

ANA LÍDIA SILVA MELLO



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: INOVAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES PARA A REFORMA ADMINISTRATIVA

por

ANA LÍDIA SILVA MELLO

ORIENTADOR: FRANCISCO MAURO DIAS

2008.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: INOVAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES PARA A REFORMA ADMINISTRATIVA

por

ANA LÍDIA SILVA MELLO

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

**Orientador(a): Francisco Mauro
Dias**

2008.2

À minha família, que sempre me amou,
apoiou e respeitou, possibilitando todas as
minhas conquistas pessoais.

Agradecimentos

Devo agradecer, em primeiro lugar a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

Agradeço aos meus pais e irmãos, assim como a Victor, pois estiveram sempre ao meu lado, me fortalecendo, com amor e paciência, nesta caminhada.

Agradeço também ao professor Francisco Mauro Dias, pela sua dedicação, atenção e incentivo.

Também não posso deixar de agradecer a todos os funcionários do Departamento de Direito, inclusive o corpo docente, sem os quais minha formação acadêmica não teria sido possível.

Agradeço, enfim, a todos os meus amigos e colegas de curso, que também representaram um grande estímulo e mais um fator de motivação para seguir em frente, com esperança em um futuro próspero e feliz para todos.

“A Administração Pública deve mudar porque o Estado está se transformando, por sua vez, pressionado pelas mudanças na sociedade.

(...)

Daí, ser inevitável a necessidade de conhecer as tendências em curso para a boa escolha de alternativas de adaptação, em busca de respostas *adequadas e eficientes*.”

Resumo

O presente estudo tem por finalidade tecer uma breve análise sobre o instituto das Parcerias Público-Privadas, introduzido no ordenamento pátrio a partir da Lei nº 11.079, de 30-12-2004, seguindo as tendências da reforma do aparelho estatal, iniciada na década de sessenta e reforçada, na década de oitenta, com a Constituição Republicana de 1988. A abordagem será focada nos aspectos diferenciais desta modalidade de contrato administrativo em relação às modalidades anteriores. Desta feita, serão estudadas as suas características principais, tais como a remuneração do poder público ao concessionário particular e o oferecimento de garantias que assegurem o cumprimento desta obrigação, a repartição objetiva dos riscos entre as partes, a utilização da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes do contrato etc. Como será demonstrado, a doutrina ainda trava muitas discussões a respeito das Parcerias Público-Privadas e das suas inovações. Não obstante, deve-se levar em consideração as contribuições que este novo instituto é capaz de trazer para o processo de reforma administrativa por que passa o país, em prol do seu desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave

Parcerias Público-Privadas, Concessão Administrativa, Concessão Patrocinada , Reforma Administrativa, Descentralização, Subsidiariedade, Eficiência.

Sumário

Introdução	7
Apresentação do Tema	7
Metodologia	10
Estrutura do Trabalho.....	11
Capítulo 1: Nova concepção de Estado e Reforma Administrativa	14
1.1 Reforma Administrativa no Brasil	17
1.2 As Parcerias Público-Privadas (PPPs) no contexto da Reforma Administrativa	20
Capítulo 2: As Parcerias Público-Privadas.....	24
2.1 Concessão Patrocinada.....	25
2.2 Concessão Administrativa.....	28
2.3 Um conceito ideal de PPP	33
2.4 Diretrizes dos contratos de PPP	35
Capítulo 3: Discussões acerca dos novos aspectos introduzidos pela Lei 11.079/2004	40
3.1 Limites mínimos de valor e de duração do contrato - aplicabilidade aos Estados e Municípios	41
3.2 - Repartição dos riscos entre parceiros público e privado	44
3.3 Garantias do parceiro público ao parceiro privado	48
3.4 Licitação	56
3.5 Sociedade de Propósito Específico - SPE	61
3.6 Controle das PPPs	63
3.7 Arbitragem nas PPPs.....	66
Conclusão	75
Referências Bibliográficas.....	81

Introdução

Apresentação do Tema

No contexto brasileiro atual, em que se faz notória a necessidade de investimentos em infra-estrutura para viabilizar o desenvolvimento econômico nacional e a implementação de serviços públicos de forma mais eficiente, o surgimento de mais uma alternativa de contrato da Administração Pública em parceria com a iniciativa privada é oportuno, e pode vir a solucionar os casos em que nenhuma das formas contratuais pré-existentes se faz adequada.

Com efeito, a Administração Pública nos últimos vinte anos tem passado por diversas transformações, retomando a linha da descentralização implementada em meados da década de sessenta, e indo mais além, no sentido de uma verdadeira "privatização em sentido amplo" ¹ das atividades administrativas não essenciais do Estado.

A reforma administrativa que vem sendo instaurada busca, desta forma, a criação de um "Estado gerencial", primando pela aplicação dos princípios da subsidiariedade e da eficiência e utilizando-se para tal fim, da consensualidade, em lugar da imperatividade tradicionalmente utilizada pelo Poder Público ². Esta mudança de postura do Estado traduz, na verdade, a realização do seu caráter Democrático, que vem se somar à já estabelecida concepção de Estado Social de Direito.

Uma vez assegurada, na Constituição Federal vigente, a participação dos particulares na prestação dos serviços públicos em suas diversas

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8

² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 41

espécies (serviços de interesse econômico, serviços sociais e serviços administrativos), cabe aos administradores, no exercício de seu poder discricionário e respeitados os parâmetros legais, adotar as medidas mais adequadas para disponibilizar aos seus administrados serviços públicos com a melhor qualidade possível somada a um custo mínimo, que atenda ao princípio da modicidade.

Sucedem que, pelas formas contratuais vigentes antes da inserção das Parcerias Público-Privadas no ordenamento, alguns empreendimentos não eram passíveis de delegação à iniciativa privada na prática, em vista de seu alto custo e baixa (ou nula) expectativa de retorno financeiro.

