrato desta natureza, ter que ser pedida a autorização legislativa prévia. O princípio da legalidade assim impõe.

Como já visto, as concessões patrocinadas abrangem a concessão como delegação de serviços e necessitam, por esta razão, de autorização legislativa que, conforme acima lembrado, poderá ser extraída dos citados diplomas, ou, ainda, constar da lei de PPP da unidade federada que celebrará o contato de concessão. Afora estas hipóteses, o Executivo precisará solicitar, ao Poder Legislativo, a específica autorização legislativa para promover a delegação pretendida. É este o entendimento dominante na doutrina.

No que diz respeito às concessões administrativas que tenham como objeto atividades da Administração Pública que não possam ser entendidas como serviços públicos, despidendo falar-se em necessidade desta autorização. Quando tiverem como objeto a prestação de serviços sociais pelo parceiro privado, também devem ser precedidas de autorização do Poder Legislativo local, ressalvado se se tratar de serviço de saúde pública, já autorizado pelo artigo 197 da Lei Maior Federal.

10 ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.079 E OUTRAS QUESTÕES: O CRESCIMENTO DOS RISCOS FISCAIS NA REALIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A obediência à responsabilidade fiscal foi trazida como uma diretriz a ser obrigatoriamente observada pela Administração Pública na celebração e execução das PPPs, contratos de longo alcance que envolvem contraprestações pecuniárias do Poder Público. O inciso IV, do artigo 4º, da Lei Geral de PPP impõe esta obediência.

Quando da edição dessa Lei, em 30 de dezembro de 2004, cuidados foram adotados pelo legislador no sentido de impor condutas ao Poder Público que mitigassem os riscos de endividamento do Estado com o novo modelo de contratação. Também restrições foram impostas à utilização do modelo, limitando-o a ajustes com prazo superior a cinco anos e com valor superior a vinte milhões de reais. Foi vedada a sua utilização quando o objeto único do contrato for o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Não era o seu objetivo servir de fundamento para contratações administrativas que já tinham amparo na Lei nº 8.666/93.

A Lei referida dispôs que a contraprestação da Administração Pública seria obrigatoriamente precedida da disponibilização dos serviços objeto do contrato pelo parceiro privado, facultando, porém, à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato²⁶⁹²⁷⁰.

Para selecionar e restringir a utilização do novo modelo de contratação, também exigiu que precedesse a licitação um estudo técnico que demonstrasse a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante a indicação das razões que justificassem a opção pela forma de parceria público-privada²⁷¹ e, ainda, impôs limite ao endividamento da União com contratos desta natureza²⁷² e, indiretamente, também o fez com relação às demais unidades da federação, ao instituir uma “penalidade” a ser aplicada aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

²⁶⁹ Artigo 7º e parágrafo único.

²⁷⁰ Já anteriormente mencionamos que, com a edição da Lei nº 12.766, de 2012, foi prevista a possibilidade do aporte de recursos em favor do parceiro privado antes da disponibilização da obra ou serviço.

²⁷¹ Artigo 10, inciso I, “a”.

²⁷² Artigo 22.

[...] 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% (hum por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

A não concessão de garantia e a não realização de transferência voluntária pela União a tais entes representavam esta penalidade²⁷³. As discussões sobre a constitucionalidade destes dispositivos já foram expostas neste trabalho.

Até aí, mereceram louvores dos doutrinadores as restrições impostas pela Lei Geral de PPPs, que consagravam cuidados na utilização do novo modelo de contratação pública.

Leis posteriores foram editadas, porém, promovendo alterações no texto original daquele diploma e que importaram em flexibilização de alguns cuidados e dos limites impostos anteriormente.

Se ainda permanecem as restrições quanto à utilização de contratação destas parcerias, que dizem respeito ao objeto, prazo e preço dos ajustes, foram flexibilizados outros limites e introduzidas mudanças que, se não cuidadosamente observadas, podem mesmo desvirtuar a própria razão de ser das PPPs.

A Lei Geral de PPP, na sua redação original, especificamente no seu artigo 6º, ao tratar da contraprestação pública nos contratos de parceria público-privada, trouxe um elenco exemplificativo dos meios de realização desta contraprestação: ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; e outros meios admitidos em lei. No seu artigo 7º, como visto, tratou do momento do seu pagamento, dispondo que este seria obrigatoriamente precedido da disponibilização do serviço objeto do contrato de PPP ou da parcela fruível deste serviço. Assim procedendo, caracterizou esta contraprestação como contrapartida à aquisição de serviços, afastando-a da caracterização de subvenção econômica²⁷⁴.

²⁷³ Artigo 28.

²⁷⁴ Como salienta Maurício Portugal Ribeiro: “Portanto, foram, de um lado, a disciplina legal das subvenções e os riscos jurídicos em torno da exigência de autorização legislativa para a realização de subvenções econômicas e, doutro bordo, a experiência ruim do Brasil com as parcerias para a construção das ferrovias no século XIX que levaram à caracterização dos pagamentos da Administração em PPP como contraprestação por serviços” (RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 185).

Tendo surgido com a função de atrair investimentos privados para projetos não autossustentáveis, mas que apresentam grandes externalidades positivas, tinham estes contratos como característica essencial a amortização diferida dos investimentos. Como bem salientou Marcos Barbosa Pinto²⁷⁵, “em uma PPP o parceiro privado não recebe nenhum adiantamento do Estado”, lembrando que o art. 7º da lei estabelece que o parceiro privado não pode receber qualquer contraprestação do Estado enquanto o serviço não estiver disponível. Ainda não havia, àquela ocasião, a previsão legal da possibilidade da realização de aporte público para a realização da obras e a aquisição de bens reversíveis.

Vale trazer à baila que, na Recomendação Conjunta nº 02/2010, do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público do Estado da Bahia (MPE-BA), constante do inquérito civil conjunto e datada de 21 de junho de 2010, referente ao empréstimo do BNDES para a construção da Arena Fonte Nova, foi registrada a impossibilidade, à ocasião, de disponibilização de recursos públicos para o setor privado para os empreendimentos contratados neste modelo²⁷⁶. Isto ocorreu em momento anterior à edição da Lei nº 12.766, de 2012.

Com a vinculação do pagamento à disponibilização do serviço houvera optado a Lei nº 11.079/2004 por um modelo de PPP em detrimento de outros, afastando a possibilidade de se fazer projetos de PPPs que previssessem subsídio ao investimento na infraestrutura²⁷⁷.

Mencionando a alteração ocorrida na Lei Geral de Parcerias Público-Privada, na sua redação original, tem-se hoje a possibilidade de realização de aporte público para o parceiro privado antes da disponibilização dos serviços contratados. Esta possibilidade encontra, atualmente, expressa previsão no artigo 6º, §2º, da Lei nº 11.079/2004, dispositivo que foi incluído no texto original em face da alteração trazida

²⁷⁵ PINTO, *A função econômica das PPPs...*, cit.