Dentro desta problemática, as Parcerias Público-Privadas, com suas peculiaridades – dentre elas a previsão de remuneração pelo parceiro público ao parceiro privado - passam a ser mais uma ferramenta, considerada de caráter intermediário entre as concessões de serviços públicos regidas pela Lei nº 8.987/95 e os contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.666/93, cuja aplicação deve ser de caráter subsidiário e excepcional em relação a estas modalidades.

Neste sentido, oportuno citar as considerações de Paulo Modesto:

Somente parece legítima a adoção das novas modalidades quando inviável, por manifesto desinteresse dos capitais privados e insuficientes recursos de investimento do poder público, a adoção da modalidade comum de concessões de serviço, de obra ou de uso de bem público, bem como a contratação direta em regime de empreitada.

(...)

A opção pelo modelo das PPPs deverá exigir ao menos dois fundamentos concretos: a ausência de recursos suficientes para investimentos de interesse público e, cumulativamente, a inviabilidade da transferência para a iniciativa privada do risco econômico integral da prestação do serviço, precedido ou não de obra pública³.

³ 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. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

Destarte, cabe frisar: a adoção do contrato de Parceria Público-Privada somente será cabível quando outras modalidades tradicionais costumeiramente utilizadas não forem viáveis.

No Brasil, embora a Lei nº 11.079 tenha quase quatro anos de vigência, a utilização das Parcerias Público-Privadas na prática é rara ⁴. A doutrina administrativista, porém, já enuncia uma série de exemplos concretos em que ela pode ser adotada. A título de demonstração, Aline Paola Camara de Almeida sugere:

Assim, por exemplo, poderão ser objeto de contratos de parcerias público-privadas a construção e operação de ferrovias; a duplicação de trecho rodoviário e sua exploração; a gestão de presídios - englobando sua construção e execução dos meios materiais e humanos para a administração de atividade que não sejam consideradas como ato de força (exclusiva do Estado), como o fornecimento de alimentação e disponibilização de atendimento médico e educacional para os detentos, além da conservação e limpeza do imóvel, por exemplo, a construção e gestão de hospitais; implantação de malha hidroviária; implantação e exploração de serviços de saneamento básico e a construção e administração de universidades e escolas públicas⁵.

Há que se atentar, contudo, para o fato de que a Lei nº 11.079 traz em seu bojo algumas peculiaridades e inovações quanto ao tratamento jurídico dos contratos administrativos, o que nem sempre é bem visto pelos estudiosos, e, reflexamente, acaba por gerar insegurança na sua aplicação prática, criando receios tanto para os administradores, quanto para a iniciativa privada - que enxerga na possibilidade de declaração

⁴ Recentemente, no mês de setembro do corrente ano, o Presidente de República autorizou a contratação dos primeiros projetos de Parceria Público-Privada para a implementação em dois Municípios – Rio Claro (SP) e Rio das Ostras (RJ) - de obras e serviços de coleta e tratamento de esgoto, que serão financiados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Os contratos são da modalidade de concessão patrocinada, ou seja, com parte da remuneração feita pelo parceiro público ao parceiro privado, e parte feita pelos usuários, através do pagamento de tarifas. (notícia veiculada no jornal *online* O Estado de S. Paulo, em 12/09/2008. Disponível em <<http://txt.estado.com.br/editorias/2008/09/12/eco-1.93.4.20080912.27.1.xml>>. Acesso em 23 de outubro de 2008)

⁵ ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. A Remuneração nos Contratos de PPP. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 535

superveniente de inconstitucionalidade da lei das Parcerias Público-Privadas mais um fator de risco para a estabilidade do contrato.

Por outro lado, mesmo em meio a tantas polêmicas – como as que serão demonstradas ao longo deste trabalho – deve-se admitir que as Parcerias Público-Privadas constituem, de fato, mais uma tentativa do Estado de proporcionar melhores condições para o desenvolvimento do país. Isto porque os empreendimentos que são viabilizados com este novo modelo contratual (que com os modelos anteriores não eram passíveis de implementação) buscam atender às demandas da coletividade como um todo, tanto no setor de produção, quanto no de consumo de bens e serviços. Conforme observa Marcos Juruena Villela Souto:

Um porto, uma rodovia, uma ferrovia, uma escola, produzem resultados que vão muito além das comunidades atingidas, pois permitem a geração de empregos e a circulação de bens, serviços e riquezas, que alimentam um círculo virtuoso da economia⁶.

Portanto, como será demonstrado, as Parcerias Público-Privadas, se adotadas nas circunstâncias oportunas e com consciência e responsabilidade por parte da Administração Pública – inclusive seguindo-se as diretrizes estabelecidas pela Lei nº 11.079, em seu art. 4º - poderá ser um instrumento de concretização dos princípios da eficiência e subsidiariedade, avançando mais um passo no processo de redução e reformulação do aparelhamento estatal.

Metodologia

No presente estudo, tendo em vista ser necessário contextualizar as Parcerias Público-Privadas entre as novas tendências do Direito Administrativo, será feita uma breve abordagem histórica da evolução geral

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.28

da concepção de Estado desde o século XIX, e em seguida no âmbito nacional, desde a reforma administrativa de 1967 até as novas tendências atuais, onde se inserem novas formas de atuação da Administração em parceria com o setor privado, entre elas, os contratos de Parceria Público-Privada.

Em seguida, através de uma análise comparativa do instituto das Parcerias Público-Privadas com as outras formas de contratos administrativos existentes no ordenamento, chegar-se-á à sua individualização, bem como a um conceito que explicita de forma satisfatória seus traços principais. Em forma de estudo analítico, também serão examinadas as principais diretrizes dessa nova forma contratual no Brasil.

Após, serão expostas as principais discussões acerca da lei geral dos contratos de Parceria Público-Privada, através de um método de contraposição das opiniões dos principais doutrinadores a respeito dos diversos aspectos introduzidos pelo referido diploma legal.