²⁷⁶ Dentre muitos dos “*consideranda*” da citada Recomendação, importa trazer os seguintes: “**CONSIDERANDO** que, entre as características básicas da contratação em regime de parceria público-privada, está o **financiamento do setor privado**, o que indica que o Poder Público concedente **não** disponibilizará recursos para os empreendimentos que contratar, **cabendo ao parceiro privado a incumbência de fazer investimentos no setor da concessão, diretamente ou através de financiamento**, sendo este o ponto comumente utilizado para justificar a ideia da referida parceria; **CONSIDERANDO**, inclusive, que a falta de recursos do Poder Público para promover investimentos iniciais encontra-se inserida entre as razões mais relevantes para a adoção do regime de Parceria Público-Privada, o que justifica a citada determinação legal de que o pagamento somente ocorra após a disponibilização do serviço”.

²⁷⁷ Ainda com Mauricio Portugal Ribeiro, na mesma obra citada, p. 195, comentando o autor sobre a Lei Geral de PPP, na sua redação original (antes das alterações nela introduzidas pela Lei nº 12.766, de 2012).

pela Lei nº 12.766, de dezembro de 2012²⁷⁸ e importa em uma opção por outro modelo que não afasta a possibilidade de se fazer projetos de PPPs que prevejam subsídio ao investimento na infraestrutura, modelo diverso daquele anteriormente adotado, que fazia com que as PPPs tivessem importado em uma novidade, uma via alternativa de realização de iniciativas públicas que demandem grandes investimentos, sem que ocorresse o desembolso orçamentário imediato e sem uma sobrecarga, para o cidadão-usuário da infraestrutura disponibilizada.

As razões dessa significativa alteração – uma dentre outras tantas trazidas na Medida Provisória nº 575/2012, convertida na Lei nº 12.766 – são expostas por especialistas que participaram das discussões derredor de problemas que surgiam com frequência nos projetos de PPP a serem contratados pelos Estados e Municípios²⁷⁹.

Uma das razões da apontada modificação foi, segundo esses especialistas, a necessidade de reduzir as ineficiências tributárias e financeiras criadas em decorrência do pagamento por investimentos relevantes realizados no início do projeto sob a forma de contraprestação pública, ou seja, após a disponibilização do serviço²⁸⁰.

Outra alteração ocorreu com o limite de endividamento dos Estados e Municípios em contratos de PPP o qual já foi, por duas vezes, ampliado.

²⁷⁸ Eis a redação do dispositivo incluído: “O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contatos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012”.

²⁷⁹ Em: RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. *Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas*. 17 ago. 2012.

²⁸⁰ Segundo os argumentos expostos pelos autores no artigo citado: Ineficiência financeira porque a dilação entre os investimentos iniciais feitos pela SPE e o pagamento da contraprestação pública gerava a necessidade de remunerar esse intervalo temporal (nesse caso com, com a rentabilidade equivalente a TIR de projeto), sendo que muitas vezes o Poder Público já tinha disponibilidade de caixa para pagar pelos investimentos realizados no princípio do projeto desde a época de contratação da PPP. Por essa razão, diversos projetos de PPP passaram a prever pagamentos de contraprestações públicas elevadas nos primeiros anos de concessão ou até mesmo imediatamente após a disponibilização dos serviços, ainda que parcialmente. A modelagem econômico-financeira indicava que melhores resultados seriam alcançados por meio da concentração do pagamento logo após a conclusão dos investimentos. Evitava-se, por essa razão, a diluição do pagamento ao longo da fruição dos serviços. Significava a antecipação do *pay back* do negócio, para o parceiro privado, diminuindo o risco e a necessidade do financiamento. Para o parceiro público, a minimização do comprometimento de recursos com o pagamento de contraprestações públicas. Essa concentração do pagamento das contraprestações nos primeiros anos ou logo após a conclusão do investimento terminava por reduzir ou mesmo eliminar parte dos ganhos financeiros pretendidos com a concentração do pagamento, em decorrência da antecipação da tributação de Programas de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e de uma ineficiência tributária relevante no pagamento de Imposto de Renda – Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). A MP 575/2012 buscou obter alguma desoneração desses tributos. p. 2 e 3 do citado artigo.

Inicialmente, “fixou” a Lei nº 11.079/2004, no seu artigo 28, para a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto destas parcerias, o limite de 1% da receita corrente líquida do exercício ou, para as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes, que estas não deveriam exceder ao limite da despesa corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. A extrapolação destes limites, como já visto, atrairia a “penalidade” da não concessão de garantia ou da não realização de transferência voluntária pela União. Este limite foi alterado, posteriormente, para 3%²⁸¹ e, em seguida, para 5%²⁸². A ampliação do limite de comprometimento da receita corrente líquida dos Estados, Distrito Federal e Municípios com parcerias público-privadas, para fins fixados naquele artigo, teve o claro objetivo de ampliar a utilização de PPP por meio dos citados entes federados, aumentando a possibilidade de endividamento destes entes.

Esquecendo as sucessivas modificações já ocorridas naqueles percentuais e mesmo sem projetar para o futuro a possibilidade de ocorrerem mais ampliações nestes limites que possam vir a comprometer, efetivamente, os futuros orçamentos dos entes públicos com contratos de PPP, outras questões surgem derredor do mesmo tema que, como já visto, dizem respeito à forma de contabilização destas despesas e que, certamente, também repercutem no comprometimento de orçamentos futuros com estes contratos.

A defesa da posição de que as contraprestações públicas se caracterizavam como despesa corrente dos entes públicos em face das mesmas serem, a rigor, “pagamento por serviço” era quase pacífica. Poderiam ser interrompidas se o serviço não fosse prestado adequadamente – mesmo quando embutissem pagamento para amortização de investimento em bens de capital²⁸³. Como despesas correntes, estavam elas obrigatoriamente computadas, na sua inteireza, para aferição dos limites de endividamento fixados no artigo 22 e 28 da Lei Geral de PPP, o último ampliado por leis posteriormente editadas. Alguns diplomas estaduais sobre a matéria expressamente definem as despesas com PPP como despesas de caráter continuado²⁸⁴.

Hoje, porém, e voltando às regras nacionais para a contabilização das contraprestações públicas – Portaria STN 614/06 e o Manual de Contabilidade Aplicado

²⁸¹ Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009.

²⁸² Lei nº 12.766, de 30 de dezembro de 2012.

²⁸³ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 183 e 185.

²⁸⁴ Lei dos Estados de Santa Catarina e do Estado da Bahia

ao Setor Público, versão de 2012, aplicável ao exercício de 2013 –, ou a contraprestação se caracteriza como despesa corrente, ficando sujeita aos limites de 1% ou de 5% de despesa com PPP, ou é considerada despesa de capital e dívida. Nesta última situação, as contraprestações não são computadas para fins dos limites aqueles artigos, posto que não devem ser classificadas como despesas de caráter continuado. Os limites impostos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) incidem sobre essas despesas, quando caracterizadas como dívidas.

Ainda, e tendo sido introduzida pela Lei nº 12.766, de 2012, a possibilidade do aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado antes da disponibilização dos serviços, esta subvenção ou subsídio a investimento, classificada como despesa de capital ficaria, também, por esta razão, excluída dos limites dos artigos acima referidos, que somente incidem sobre despesas correntes.