Estrutura do Trabalho

No primeiro capítulo, será traçado um breve panorama histórico da concepção de Estado, desde o modelo Liberal, passando pelo Estado Social de Direito, até a sua evolução para o Estado Social Democrático de Direito, que ainda se encontra em andamento.

Neste contexto, a Administração Pública introduz em suas práticas novos parâmetros, como o limite da legitimidade, a adoção da consensualidade e a retomada do princípio da subsidiariedade. Por meio de tais conceitos, busca-se a realização, na prática, de maior eficiência na prestação dos serviços públicos, através de mecanismos de parceria e

delegação de atribuições entre entes públicos distintos e entes públicos e privados.

Passa-se então a uma análise da reforma administrativa no Brasil, que tem como marco inicial o Decreto-lei nº 200 de 1967, seguido das mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988, assim como dos programas governamentais a ela posteriores e da legislação infraconstitucional, destacando-se, para o presente estudo, a Lei nº 11.079/2004, que inseriu no ordenamento pátrio o contrato de Parceria Público-Privada.

No segundo capítulo, o foco será o instituto das Parcerias Público-Privadas em seus aspectos principais. Serão descritas as suas duas modalidades – concessão patrocinada e concessão administrativa – destacando-se seus âmbitos de aplicação, suas definições legais e as suas diferenças em relação às outras formas contratuais adotadas pela Administração Pública vigentes no ordenamento: as concessões tradicionais, regidas pela Lei nº 8.987/95, o contrato de empreitada, previsto na Lei nº 8.666/93 e a terceirização.

Analisa-se ainda o conceito de Parceria Público-Privada elaborado pelo autor Alexandre Santos de Aragão, destacando-se os principais elementos dessa nova forma contratual. Por último, são analisadas as diretrizes dos contratos de Parceria Público-Privada, enumeradas no art. 4º da Lei nº 11.079/2004.

No terceiro capítulo, serão abordadas as principais discussões trazidas com as inovações da Lei nº 11.079: (i) a aplicabilidade aos Estados e Municípios dos limites mínimos de valor e de duração do contrato; (ii) a repartição dos riscos entre os parceiros público e privado; (iii) a prestação de garantias do parceiro público ao parceiro privado; (iv) as particularidades do procedimento de licitação; (v) a instituição da Sociedade de Propósito Específico; (vi) as formas de controle das Parcerias

Público-Privadas; (vii) a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos decorrentes do contrato.

À guisa de conclusão, será feita uma avaliação da viabilidade da aplicação prática da Lei nº 11.079, contrapondo-se os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao instituto das Parcerias Público-Privadas, buscando-se demonstrar a sua contribuição para o processo de reforma administrativa por que passa o país.

Capítulo 1: Nova concepção de Estado e Reforma Administrativa

A instauração e consolidação do Estado Social de Direito, em meados do século XIX até a Segunda Guerra Mundial, significou um grande avanço da humanidade na busca da concretização dos direitos fundamentais. O modelo de Estado Liberal havia gerado grandes desigualdades sociais e econômicas, dando origem a inúmeros grupos de excluídos, desprovidos de condições mínimas para uma existência digna, em contraste a uma classe dominante, detentora da maior parte do capital.

Como reação a tais circunstâncias nefastas, surge uma noção de Estado intervencionista, assistente dos mais desfavorecidos, promotor da igualdade. A instituição estatal passa a existir não mais em si mesma, mas em função dos indivíduos, e o Estado passa a ter como principal atribuição o atendimento das crescentes demandas, econômicas e sociais, em todos os setores da sociedade.

Em contrapartida, a consequência desse acúmulo de funções pelo Estado foi, sem dúvida, o seu crescimento desmensurado, com uma alta concentração de atribuições no âmbito do Poder Executivo, provocando, inclusive, grande desequilíbrio entre os Poderes. Adotou-se a organização burocrática da Administração Pública, único meio de viabilizar o exercício ordenado de tantas atribuições em larga escala. Inevitavelmente, as exigências burocráticas acarretaram grande ineficiência para as atividades estatais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Foi esse modelo que se hipertrofiou no final do Século XIX e na primeira metade do Século XX com a finalidade de atender às necessidades das massas emergentes nas duas Revoluções Industriais, às demandas políticas da tumultuada Era das Grandes Conflagrações e das Ideologias de exportação e às próprias pressões de crescimento do aparelho do Estado ⁷.

⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit. p. 38.

O resultado foi um aparelho estatal sobrecarregado, que dispunha de recursos financeiros insuficientes para atender a todas as demandas (saúde, educação, previdência, moradia, transporte, segurança), com a atuação engessada pelo sistema excessivamente burocrático, além de um caráter altamente interventor sobre a iniciativa privada. Nas palavras da professora Maria Sylvia Di Pietro:

Com isso, o Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade ⁸.

O quadro crítico atingido desencadeou um processo de transformações no papel do Estado, e, por conseguinte, no Direito Administrativo. De acordo com a professora Maria Sylvia⁹, acresceu-se à concepção de Estado Social de Direito o elemento democrático, no sentido de abertura à participação popular não só no processo político, como também nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública.

Diogo de Figueiredo¹⁰, por sua vez, observa que no Estado Democrático com uma feição pluriclasse desenvolve-se o *limite da legitimidade*, o qual vai além do *limite da legalidade*, instituído pelo Estado de Direito. A legitimidade constitui a chancela da vontade popular sobre a atuação estatal. Ela se concretiza através da adoção da *consensualidade*, como alternativa à *imperatividade*: há um aumento da participação política dos administrados e adotam-se medidas de parceria entre o Estado e a sociedade. Assim, a democracia não permanece restrita à escolha dos governantes, abrangendo também a escolha de como se quer ser governado.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. pp. 13/14

⁹ Ibid. p. 14

¹⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op.cit. pp. 40/41

Ao Estado de Direito Social e Democrático acrescenta-se ainda a idéia de Estado *Subsidiário*. Trata-se do princípio da subsidiariedade, cuja aplicação passou a ter relevância nas relações Estado/indivíduo a partir dos ideais desenvolvidos pela Doutrina Social da Igreja, ao final do Século XIX e início do Século XX.

Neste novo contexto, o princípio da subsidiariedade encontra ainda maior aplicação. Segundo Paulo Geraldo de Oliveira Medina¹¹, as idéias inerentes ao princípio da subsidiariedade, tais como a valorização da liberdade individual, a primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa pública, a repartição de competências e a limitação à intervenção estatal, inspiram a criação de diversos instrumentais jurídicos tendentes à descentralização administrativa e enxugamento da máquina estatal.

A professora Maria Sylvia Di Pietro¹² observa que, através do princípio da subsidiariedade, o Estado passa a ter limites na sua intervenção, reconhecendo a primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal. Sua atuação deve restringir-se ao fomento, coordenação e fiscalização das atividades exercidas pelo particular. Eventualmente, se observada a deficiência da iniciativa privada, torna-se possível a realização de parcerias entre o público e o privado.

Uma vez assumidos os aspectos democrático e subsidiário do Estado Social de Direito, a Administração Pública passa a contar com novos mecanismos para viabilizar o desempenho de suas funções. Adotam-se medidas descentralizadoras, as quais, segundo Di Pietro, configuram a *privatização em sentido amplo* das atividades estatais:

Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado, inclusive a parceria público-privada, constituem formas de privatizar; e

¹¹ MEDINA, Paulo Eduardo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16086>> Acesso em 18 de setembro de 2008.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. p. 16.

que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização¹³.

Medidas amplamente adotadas, como a quebra de monopólios estatais, a delegação de serviços públicos, as parcerias entre entidades públicas distintas e entre entidades públicas e privadas, a terceirização etc., demonstram a tendência descentralizadora do Estado, que busca a redução dos custos e a melhoria da qualidade dos serviços prestados.

1.1 Reforma Administrativa no Brasil

De acordo com as lições do ilustre professor Francisco Mauro Dias¹⁴, no contexto nacional as transformações da máquina estatal se iniciaram com a reforma administrativa de 1967. Concomitantemente à promulgação da Constituição em 24 de janeiro de 1967, a reforma foi formalizada através do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro daquele mesmo ano.

Preconizando a aplicação do princípio da subsidiariedade, a Constituição de 1967 estabeleceu como atribuição preferencial das empresas privadas a exploração direta da atividade econômica (art. 163, *caput*), reservando ao Estado apenas a função suplementar, de estímulo e apoio à iniciativa privada.

Em consonância aos preceitos constitucionais, o Decreto-lei nº 200 trouxe a conceituação das entidades descentralizadas integrantes da administração pública, dotadas de personalidade jurídica própria (art. 5º): a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista. Mais tarde, em 1987, com a Lei nº 7.596, o rol foi ampliado, inserindo-se o conceito da fundação pública.

¹³ Ibid. p. 8.

¹⁴ DIAS, Francisco Mauro. As transformações da esfera administrativa e o poder público. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito, PUC-Rio. Rio de Janeiro, nº 7, p. 13-24, jul-dez 1995.

O professor Mauro Dias, em seu estudo, elenca algumas peculiaridades do Decreto-lei nº 200, dentre elas a de que o diploma legal erigiu à condição de princípio fundamental da atividade administrativa a *descentralização-desconcentração*, inclusive estabelecendo como um dos meios para a sua concretização os contratos e concessões (art. 10, §1º, c), transferindo a execução material de tarefas da Administração Pública para a órbita privada. Tal previsão denotou claramente o objetivo da reforma de evitar a hipertrofia da estrutura administrativa, reservando-lhe exclusivamente as funções de planejamento, coordenação, supervisão e controle, previstas também como princípios fundamentais das atividades da Administração Pública (art.6º).

Posteriormente (a partir da década de oitenta), novas transformações na estrutura administrativa brasileira tornam-se visíveis, sendo de se destacar a Constituição Federal de 1988, que deixou expressa em diversos dispositivos, tal como na Constituição de 1967, a não-exclusividade da prestação de serviços pelo Poder Público, trazendo também a atuação fomentadora do Estado em determinados setores sociais e, excepcionalmente, a exploração direta de atividades econômicas.

Medida de grande impacto foi o Programa Nacional de Desestatização (PND), promovido inicialmente pela Lei nº 8.031 de 12-04-1990, e após, pela Lei nº 9.491 de 09-09-1997, que revogou o diploma legal anterior. A Lei nº 9.491 estabelece em seu art. 1º, entre outros objetivos fundamentais do PND, a transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público, a melhoria do perfil e a redução da dívida pública e a concentração de esforços da Administração Pública nas atividades cuja presença do Estado seja imprescindível para a realização das prioridades nacionais. Tais medidas indicam, de forma incontestável, a tendência cada vez mais descentralizadora e privatizadora dos serviços públicos atribuídos ao Estado.

Ainda no curso das mudanças, a Emenda Constitucional nº 19 de 04-06-1998 trouxe mais algumas alterações constitucionais como, por exemplo, a inclusão no rol de princípios da Administração Pública do caput do art. 37 o princípio da eficiência, e o acréscimo ao mesmo artigo do § 3º, criando a previsão de lei específica para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Embora a citada lei ainda não exista no ordenamento, tal dispositivo é relevante na medida em que denota a tendência à democratização da Administração Pública, passando-se a priorizar a busca de qualidade no atendimento aos destinatários dos serviços públicos, além da sua atuação no sentido de promover a melhoria desses serviços.

Entre as normas federais infraconstitucionais, algumas foram essenciais à reforma administrativa, como as Leis nºs 8.987 de 13-02-95 e 9.074/95, que disciplinam a concessão e permissão de serviços e obras públicas, e as Leis nºs 9.737 de 15-05-98 - que regulamenta as organizações sociais e os contratos de gestão com o Poder Público - e 9.790 de 02-03-99 - que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e seu termo de parceria com o Poder Público. Por fim, a Lei nº 11.079 de 30-12-2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada tem especial relevância, sendo, para o presente estudo, o principal objeto de análise.