Da análise de todas essas modificações ocorridas na Lei Geral de PPP e com a interpretação que vem sendo dada à forma de contabilização e de controles fiscais sobre o aporte público, – cuja possibilidade foi introduzida pela Lei nº 12.766/2012 – chega-se à conclusão sobre o desproporcional aumento dos riscos de endividamento dos entes públicos em contratos de parceria público-privadas e também sobre a possibilidade do aumento excessivo de gastos com estes contratos.

Hoje, referindo-se ao fato de Estados e Municípios que possuem programas de PPP estarem realizando o cálculo do limite de despesas de caráter continuado com estes contratos sem abater deste montante o valor das contraprestações que são consideradas dívidas²⁸⁵, registra Maurício Portugal Ribeiro que:

[...] em um país como o Brasil, com alta demanda por infra-estruturas, não podemos nos dar ao luxo de limitar a possibilidade de realização de PPPs por conta de interpretação equivocada de regras fiscais, que limitam, nem sempre de forma racional, a possibilidade de uso da participação privada em infraestrutura²⁸⁶

Sem discordar inteiramente do festejado autor, acrescentamos, porém, que também não podemos nos dar ao luxo de, pouco a pouco, através de alterações legislativas e interpretações extensivas de dispositivos legais que impõem limites fiscais na celebração de PPPs, possibilitar o endividamento exacerbado de gerações futuras,

²⁸⁵ Porque os respectivos projetos, pelos critérios da Portaria 614/06, foram consolidados nos balanços dos entes públicos contratantes.

²⁸⁶ RIBEIRO, *Controles Fiscais e PPPs*: excluindo as PPPs que geram dívida..., cit.

comprometendo os orçamentos públicos vindouros e cerceando opções políticas de futuros governantes.

E o risco disso vir a acontecer está se manifestando. Outros mecanismos estão sendo, inclusive, adotados por entidades da federação, que aumentam o comprometimento dos orçamentos públicos.

Vejamos um deles.

11 A VINCULAÇÃO DE RECEITAS COMO GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS DO PODER PÚBLICO – ARTIGO 8º, INCISO I, DA LEI GERAL DE PPP E O ARTIGO 167, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A LEI Nº 11.477, DE 2009, DO ESTADO DA BAHIA

Já tratada genericamente em espaço anterior deste trabalho, a previsão, na Lei Geral de PPP, da possibilidade de vinculação de receitas públicas para garantir obrigações assumidas por parceiros públicos teve um rápido enfrentamento, o qual merece ser aprofundado para promover a análise de situações que, também através de lei, vêm se implantando em unidades da federação brasileira.

Longo caminho pode ser percorrido entre o entendimento de que receitas públicas não seriam passíveis de qualquer gravame em face das características especiais dos bens públicos – entendimento que já pode ser afastado, sem esforço, frente aos argumentos trazidos em item anterior –, até a afirmativa segundo a qual não ofende ao disposto no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal, a vinculação de receitas oriundas do Fundo de Participação dos Estados e Municípios, como garantia a pagamentos públicos em geral.

A possibilidade, perante a Lei Maior federal, de vinculação, por lei estadual ou municipal, de receita oriunda do Fundo de Participação do Estado e/ou do Município – FPE ou FPM – para garantir os pagamentos a serem feitos aos parceiros privados, é a questão a ser analisada. É o que faremos a seguir.

Primeiramente, no que diz respeito à previsão de vinculação-garantia nas relações entre o Poder Público e os parceiros privados trazida no artigo 8º, inciso I, da Lei Geral de PPP, existe o entendimento no sentido de que seria a mesma prescindível, sob o argumento de que qualquer vinculação de imposto é vedada constitucionalmente e, *a contrario sensu*, outras afetações que não a de impostos já são permitidas pelo ordenamento²⁸⁷. Neste sentido, vale ser observado, inclusive, que determinados tributos têm como característica fundamental o fato de serem vinculados, como as taxas e contribuições, o que corrobora ainda mais a ideia de que tributos podem ser receitas vinculadas para o fim de garantir contratos de PPP²⁸⁸. Alguns doutrinadores lembram

²⁸⁷ CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 147-148.

²⁸⁸ SCHIRATO, *Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p-150.

que “não se admite vincular – salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição – tão somente as receitas oriundas de impostos”²⁸⁹.

O princípio da não afetação das receitas trata, desde a Constituição Federal de 1988, como visto, das receitas oriundas de impostos e não de toda e qualquer receita²⁹⁰. As taxas, por exemplo, devem ter suas receitas naturalmente vinculadas à execução de determinadas despesas, para cobrir os custos necessários à prestação de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia²⁹¹.

Tratando desse tema, importante trazer à baila a compreensão segundo a qual a vinculação de receitas não vem a se constituir uma forma de garantia, no sentido e com o significado comumente associado a este termo e operações assemelhadas. Esta vinculação, como visto, seria apenas a indicação de que uma fonte específica de receitas será empregada para o pagamento das contraprestações públicas devidas, diversamente das hipóteses de fundos garantidores e empresas estatais com a mesma finalidade, companhias seguradoras, instituições financeiras e órgãos multilaterais, que se referem, sobretudo, à prestação de garantias reais e pessoais, previstas no direito civil, como a fiança, o penhor, a caução, a hipoteca e o aval.

Transcrevendo autores que assim defendem:

Em outros – como as garantias por meio de fundos especiais ou vinculação de receitas – o que se obtém, na realidade, é apenas uma garantia orçamentária de que as receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP.²⁹²

Adentrando a questão a ser enfrentada, dúvidas não pairam de que não é qualquer receita pública que poderá ser vinculada para a garantia de contratos de parceria público-privada. Em razão da vedação constante do artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal, expressamente referida no artigo 8º, I, da Lei de PPP, receitas decorrentes de impostos não podem ser vinculadas a qualquer despesa, excetuados os casos excepcionados pela própria Constituição Federal no mesmo dispositivo²⁹³²⁹⁴.

²⁸⁹ RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 220.

²⁹⁰ A Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, vedava, no seu art. 62, §2º, a vinculação de tributo de forma genérica, admitindo, porém, que vinculações fossem estabelecidas por lei complementar.

²⁹¹ RIBEIRO; PRADO, op. cit., p. 219-220.

²⁹² Ainda com RIBEIRO; PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 220.

²⁹³ As ressalvas se referem à “repartição do produto da arrecadação de impostos a que se referem os arts. 158 a 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e

Dentre as exceções feitas pelo texto constitucional à regra geral da proibição de vinculação de receita de impostos, expressamente consignadas no §4º do mesmo artigo 167 da Lei Maior federal, encontra-se a possibilidade de vinculação de **receitas próprias** geradas pelos impostos, a que se referem os artigos 155 e 156²⁹⁵, **para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.**

Ainda dentre as exceções consignadas naquele dispositivo, encontra-se a possibilidade de vinculação **de receita oriunda dos recursos** de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II²⁹⁶. Dentre esses recursos, aqueles oriundos dos Fundos de Participação – FPE e FPM – são passíveis de vinculação, mas também tão só **para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.** Não para outras finalidades.