Ressalte-se ainda a menção de Maria Sylvia Di Pietro ao *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, documento elaborado em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado - MARE, e aprovado pela Câmara de Reforma do Estado. Neste documento foram explicitadas as intenções do Governo de promover, no âmbito da Administração Pública Federal, a transformação da *administração burocrática* em *administração gerencial*.

O objetivo seria desvencilhar-se da rigidez e ineficiência, buscando medidas flexibilizadoras da gestão, de modo a reduzir os custos e aumentar a qualidade dos serviços públicos. Portanto, os valores da eficiência e qualidade é que passam a nortear a atividade estatal.

A administração gerencial descrita no Plano traria uma nova concepção de interesse público: não seria mais o interesse do próprio aparelhamento administrativo, mas sim o interesse dos cidadãos. Com este intuito, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado formulou objetivos globais, caracterizados pela preocupação com a eficiência e subsidiariedade do Estado, adotando-se procedimentos flexíveis e um controle de resultados.

1.2 As Parcerias Público-Privadas (PPPs) no contexto da Reforma Administrativa

Em meio a todos os esforços envidados pela Administração Pública para reduzir seu aparelhamento, delegando funções e promovendo a privatização em sentido amplo, ganha ênfase o instituto da Parceria Público-Privada (PPP), uma criação recente, incorporada ao ordenamento pátrio em 30 de dezembro de 2004, com a Lei nº 11.079. Mais uma vez, citando a professora Di Pietro:

O objetivo último - o da privatização em sentido amplo - continua sendo buscado por outros instrumentos, em especial com as parcerias público-privadas, que acrescentam às concessões tradicionais - mais adequadas aos serviços comerciais e industriais do Estado - novas modalidades, aplicáveis, inclusive, a atividades administrativas e sociais do Estado, como se verá.¹⁵

O instituto foi adotado no Brasil como uma tentativa de amenizar os grandes custos do Estado com a implantação de infra-estruturas, já que, mesmo com a reforma administrativa e o Plano Nacional de Desestatização, a crise financeira permaneceu. Conforme leciona Alexandre Santos de Aragão:

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella .Ob. Cit. p. 36

A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, ser assim sintetizada: 1) gargalos de infraestrutura impeditivos do crescimento e conseqüente melhora na situação fiscal do Estado; 2) Existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infra-estruturas, não auto-sustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho¹⁶.

A grande inovação trazida por este instituto – e que o diferencia consideravelmente da concessão de serviços públicos tradicional – é a previsão da prestação de garantias pelo poder público aos parceiros privados e aos financiadores dos projetos, assim como a previsão de compartilhamento dos riscos dos empreendimentos entre os parceiros.

Essas particularidades, entre muitas outras, propiciam a divisão de custos entre o Estado e a iniciativa privada, a fim de atingir objetivos que nenhum dos dois, separadamente, seria capaz de concretizar: “o Estado, por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os seus custos e a legítima margem de lucro do negócio”¹⁷.

Conforme observa o autor Gustavo Henrique Justino Oliveira, as inovações trazidas pelas PPPs levam a um abrandamento do caráter vertical típico nos contratos firmados com a Administração Pública - que geralmente são marcados pela força das ditas cláusulas exorbitantes – para chegar-se a um caráter mais sinalagmático entre as partes contratantes:

Assim, na PPP parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações submetem-se (tendencialmente) a um regime de dependência recíproca, em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. Portanto, na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* n° XVII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p.52

¹⁷ Ibid. p.52

em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado, em função da disciplina normativa que os rege¹⁸.

Dividida em duas modalidades – concessão patrocinada e concessão administrativa – a Parceria Público-Privada pressupõe sempre a contribuição pecuniária do poder público, seja total (na modalidade administrativa), seja parcial (na modalidade patrocinada). Tal característica revela o papel do Estado como fomentador do crescimento econômico do país, porém delegando a execução dos empreendimentos à iniciativa privada, numa atitude descentralizadora. A união de esforços entre os setores público e privado para atender às crescentes demandas sociais caracteriza uma das facetas da *administração pública consensual*, à qual Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz alusão.

Alguns aspectos do instituto da parceria público-privada, contudo, são vistos com ressalvas por expoentes da doutrina. Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo, sustenta uma visão crítica no que concerne à necessidade de prestação de garantias por parte do poder público:

Além disso, embora o particular tenha que assumir a execução da obra (quando for o caso), por sua própria conta, o poder público terá que prestar pesadas garantias previstas na lei e dividir os riscos do empreendimento com o contratado nos casos de áleas extraordinárias, o que permite falar em compartilhamento dos riscos e gera certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada¹⁹.

Kiyoshi Harada, por sua vez, em parecer encomendado pela OAB-SP²⁰, questiona a constitucionalidade de duas espécies de garantia prevista na lei das PPPs – a possibilidade de vinculação de receitas públicas (art. 8º, I) e a previsão de instituição de fundos especiais previstos em lei (art. 8º,

¹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2008.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit. p.143.

²⁰ HARADA, Kiyoshi. *Comissão aponta inconstitucionalidades das PPPs*. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/01/27/2814/>>. Acesso em 22 de setembro de 2008.

II), como o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) criado no âmbito federal - por entender que se estaria violando o art. 167, IV da Constituição, e criando-se uma categoria privilegiada de credores do Poder Público, em contrariedade ao art. 100, da Magna Carta.

Não obstante a existência de muitas controvérsias e dificuldades na aplicação prática do instituto - tal como as ora apontadas - deve-se admitir que a previsão da parceria público-privada no ordenamento pátrio representa um avanço na tendência da privatização em sentido amplo da Administração Pública.