Se representa esta possibilidade uma das exceções ao princípio da não vinculação, a *contrario sensu* e para a receita oriunda dos recursos dos FPE e do FPM prevalece a vedação geral do artigo 167, IV, da Constituição Federal. A ressalva à prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débito para com esta diz respeito, também, a estas receitas. Vale insistir: a regra prevalece para outras situações não ressaltadas.

Acertada, pensamos, a compreensão de que a transferência de recursos feita através dos Fundos de Participação não tem o condão de mudar a natureza da receita, que permanece sendo uma receita de impostos. Daí o entendimento segundo o qual a mera vinculação desta receita, que é oriunda de impostos, esbarraria nos limites

desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinados, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4 deste artigo”.

²⁹⁴ O STF, no julgamento do RE 183.906-6/SP, referente à Lei paulista nº 6.374/89, entendeu pela inconstitucionalidade da vinculação de percentual de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Veículos (ICMS) para financiar programas habitacionais.

²⁹⁵ O **art. 155** trata dos seguintes impostos: de transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos; de operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; e de propriedade de veículos automotores.

O **art. 156** trata dos seguintes impostos: sobre propriedade predial e territorial urbana; de transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza e acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar

²⁹⁶ O **art. 159, I, a e b** trata de recursos arrecadados pela União referentes a impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados e da entrega dos mesmos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, através do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (alínea “a”) e do Fundo de Participação dos Municípios (alínea “b”).

constitucionais existentes, sem necessitar de uma detença mais elevada quanto à análise da natureza jurídica destas transferências²⁹⁷²⁹⁸.

Segundo Kiyoshi Harada, a Constituição Federal “não distingue os impostos próprios das verbas a que fazem jus Estados e Municípios por participação de fundos formados por produtos de arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre a Renda (IR) – art. 159, I e II da CF”²⁹⁹. Neste caminho, não se sustenta o argumento de que as receitas vindas de transferências do produto de arrecadação dos impostos por outros entes federativos não esbarram no óbice constitucional do princípio da não afetação da receita de impostos.

Assim, e também nesse mesmo sentido já tivemos oportunidade de nos pronunciar anteriormente³⁰⁰. Agora, reforçamos aquele pronunciamento com a afirmativa de André Castro Carvalho, no sentido de que “a receita proveniente das transferências constitucionais deve permanecer incólume a quaisquer concertos políticos”³⁰¹.

²⁹⁷ CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 155-156.

²⁹⁸ Na ADI 1.8448-3/RO, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 5 set. 2002. DJU, 25 out. 2002, foi declarada a inconstitucionalidade de um parágrafo da Constituição do Estado de Rondônia que determinava despesa obrigatória com a receita das transferências a ações de saúde, incluindo a receita proveniente de impostos. Na mesma linha do pensamento de Andre de Castro Carvalho (*Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 156), infere-se que o acordão considerou que a receita proveniente de transferências mantém a sua natureza em relação à origem da arrecadação, no caso, a de impostos.

²⁹⁹ Vinculação pelo Município das cotas de ICMS para garantia de operações de crédito: efeitos. Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, nº 2, jan. 1999, p. 95.

³⁰⁰ No Processo nº PGE 2007261604, em consulta formulada pela Secretaria Executiva do Programa de Parcerias Público-Privadas, encaminhada à Procuradoria Geral do Estado da Bahia, sobre a possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE) como garantia de pagamento de contraprestações de operações de Parcerias Público-Privadas. Transcrevemos nossos argumentos, naquele pronunciamento: “2. Não vemos possibilidade, frente ao ordenamento jurídico pátrio, de utilização das receitas públicas provenientes do Fundo de Participação dos Estados – FPE como garantia dos contratos de Parcerias Público-Privadas. 3. Entendemos que a vedação do artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal, de vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, abrange os recursos provenientes da transferência obrigatória, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, que são, no seu conteúdo, também receitas provenientes de arrecadação de impostos. Esses recursos compõem o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios, através de transferência que é imposta pelo artigo 159, inciso I, alíneas “a” e “b” da mesma Constituição. 4. As ressalvas à vedação feita pelo inciso IV do artigo 167 da Lei Maior Federal encontram-se na parte final do próprio inciso, bem como no §4º do mesmo artigo, e dentre elas não identificamos a possibilidade de vinculação de recursos do FPE para garantir obrigações pecuniárias decorrentes de contratos de parcerias público-privadas. 5. Os recursos desse fundo somente podem ser vinculados à prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta, porque assim ressalvado expressamente naquele parágrafo. 6. Não sendo o caso da ressalva feita pelo texto constitucional, aplica-se a regra geral da vedação feita pelo artigo 167, inciso IV, de vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa”.

³⁰¹ CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 156.

11.1 A LEI BAIANA Nº 11.477/2009

Antes mesmo da edição da Lei Federal nº 11.079, em 30 de dezembro de 2004, denominada de Lei Geral de Parcerias Público-Privadas, o Estado da Bahia fez publicar a Lei nº 9.290, em 27 daquele mesmo mês e ano, disciplinando este modelo de contratação. Outras unidades da federação também se anteciparam à Lei Federal.

O diploma baiano, assim como a lei federal sobre a matéria, dispôs sobre as garantias das obrigações contraídas pela Administração em contratos de parcerias público-privadas. No artigo 16, tratou destas garantias elencando, dentre elas, a vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), ressalvados os tributos e observado o artigo 167, IV, da Constituição Federal³⁰².

Posteriormente, lei estadual da mesma unidade federada, da Bahia, a Lei nº 11.477, de 2009, autorizou a transferência de parcela dos recursos financeiros oriundos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) destinados àquele Estado para a Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. (DESENBAHIA), para fins de adimplemento das obrigações contraídas pelo ente estatal e pelas entidades de sua administração indireta em contratos de parceria público-privada. Vinculou parcela de receitas oriundas deste Fundo de Participação, como garantia às obrigações pecuniárias contraídas pelo Estado da Bahia e suas entidades, naqueles contratos. A parcela, inicialmente autorizada no percentual de 12%, foi ampliada para o percentual de 18% destes recursos, por outro diploma legal, a Lei nº 12.610, de dezembro de 2012, que também autorizou a criação do Fundo Garantidor Baiano de Parcerias (FGBP).

Esse último diploma, ao tratar da realização da integralização das cotas do patrimônio do FGBP, no seu artigo 1º, §4º, inciso IX, especialmente menciona, dentre outras formas, “outros bens e direitos de titularidade direta ou indireta do Estado, inclusive recursos federais cuja transferência independa de autorização legislativa

³⁰² Eis a redação do dispositivo: “Art. 16 – As obrigações contraídas pela Administração Pública, relativas ao objeto do contrato, sem prejuízo de outros mecanismos admitidos em lei, poderão ser garantidas através de: I – utilização de fundo garantidor; II – vinculação de recursos do Estado, inclusive os royalties que lhe são devidos e da Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), ressalvados os tributos e observado o disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal; III – atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito do contratante em relação a terceiros, salvo os relativos a tributos; IV – garantia fidejussória ou seguro. Parágrafo único – Além das garantias referidas no caput deste artigo, o contrato de parceria poderá prever a emissão dos empenhos relativos às obrigações da Administração Pública, diretamente em favor da instituição financiadora do projeto e a legitimidade desta para receber pagamentos efetuados por intermédio do fundo garantidor”.

específica”. A possibilidade da cota-parte do Estado da Bahia, no Fundo de Participação dos Estados (FPE), ser entendida como utilizável para a realização desta integralização das cotas do patrimônio do FGBP traz sérias preocupações no que diz respeito a controles fiscais.

Citados esses diplomas legais editados pelo Estado da Bahia, uma análise do conteúdo e das consequências da vinculação de recursos do FPE para órgão, fundo ou despesa tem pertinência.

Quanto à possibilidade de vincular a receita da cota-parte que cabe a um Estado, do FPE, para servir de garantia de crédito, a reflexão feita por André Castro Carvalho³⁰³ parece acertada. Defende este autor que a exceção prevista no dispositivo constitucional para a regra da vedação da vinculação da receita de impostos serviria, apenas, para a repartição destas receitas, não comportando outras hipóteses, e que a receita transferida através destes fundos não perderia o seu vínculo com a origem, ou seja, continuaria sendo considerada receita de imposto.

Nessa linha, sustenta a ideia segundo a qual o §4º do artigo 167 da Constituição permite a vinculação de impostos próprios e transferidos dos Estados, Distrito Federal e Municípios **somente** para a prestação de garantia ou contragarantia à União e não para a contratação dos entes federativos com particulares.

Em sentido diverso, há quem entenda que a vedação de vinculação de receitas de impostos não pode sofrer ampliação exegética, cingindo-se, portanto, tão só a esta espécie tributária, valendo apenas para os impostos próprios e não para a receita transferida³⁰⁴. Neste sentido, foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 184.116-8/MS³⁰⁵.

Voltando à posição adotada pelo autor citado, este, ao proceder à análise da Lei nº 11.477, de 2009, do Estado da Bahia, conclui que a “referida norma está conspurcada pela inconstitucionalidade, na compreensão de que a Constituição Federal veda a vinculação da receita de impostos, não diferenciando se próprios ou transferidos”³⁰⁶. Com relação à Lei nº 12.610, de dezembro de 2012, que autorizou a

³⁰³ CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 165-166.

³⁰⁴ COSTA, Eunice. Vinculação da receita: transferência, possibilidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, jan/mar. 1991, p. 262.

³⁰⁵ Nesse julgamento, a Egrégia Corte Constitucional, enfrentando a utilização do produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito previsto em sentença judicial, concluiu que a vinculação vedada pelo texto constitucional está ligada a “tributos próprios” (DJU, 16 fev. 2001).

³⁰⁶ Afirma o autor quanto à exceção da repartição do produto da arrecadação de imposto: “Assim, uma possibilidade de ‘vinculação’ das receitas dos impostos oriundos do Fundo de Participação dos

criação do Fundo Garantidor Baiano de Parcerias (FGBP), especificamente com relação do seu artigo 1º, §4º, inciso IX, acreditamos permaneçam as mesmas questões anteriormente enfrentadas, no que diz respeito à possibilidade de vinculação de cota-parte de fundo de participação do Estado a órgão, fundo ou despesa.

Essa cota-parte, como direito com valor patrimonial, de titularidade do Estado sobre recursos federais cuja transferência independe de autorização legislativa específica, não poderia ser utilizada na integralização daquelas cotas, sob pena de afronta indireta à vedação contida no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal³⁰⁷.

Extraídos das “*Demonstrações contábeis consolidadas do Estado da Bahia*”, dos dados a seguir elencados, constata-se que a participação do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) na receita do Estado da Bahia é bastante significativa. Na receita total do Estado para o exercício de 2012, participou este fundo com 11,37%; na sua receita corrente, no mesmo exercício, com 12,41%; nas receitas de transferências correntes, participou o FPE, também em 2012, em 32,99%.

A vinculação de cota do FPE para pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelo Estado da Bahia em contratos de parceria público-privadas, em percentuais que já aumentaram e ainda podem aumentar consideravelmente, certamente comprometerá a elaboração de futuros orçamentos e cerceará opções políticas de futuros governantes, afrontando o princípio da não afetação, na forma imposta na Lei Maior Federal, no seu artigo 167, inc. IV.

Enfim, com relação às unidades federadas que vincularam essa mesma receita como garantia das obrigações contraídas em contratos de parceria público-

Estados seria para algum programa de repartição entre os municípios, razão pela qual a expressa ressalva constitucional valeria para a hipótese aventada. Dessa forma, supondo que houvesse uma lei estadual que separasse 12% da quota-parte a que faz jus o Estado no Fundo de Participação dos Estados e obrigasse a sua distribuição aos municípios situados em seu território, tal repartição para o federalismo fiscal encontraria arrimo na permissão constitucional do artigo supramencionado” (*Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit., p. 166).

³⁰⁷ Pertinente é aqui a transcrição do pensamento de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, ao comentarem o artigo 8º da Lei Geral de PPP, inciso I, que trata da vinculação de receitas como garantia às obrigações dos entes públicos, assumidas em contratos de PPP: “Além disso, é possível que o ente federativo aporte créditos na empresa estatal ou fundo garantidor. Neste caso, a utilização do crédito para garantia do contrato de PPP também não significará vinculação de receita, mas garantia dada por fundo garantidor ou empresa estatal com essa finalidade, com base no inciso V do art. 8º. A discussão, neste último caso, ficará por conta de saber se a natureza do crédito admite ser aporte como capitalização do fundo ou da empresa estatal. **Por certo, não se poderá aportar créditos de receitas de impostos, porque isso significaria sua vinculação, o que não se admite em face do art. 167, IV, da CF.** Créditos de outra natureza, todavia, podem eventualmente ser aportados, tais como, a nosso ver, os decorrentes do pagamento pela outorga de concessões de serviço público (devidos pelos vencedores das licitações respectivas) ou da alienação de bens e direitos da Administração” (*Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos...*, cit., p. 218, NR 13).

privada, maiores riscos fiscais são trazidos pelas alterações na Lei Geral de PPP, introduzidas pela Lei federal nº 12.766, de dezembro de 2012. E, conforme foi acima defendido, “a receita proveniente das transferências constitucionais deve permanecer incólume a quaisquer concertos políticos”³⁰⁸.

³⁰⁸ CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação...*, cit.

12 SOBRE O IMPACTO FINANCEIRO NEGATIVO DAS PPPs NO BRASIL

Como já visto anteriormente neste trabalho, muitas alterações foram introduzidas na redação original da Lei nº 11.079, de dezembro de 2004, por diplomas legais editados posteriormente, alterações estas que vieram, sem qualquer dúvida, a propiciar o incremento de gastos pelo Poder Público com as parcerias público-privadas, aqui em sentido restrito tratadas.

Se o controle do comprometimento da receita corrente líquida da União com essas parcerias teria sido mantido, em razão da permanência do limite originariamente fixado no artigo 22 da Lei, o mesmo não ocorreu com relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Como já visto, seus limites percentuais de comprometimento da receita corrente líquida foram aumentados de 1% (um por cento) para 3% (três por cento) e, finalmente, para 5% (cinco por cento)³⁰⁹, limites estes impostos para efeito de concessão de garantias e realização de transferências voluntárias pela União.