E, como já explicitado, o objetivo maior desta redução da máquina estatal é a concretização do Estado Democrático e Subsidiário, o qual, através de mecanismos que promovam maior eficiência nas suas prestações, é capaz de tornar efetivos os direitos fundamentais, sociais e econômicos dos cidadãos, estes os verdadeiros titulares do interesse público.

Capítulo 2: As Parcerias Público-Privadas

Em consonância com a tendência à descentralização e subsidiariedade do Estado no desempenho das atividades de atendimento às demandas da coletividade, o instituto da Parceria Público-Privada (conhecida pela sigla PPP), trazido ao ordenamento pátrio no âmbito federal através da Lei nº 11.079 de 30-12-2004, abrange duas novas modalidades de contrato de concessão de serviços públicos e/ou de obras públicas: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

Adotado em outros países há algum tempo, como na Inglaterra (onde teve origem) e em Portugal, o instituto tem trazido resultados satisfatórios ao possibilitar o atendimento às demandas sociais e econômicas através da realização de empreendimentos de qualidade por parte de entes privados, os quais recebem, em contrapartida, recursos do Estado a fim de tornar menos onerosa e mais atrativa a exploração da atividade. Os maiores beneficiados dessa parceria, afinal, são os usuários, que passam a dispor de melhor infraestrutura e serviços, sem necessitar arcar com altas tarifas.

No contexto brasileiro, a nova forma de contratação pública é igualmente promissora, consistindo em mais uma alternativa que se soma às modalidades já existentes, reguladas pelas Leis nº 8.666/93 e 8.987/95. Como observa Gustavo Binenbojm:

Em um contexto de contingenciamento brutal de investimentos públicos e de exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos ditos auto-sustentáveis, a Lei nº 11.079/2004 parece oferecer aos gestores públicos brasileiros mecanismos criativos e inovadores para o financiamento, a execução e a gestão de obras, equipamentos e operação de serviços públicos ²¹.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* nº. XVII . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97

Cumpra notar que a Lei brasileira que inaugurou as PPPs (Lei nº 11.079) traz normas de caráter geral e de incidência nacional, cuja elaboração é de competência da União nos termos do art. 22, XXVII da Constituição. Somente os arts. 14 a 22 da Lei nº 11.079 são, expressamente, aplicáveis de forma exclusiva à Administração Pública Federal. Obedecidas as normas gerais, portanto, os Estados e Municípios podem editar suas próprias leis. Alguns Estados, aliás, já regulavam o instituto antes da promulgação da lei federal, tais como Minas Gerais (Lei nº 14.869/1993) e São Paulo (Lei nº 11.688/04).

Como já enunciado, as Parcerias Público-Privadas subdividem-se em duas espécies: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. Tais modalidades integram o conceito de PPP, conforme se depreende do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.079 ²².

O conceito fornecido pela lei, porém, não tece maiores detalhes sobre as particularidades do instituto, limitando-se a defini-lo como um contrato de concessão (remetendo o intérprete à definição de concessão existente na Lei nº 8.987/95), o qual se subdivide nas duas diferentes espécies – estas sim definidas com um pouco mais de precisão nos parágrafos subsequentes.

2.1 Concessão Patrocinada

A concessão patrocinada, de acordo com o §1º do art. 2º, consiste na “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

²² “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

Há, portanto, grande semelhança entre a concessão patrocinada e a concessão comum, regulada pela Lei nº 8.987, o que leva alguns autores a afirmar que as diferenças entre essas espécies estão basicamente no regime jurídico da concessão patrocinada, que, em alguns pontos, diverge da concessão clássica, fundando-se exclusivamente na Lei nº 11.079²³.

De certo modo, tal conclusão não é desprovida de fundamentos, já que o próprio art. 3º, § 1º deste diploma dispõe que “as concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”. É flagrante, portanto, a similaridade entre os institutos.

Há diversos pontos em comum entre as duas formas de concessão. Segundo Maria Sylvia Di Pietro²⁴, boa parte dos dispositivos da Lei 8.987 aplicam-se sem restrições à concessão patrocinada, tais como: o art. 7º, que dispõe sobre os direitos e as obrigações dos usuários; os arts. 29 e 31, que tratam, respectivamente, dos encargos do Poder Concedente e do concessionário; os arts. 32 a 34, que regulam a intervenção; o art. 25, §§ 1º a 3º, que diz respeito à subcontratação; o art. 26, sobre subconcessão e; o art. 36, que trata da reversão.

Tal semelhança com as concessões tradicionais leva até mesmo alguns autores a defenderem que a criação da modalidade patrocinada seria desnecessária, sob a alegação de que a suposta inovação trazida por esta modalidade – a possibilidade de contribuição pecuniária do poder concedente ao concessionário - já teria previsão na própria Lei nº 8.987/95, com as chamadas concessões “subsidiadas”.

De fato, há disposições, na lei das concessões tradicionais, sobre meios alternativos de contraprestação do Poder Concedente ao Concessionário. No projeto da lei, inclusive, havia previsão expressa no art.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit. p.146

²⁴ Ibid. p.147

24 da garantia de uma “receita bruta mínima” ou de um “tráfego mínimo” que seria oferecida pelo Poder Concedente ao Concessionário. Tal previsão, no entanto, restou afastada em decorrência de veto presidencial. Não obstante, há ainda os arts. 11 e 17, que se encontram em pleno vigor, dispondo sobre a possibilidade de fornecimento de subsídios públicos ao Concessionário.

Em que pese a existência desses recursos na disciplina das concessões tradicionais, há que se admitir que a Lei nº 11.079 de fato traz inovações, tendo em vista que elenca maior variedade de meios de contraprestação pelo Estado²⁵, bem como prevê o oferecimento de garantias que assegurem o cumprimento da obrigação pelo parceiro público. Frise-se que a remuneração, no regime da concessão patrocinada, deve se dar em função do rendimento oferecido pelo parceiro ao Poder Público e à coletividade²⁶.