Este aumento teve o claro objetivo de ampliar a utilização de PPP pelos citados entes federados, aumentando a possibilidade de comprometimento de seus orçamentos futuros com despesas oriundas destes contratos. Como contratar é assumir obrigações, é endividar-se de alguma maneira, pode-se dizer que estas alterações vieram a propiciar o aumento da dívida desses entes federados.

Quanto à questão da contabilização pública dos aportes de recursos públicos em favor do parceiro privado, como subsídio a investimentos para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, parece acertado não poderem ser contabilizados como dívida quando feitos anteriormente à disponibilização dos serviços, porque não haveria dilação entre a disponibilização do bem para o Poder Público/usuário e o momento em que o Poder Público vai pagar por este bem. Por esta razão, não se lhes aplicaria o controle sobre a dívida previsto no art. 29 e seguintes da LRF.

Também sobre eles não se aplicaria o limite de despesas com PPP, de 5% (cinco por cento), previsto no art. 28, da Lei de PPP, porque este limite incide somente sobre despesas correntes e não sobre despesas de capital.³¹⁰

Com relação aos aportes públicos realizados após a disponibilização dos serviços, sem tipificarem-se como contraprestação, haveria a dilação entre o momento de realização do investimento pelo contratado e o pagamento pelo poder público, fato

³⁰⁹ Pela Lei nº 12.766, de dezembro de 2012.

³¹⁰ RIBEIRO, *Contabilização Pública...*, cit., p. 7.

este que poderia levar à sua caracterização como dívida, sujeitando-os aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os limites de 1% (um por cento) e de 5% (cinco por cento) para despesas com PPP, previstos nos arts. 22 e 28 da Lei 11.079/2004, sobre os mesmos não se aplicaria. Enfim, hoje um menor controle sobre os gastos em PPP foi trazido com a previsão destes aportes de recursos.

Ainda tratando desses aportes, seus reflexos passam a existir sobre a exigência da autorização legislativa específica para a contratação de concessões patrocinadas nas quais mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado seja paga pela Administração Pública³¹¹.

Certamente, o controle legislativo sobre tais contratações restará enfraquecido, com o argumento de que subvenção e remuneração não se confundem para fins de atingimento deste limite, suprimindo-se, para tal cálculo, a parcela de subvenção. Provavelmente, já não mais existirá um entendimento uniforme derredor da interpretação e da aplicação do citado dispositivo.

Em razão dessas muitas dessas alterações, chega-se à conclusão sobre a possibilidade do aumento excessivo de gastos públicos com estes contratos de PPP e, também, sobre o desproporcional aumento dos riscos de endividamento dos entes públicos em contratos de parceria público-privadas. Até o momento, porém, não identificamos a existência de dados oficiais sobre o impacto financeiro negativo das PPPs nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros.

As informações sobre esse impacto não são divulgadas de forma clara e sistemática. A verificação do comprometimento da receita corrente líquida dos entes federados em contratos de PPP é passível de ser realizada, porém, mediante o confronto dos contratos assinados por cada um deles com os dados fiscais relativos a cada unidade federada, estes divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional³¹². Se já foram realizados levantamentos de dados desta natureza, a não conveniência da sua divulgação pode ter gerado um silêncio sobre os mesmos.

A falta de um comando legal que imponha a realização desses levantamentos seguido da publicação dos seus resultados dificultam, sobremaneira, o

³¹¹ Lei nº 11.079/2004, art. 10, §3º.

³¹² <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/images/arquivos/Responsabilidade_Fiscal/Prefeituras_e_Governos_Estaduais/arquivos/PUBLICACAO_DCL_RCL_Municipios_Posio_12-08-2013.pdf>.

acesso às informações referentes aos Estados e Municípios. Dentre esses entes, alguns têm contratado com excesso essas parcerias.

A manutenção dos limites hoje já existentes e a verificação do seu cumprimento, enfim, a existência de um efetivo controle quanto à utilização do modelo de contratação das parcerias público-privadas pelos entes federados é da maior importância.

Porque a falta de controle de hoje é a falta de opções políticas do amanhã.

CONCLUSÕES

As parcerias público-privadas – agora e aqui, em amplo sentido entendidas e que englobam um leque de figuras contratuais e institucionais muito difundidas na generalidade dos ordenamentos jurídicos – têm gerado um crescente número de modelos de colaboração de particulares no desempenho de funções administrativas. Encarnam todas as formas de transferência administrativa de atividade de interesse público, originariamente atribuídas à Administração Pública, para particulares, autorizadas por lei. Isto porque a diminuição do papel e das funções do Estado, com a conseqüente redução do peso do setor público, tem sido um objetivo político programático na grande maioria dos países na atualidade.

A ideia de “*Menos Estado, Melhor Estado*” e “*Melhor Estado, Melhor Sociedade*” vem promovendo um novo modelo de governação pública, no qual é reforçado o papel da iniciativa privada na execução de tarefas públicas, na busca de uma maior eficiência na prestação de serviços e atividades à população.

Nesse contexto, as parcerias público-privadas, já agora em sentido restrito, inserindo-se nas iniciativas públicas de privatização em sentido amplo entendida, vêm se configurando como um caminho no envolvimento dos privados na execução de tarefas do Poder Público, articulado com o imperativo de limitar a despesa pública, respeitando os limites de endividamento do Estado.

O Estado vem sendo hoje pressionado, cada vez mais, pelo cidadão, a dar respostas eficientes na prestação dos serviços públicos, a atuar com legitimidade e a “azeitar” a sua capacidade de intervenção na sociedade, quando necessário ao atendimento do interesse público.

O Estado do futuro vem sendo ensaiado e o que a muitos parecia uma crise do Estado pode ser somente uma crise do seu funcionamento. As reformas que vêm ocorrendo em diversos países atuam, na verdade, em seu aparato administrativo, com vistas a dotá-lo de maior eficiência e maior economicidade funcional³¹³.

A subsidiariedade poderá vir a garantir racionalidade na alocação de recursos públicos, cada dia mais escassos. Esta racionalidade será o desejado ímã capaz de atrair, por um lado, os cada vez mais abundantes e erráticos recursos privados em empreendimentos destinados ao atendimento dos interesses públicos³¹⁴.

³¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, ob. cit. p. 141.

³¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, obra citada, p. 142.

O condicionamento ou repartição do poder decisório do Estado, com a expansão do espaço público não estatal, o crescimento das entidades intermediárias e a multiplicação dos instrumentos de controle sobre o Estado, vêm a trazer maior racionalidade das escolhas públicas, maior eficiência na prestação de serviços públicos.

Passados os anos gloriosos das concessões, quando o exercício privado de tarefas públicas na construção de obras públicas e na exploração de serviços públicos era uma figura essencial da Administração da época liberal, já agora, com o encolhimento dos Estados, com as dificuldades fiscais somadas à percepção de que grande parte dos serviços públicos relevantes não são autossustentáveis, o modelo das parcerias público-privadas vem a se apresentar, talvez, como a única solução para a implantação das infraestruturas públicas imprescindíveis para o crescimento econômico dos Estados³¹⁵.

O modelo de PPP vem a ser adaptado do modelo das concessões comuns, com ampliação do seu objeto e com ganhos significativos, na medida em que criou instrumentos adicionais para viabilizar investimentos indispensáveis e inadiáveis com vistas à desobstrução de gargalos infraestruturais, com maior segurança dos agentes financeiros.

No Brasil, vêm as PPPs exercendo importantes funções na economia e no desenvolvimento do Estado, desobstruindo esses “gargalos” estruturais, de efeitos deletérios para a economia do país, e aumentando a eficiência do Estado na prestação de serviços públicos.

Não obstante, esse modelo de parceria e de contratação deve ser utilizado, tão somente, quando não existirem, no momento da opção pela contratação, os recursos públicos necessários e suficientes para a implantação e a gestão de serviços e obras fundamentais para o país e for impossível a transferência, para o privado, do risco econômico do empreendimento de interesse público.

Mais uma vez com Vital Moreira³¹⁶, em comentário por demais pertinente sobre esse modelo de contratação pública, tem-se que o esquema de PPP permite aos governos lançarem e fazerem executar obras e serviços públicos sem a necessidade de sobrecarregarem – pelo menos no momento, observamos - o orçamento nem a dívida pública. Isto é essencialmente importante, quando os crescentes encargos financeiros

³¹⁵ GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos...*, cit., p. 43 (apud AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública...*, cit., p. 41).

³¹⁶ A tentação da Private Finance Initiative – PFI. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 18-19.

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 a pressão da competitividade fiscal') e de limitações ao endividamento público. Porém, o diferimento dos encargos para o futuro tem, em si mesmo, um efeito anestesiador da opinião pública. A isto, acresce a vantagem de permitir libertar o endividamento para outras despesas públicas, ampliando, assim, as disponibilidades financeiras do Estado, porém, sobrecarregando mais os futuros contribuintes.

Atraindo investimentos privados para projetos de infraestrutura que não são viáveis economicamente, nas PPP o papel das instituições estatais de crédito é por demais relevante. Evitar que ocorram, nos projetos, custos adicionais para o Estado, decorrentes do aumento do *spread* financeiro no financiamento destes contratos, é um papel a ser desempenhado por estas instituições, que podem financiar, diretamente, para os parceiros privados, com taxas iguais às do setor público, isto porque as taxas de financiamento do setor privado são mais altas do que as do setor público e este custo é repassado para o contrato, encarecendo as contratações.

A despeito da Lei nº 11.079/2004 haver silenciado quanto aos serviços que poderiam ser objeto de contratos de parcerias público-privadas – silêncio não mantido por diversas leis estaduais e municipais sobre a matéria, que apresentaram o elenco destes serviços –, não se pode entender como objeto de PPPs serviços públicos e atividades da Administração que sejam privativos do Poder Público, considerando a impossibilidade de delegação a particulares em face da sua natureza e de restrição constitucional.

Repetindo Paulo Modesto³¹⁷, pode-se concluir que celebradas com as cautelas devidas, as PPPs podem oferecer nova dinâmica a serviços prestados com patrocínio do Estado ao público e servir para superar limitações orçamentárias na implementação de serviços públicos e serviços de relevância pública, sem ampliar ainda mais o endividamento público, assegurando, hoje utilidades que talvez, sem estas iniciativas, continuassem simples promessas no futuro.

Cuidados devem ser tomados, porém, na celebração e no acompanhamento de contratos de parceria público-privada. Isto porque, como lembra Marcos Barbosa Pinto, os contratos de concessão, em geral, e os de PPP, em particular, apresentam uma característica específica que propicia ainda mais o comportamento irregular do

³¹⁷ MODESTO, *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas...*, cit., p. 521.

contratado. Quando o parceiro privado descumpre o contrato, sistematicamente, o Estado se vê diante de um dilema difícil de resolver: fazer vistas grossas ou aplicar penalidades mais duras, como a caducidade da concessão, o que pode levar à deterioração ou interrupção dos serviços. Os concessionários estão cientes deste dilema e, não raro, tiram proveito da situação. “Daí o receio fundado de boa parte dos ganhos de eficiência obtidos na execução das PPPs não sejam repassados para o Estado, mas apropriados pelos parceiros privados mediante remunerações exorbitantes”³¹⁸.

Assim, cuidados devem ser adotados pelo Poder Público no sentido de não haver desvirtuamento na utilização das PPPs, com a repartição de riscos em situações nas quais a concessão comum seria aplicável. Também cuidados devem ser tomados na utilização do modelo, quando o Poder Público já dispõe de recursos imediatos para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, cujo aporte ao parceiro privado hoje se encontra autorizado pelo §2º do artigo 6º da Lei Geral de PPP, dispositivo que foi introduzido pela Lei nº 12.766, de 2012.

As alterações da Lei Geral de PPP, efetuadas pela Lei nº 12.766, de 30 de dezembro de 2012, associadas a outros mecanismos adotados por unidades federadas, muitos de discutível constitucionalidade, podem vir a comprometer a própria ideia e sentido do Programa de Parcerias Público-Privadas.

No que diz respeito à vinculação de receitas oriundas de Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios – FPE e FPM –, como garantia às obrigações pecuniárias contraídas em contratos de parceria público-privadas ou para integralização de cotas de fundo garantidor de parcerias, são estas condutas de constitucionalidade contestável e devem ser evitadas pelos entes federados.

Cabe seja lembrado que a autonomia financeira dos entes federados é assegurada, em grande parte, em razão das transferências intergovernamentais e qualquer possibilidade de afetação destes recursos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções constitucionais, pode importar em desrespeito à Lei Maior federal.

Com as alterações que foram introduzidas na Lei nº 11.079, de 2004 – que trouxeram um afrouxamento nos gastos e nos limites de gastos públicos em PPPs – e considerando que contratar é assumir obrigações, é endividar-se de alguma maneira, se

³¹⁸ PINTO, *A função econômica das PPPs...*, cit., p. 10. Comenta o autor que este é o clássico problema do poder de mercado *ex post* ou *lock-in*. E observa que quando uma relação econômica e longo prazo é iniciada, as partes passam a ter que incorrer em custos para abandoná-la e, deste modo, abrem-se espaços para comportamentos oportunistas que não podem ser devidamente penalizados.

um número excessivo de parcerias for contratado pelo Poder Público evidenciar-se-ão questões sobre a legitimidade de obrigação imposta a futuros governos, eis que nelas se travam relações de longo prazo.

Não pode ser olvidado, porém, que, em um cenário que possibilite, ao menos, uma parcela dos investimentos não ser contabilizada no passivo público, ocorre uma maximização de investimentos, pois, aqueles que e não impactam na dívida pública abrem espaço para novos créditos e, conseqüentemente, novos investimentos³¹⁹.

Enfim, o novo modelo de contratação pública, denominado de parcerias público-privadas, deve ser aplicado como um remédio que, ingerido além dos limites e sem os cuidados requeridos, pode “adoecer” ou mesmo “matar” o paciente.