Ademais, é inegável que a promulgação de uma nova lei tratando com objetividade e detalhamento a possibilidade de apoio financeiro pelo parceiro público ao parceiro privado trouxe maior segurança jurídica para esses tipos de negociações. É o que sustenta Alexandre de Aragão:

De toda sorte, todos esses debates demonstram que a expressa admissão das concessões patrocinadas pela Lei nº 11.079/04 não foi despicienda, já que, sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar delegações de serviços públicos com modelagem mais “criativa”, com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público²⁷.

²⁵ “**Art. 6º** A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I- ordem bancária;
- II- cessão de créditos não tributários;
- III- outorga de direitos em face da Administração Pública;
- IV- outorga direitos sobre bens públicos dominicais;
- V- outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.”

²⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p.31

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p.58

Além da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, enunciada expressamente no conceito de concessão patrocinada, há outros aspectos que diferenciam as concessões patrocinadas das concessões comuns. São de se destacar: a repartição dos riscos entre o poder concedente e o concessionário (algo que não se admite na concessão tradicional), a prestação de garantias pelo parceiro público ao parceiro privado e seus financiadores e a possibilidade de compartilhamento entre os parceiros dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos efetuados pelo ente privado²⁸.

2.2 Concessão Administrativa

No que diz respeito à concessão na modalidade administrativa, esta tem características mais marcantes, que a diferenciam consideravelmente da concessão comum. A maior diferença está na forma de remuneração dos serviços, que é assumida de forma integral pelo poder concedente, já que este figura como usuário direto ou indireto. Não há, definitivamente, a previsão de cobrança de tarifas aos usuários.

O âmbito de aplicação das concessões administrativas também é diferenciado, abrangendo serviços sociais, que não comportam exploração com intuito de lucro, e serviços administrativos, de apoio à prestação de outros serviços. Essas categorias de serviços públicos são passíveis de perceber investimento e gestão privada, mediante remuneração do Estado²⁹.

De acordo com Alexandre de Aragão, as concessões administrativas são cabíveis quando a cobrança de tarifas “é inviável econômica ou socialmente (...), ou até mesmo juridicamente vedada, como a cobrança pela

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p.146

²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op.cit. p.34

saúde e educação públicas (artigos 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado”³⁰.

O conceito de concessão administrativa está expresso na Lei nº 11.079, no art. 2º, § 2º: “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Tal dispositivo é amplamente criticado pela doutrina, devido à sua falta de clareza. Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, em sua crítica, chega a questionar a natureza de concessão de serviço público atribuída a esta modalidade de contrato, tendo em vista que a remuneração integral dos serviços pela Administração descaracterizaria a sua natureza de tarifa, configurando-se, de fato, uma “remuneração contratual como qualquer outra”.

Há, inclusive aqueles que sustentam ser a contraprestação estatal incompatível com o disposto no art. 175, parágrafo único, III da Constituição Federal, onde há a previsão de disposição, na lei de concessões, sobre a “política tarifária”³², levando ao entendimento de que seria obrigatória a cobrança de tarifas aos usuários para que o contrato administrativo se caracterizasse como concessão.

Esta posição é, contudo, muito radical, e acaba por engessar o conceito do contrato de concessão. Ao seguir tal interpretação, a Administração perderia consideravelmente sua dinâmica, tornando-se amarrada à letra da lei, sem qualquer autonomia para adotar alternativas

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p.62

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 720-721

³² “**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III – política tarifária;”

como o fornecimento de subsídios e outras contraprestações totais ou parciais, em hipóteses cujos empreendimentos não fossem atrativos para a iniciativa privada.

Nas palavras de Alexandre de Aragão:

Não há, portanto, um conceito universal de "concessão de serviço público" pelo qual o Constituinte teria vinculado o Legislador, razão pela qual afigura-se plenamente constitucional, face ao art. 175 da CF, a previsão legal de concessões financeiramente apoiadas pelo Estado, seja pelo pagamento direto de uma quantia a ser determinada, seja pela garantia de receita mínima de uma dada quantidade de usuários ³³.

No mesmo sentido, Gustavo Binimbojm assevera:

(...) nada – absolutamente nada – no texto e no espírito do art. 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação de serviços à população) tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários. (...) Ora, dispor sobre política tarifária não significa exigir que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário (...)

(...)

O que caracteriza o contrato administrativo de concessão de serviços públicos não é o pagamento da tarifa (ou de *tarifa cheia*) pelos usuários, mas a circunstância da sua gestão, execução e prestação direta do serviço pelo concessionário ao usuário. Uma política tarifária com *tarifa zero* pode ser a única ou a que melhor realiza o interesse público em um determinado caso ³⁴.

Ultrapassada a questão da admissibilidade de contratos de concessão independentemente da cobrança de tarifas aos usuários, torna-se relevante distinguir a concessão administrativa de outras modalidades de contratos administrativos.

Sem dúvida, conceitualmente a concessão administrativa aproxima-se muito do contrato administrativo de serviços sob a forma de empreitada,

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op.cit. p. 62

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Op.cit. pp.97/98

previsto na Lei nº 8.666 de 21-06-1993³⁵. Porém, conforme pondera Maria Sylvia Di Pietro, os institutos não se confundem.

Primeiramente, porque possuem regimes jurídicos diferentes, de modo que a concessão patrocinada, de acordo com o art. 3º, *caput* da Lei nº 11.079/04, é regulada por diversos dispositivos, não só daquela lei, como das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95. Vale ressaltar a observação da ilustre doutrinadora de que, da aplicação desses diplomas, conclui-se que o conceito fornecido pelo art. 2º, §2º é incompleto, porquanto o objeto da concessão administrativa pode consistir tanto na gestão de um serviço público, como também na execução de uma simples atividade material pelo parceiro privado³⁶.