³¹⁹ STARLING, Felipe, in *Limites à Contratualização de Parcerias Público-Privadas: aspectos contábeis do modelo brasileiro*. Palestra proferida no IV Congresso de Gestão Pública – CONSAD, publicada na internet www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/.../painel_29-102_103_105

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. PPP – Execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 228p. p. 97-121.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* [online], Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 1-41, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*. Coimbra: Coimbra, 2009.

BAHIA. *Lei nº 9.290*, em 27 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – PPP Bahia e dá outras providências. Salvador, 27. dez. 2001. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BAHIA. *Lei nº 9.433*, de 01 de março de 2005. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Salvador, 1 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BAHIA. *Lei nº 11.477*, de 01 de julho de 2009. Autoriza a transferência de parcela dos recursos financeiros oriundos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), destinados ao Estado da Bahia, à DESENBAHIA – Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A., para fins de adimplemento das obrigações contraídas pelo Estado da Bahia e entidades da sua administração indireta em contratos de parceria público-privada, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Estadual nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, e dá outras providências. Salvador, 1 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BAHIA. *Lei nº 12.610*, de 27 de dezembro de 2012. Autoriza o Poder Executivo a criar o Fundo Garantidor Baiano de Parcerias - FGBP, altera as Leis nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004, e nº 7.599, de 07 de fevereiro de 2000, e dá outras providências. Salvador, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de Secretarias Municipais: Inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 15, jan./mar., 1971.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRANDT, Caroline Botsman. Arbitragem e contratos administrativos de PPP. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 32-44.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. DOU, 18 jul. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 4.320*, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. DOU de 23 mar. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Lei de Ação Popular. Regula a ação popular. DOU, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.031*, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. DOU, 13 abr. 1990. Retificada DOU 18 abr. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. DOU, 2 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU, 22 jun. 1993. Republicada DOU, 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU, 14 fev. 1995; Republicada 28 set.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.074*, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. DOU, 8 jul. 1995 -Ed. Extra; Republicada 28 set. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. Dispõe sobre a arbitragem. DOU, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. DOU, 27 dez. 1996; Republicada 28 set. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. DOU, 18 maio 1998; Retificada 25 maio 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. DOU, 24 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Lei Geral de Parcerias Público-Privadas Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. DOU, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.196*, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; [...] e dá outras providências. DOU, 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.024*, de 27 de agosto de 2009. Dá nova redação aos arts. 4º, 5º e 8º da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as

Leis nºs 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. DOU, 28 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12024.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.766*, de 30 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. DOU, 28 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101*, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. DOU, 5 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 157-179.

CARVALHO, André de Castro. *Vinculação de receitas públicas e o princípio da não afetação*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. *As parcerias público-privadas e a atividade financeira do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CASTRO, Fábio Mendonça e. O binômio necessidade de investimento em infraestrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público. Coimbra, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

CEARÁ. *Lei nº 13.557*, de 30 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-privadas – Programa PPP, no âmbito da Administração Pública Estadual e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cede.ce.gov.br/leis-e-decretos-fdi/LEI%2013.557%20DE%2030-12-04.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. A contratação de parceria público-privada no âmbito municipal. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 135-148.

COSTA, Eunice. Vinculação da receita: transferência, possibilidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 259-62, jan./mar. 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOIÁS. *Lei nº 14.910*, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre a instituição do Programa de Parcerias Público-Privadas, da constituição da Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás e dá outras providências. Goiânia, 11 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/legislacao/downloads-de-leis/go_ppp.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: _____. *Estudos de Contratação Pública III*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 5-49.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 390-432.

HARADA, Kiyoshi. Vinculação pelo município das cotas de ICMS para garantia de operações de crédito. efeitos. *Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n. 2, jan. 1999.

HUPSEL, Edite Mesquita. *Efeitos da crise econômica nos contratos da administração pública e o código dos contratos públicos*. Trabalho apresentado pela autora na matéria

Direito Administrativo II, Curso de Mestrado 2011/2012, Prof. Doutor Pedro Gonçalves.

HUPSEL, Edite Mesquita. Seleção de organizações sociais para contratação de serviços na área de saúde, educação e cultura. *Revista de Licitações e Contratos –ILC*, v. XV, n. 178 dez. 2008.

HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia – Lei nº 9.433/2005*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios do Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: _____. ; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Parceria Público-Privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 228p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MINAS GERAIS. *Lei nº 14.868*, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte, 16 dez. 2003. Disponível em: <http://www.ipism.mg.gov.br/arquivos/legislacoes/legislacao/leis/lei_14868.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

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. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 468-521.

MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil: aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-113.

MONTEIRO, Vera. Três anos da Lei de Parceria Público-Privada. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 225-256.

MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil: competência legislativa em matéria de concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 82-109.

MOREIRA, Vital. *Estudos sobre concessões e outros actos da administração*. Coimbra: Almedina, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 667p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado – execução e serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes – aplicação adequada desses institutos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano XIII, n. 1, jan. 1997.

MOROLLI, Fábio Giusto. A evolução do Direito Público e a parceria com a iniciativa privada. transferência de serviços públicos de natureza social. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, n. 50, Paraná, Zênite, abr. 1998.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernando de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessões de serviço público no regime da Lei 8.987/1995: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

PORTUGAL. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. [...] estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. *Diário da República*, 1.ª série, n. 20, 29 jan. 2008. p. 753-852. Disponível em: <<http://www.anmp.pt/anmp/doc/Djur/2008/ccp/DL18-2008.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Controles Fiscais e PPPs: excluindo as PPPs que geram dívida do limite de despesas com PPPs de Estados e Municípios* [Online]. 2 set. 2012. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/limite-de-despesas-com-ppp-publicado-vf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e seu controle fiscal*. 1 fev. 2013. Disponível em:

<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-12766-e-o-controle-fiscal-das-pp-ps-final-env>. Acesso em: 28 ago. 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Aspectos relevantes do subsídio a investimento em concessões e PPPs*. 26/03/2012. Disponível em: <www.pppbrasil.com.br>.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* [online]. 9 set. 2012. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/novo-fundo-garantidor-de-ppps-federal>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; PRADO, Lucas Navarro. *Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas*. 17 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessões e permissões de serviço público no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTA CATARINA. **Lei nº 12.930**, de 4 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. Florianópolis, 4 fev. 2004. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/legislacao/downloads-de-leis/sc_ppp.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SÃO PAULO. *Lei nº 11.688*, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-privadas PPP, e dá outras providências. São Paulo, 19 maio 2004. Disponível em: <http://www.habitacao.sp.gov.br/casapaulista/downloads/leis/lei_estadual_11688_de_05mai_19_2004.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas Parcerias Público-Privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. São Paulo: Dialética, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SOUZA, Mariana Campos de. As Parcerias Público-Privadas à luz do artigo 175 da Constituição Federal. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

STARLING, Felipe. Limites à contratualização de Parcerias Público-Privadas: aspectos contábeis do modelo brasileiro. In: CONGRESSO CONSAD, IV. *Anais...* Brasília, 25 a 27 de maio de março de 2011. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-06/painel_29-102_103_105.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS vs. AES. *Revista da PGM*, Porto Alegre, n. 22, dez. 2008. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/revistapgm22.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.