Tecendo uma diferenciação do contrato de PPP em relação a outras modalidades contratuais, entre elas a empreitada (regulada pela Lei nº 8.666/93), Marcos Juruena assinala:

Já a Lei nº 8.666/93, para os contratos de obras públicas e de prestação de serviços, exige disponibilidade imediata dos recursos, para desembolso no momento da assinatura do contrato; ademais, a gestão da atividade é pública, ao passo que nos contratos de PPP dá-se um gerenciamento privado de verbas públicas e privadas; na Lei nº 8.666/93, o pagamento se dá por serviço medido enquanto na PPP é por desempenho do contratado; mas o mais importante é que o modelo da Lei nº 8.666/93 veda a transferência da responsabilidade pela obtenção do financiamento pelo particular (art. 7º, §3º), o que é da essência dos contratos de PPP. Os prazos dos contratos de serviços da Lei nº 8.666/93 não são suficientes para amortização dos investimentos³⁷.

A comparação feita pelo autor já demonstra, ainda que de forma breve, diversas características das duas espécies contratuais que não se identificam - o que comprova que as concessões administrativas efetivamente não correspondem aos contratos de empreitada.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 151

³⁶ Ibid. p.152

³⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. Cit. p.33

Deve-se atentar ainda para o fato de que, pelos próprios termos do art. 2º, §2º c/c art. 4º, III da Lei nº 11.079, há referência à Administração tanto como usuária direta (caso em que seria possível a adoção da empreitada), como também na forma de usuária *indireta*, hipótese que implicitamente pressupõe a existência de terceiros que seriam usuários diretos (o que descaracterizaria a empreitada), dos quais não haveria a cobrança de tarifas.

A atividade, não sendo exclusiva do Estado, poderia ter sua prestação delegada ao ente privado, o qual, porém, não perceberia a remuneração por tarifas dos usuários, mas sim por contraprestação do próprio Poder Concedente, na condição de usuário indireto³⁸.

A respeito deste tipo de contratação, na qual o Estado figura como usuário indireto dos serviços, Maria Sylvia Di Pietro tece uma aproximação do objeto da concessão administrativa com a atividade desempenhada pelas organizações sociais:

Se esse objeto da concessão administrativa - delegação da execução de serviço público - se revelar verdadeiro, haverá terceirização de atividade-meio (serviços administrativos) e atividade-fim (serviços sociais do Estado). Será, de certa forma, o mesmo tipo de delegação de serviço público que ocorre com as organizações sociais (...), porém com regime jurídico diverso. De qualquer forma, a idéia é a de delegar a entidade privada a execução de serviço público; só que, no caso das organizações sociais, a entidade tem que ser associação ou fundação sem fins lucrativos e, no caso da concessão administrativa, essa exigência não existe, podendo a concessionária atuar com objetivo de lucro. Nos dois casos, ter-se-á serviço público não-exclusivo do Estado, prestado por entidade privada, mediante remuneração garantida pelo poder público³⁹.

Importante ainda observar que, apesar de haver grande semelhança entre a concessão administrativa e a terceirização, as modalidades também não se confundem. Isto porque na terceirização não há disponibilização da infra-estrutura pelo contratado; há apenas a prestação de serviços através dessa infra-estrutura.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p.152

³⁹ Ibid. p.153

Aragão situa as concessões administrativas "no meio do caminho entre a delegação e a terceirização"⁴⁰. Para o autor, elas consistem em "delegações de atividades administrativas (...), não meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção de infra-estruturas através das quais também prestará serviços"⁴¹. Completando tal idéia, pode-se citar a conclusão de Marcos Juruena: "Contrata-se um "pacote" de serviços"⁴²

2.3 Um conceito ideal de PPP

Como já foi observado, o conceito de PPP fornecido pela Lei nº 11.079/04 não traz maiores esclarecimentos acerca das peculiaridades do instituto. Diante desta lacuna, a maioria dos doutrinadores preocupa-se em elaborar um conceito mais completo e adequado, a fim de delimitar exatamente em que consiste o contrato de Parceria Público-Privada, qual o seu objeto e suas características.

Uma proposta de conceito que abrange de forma satisfatória os principais elementos das PPPs é a elaborada pelo autor Alexandre Santos de Aragão:

Assim, podemos conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os **contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população** ⁴³.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p.64

⁴¹ Ibid. p. 64

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op.cit. p.33

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit pp.67/68

Da definição acima, é possível extrair o objeto do contrato de PPP, que consiste na “construção, ampliação, reforma ou manutenção” de uma infra-estrutura, sempre acompanhada da “gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas” que são prestadas por intermédio do parceiro privado.

Não é demais frisar que, de acordo com o art. 2º, §4º, III da Lei nº 11.079, veda-se que o contrato de PPP tenha como objeto único “o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

O conceito oferecido por Aragão aborda ainda a mais marcante característica da Parceria Público-Privada, que é a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, como forma de complementação ou mesmo total substituição das tarifas pagas pelos usuários.

Quanto a este aspecto, o autor não deixa de assinalar que a remuneração é de longo prazo – tendo em vista o prazo mínimo de 5 anos de prestação de serviços, conforme o art. 2º, § 4º, II da Lei nº 11.079 - e fixada de acordo com “a quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população”. Trata-se da previsão expressa do art. 7º da lei das PPPs, que exige a disponibilização do serviço objeto do contrato pelo parceiro privado para que então a Administração Pública ofereça a sua contraprestação.

Dignas de nota são as considerações feitas por Aline Paola Camara de Almeida, que destaca as quatro características diferenciais trazidas pela Lei nº 11.079: (i) o aspecto condicional da contraprestação da Administração Pública, já que esta só será realizada se o objeto for disponibilizado; (ii) a qualidade dos serviços como forma de remuneração do parceiro privado; (iii) a possibilidade de busca pelo parceiro privado de financiamento para os investimentos iniciais do projeto e; (iv) a garantia de

pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público, previstas no art. 8º da Lei nº 11.079/2004.⁴⁴

A autora também observa que é possível a conjugação das diversas formas de pagamento previstas no art. 6º, opção do administrador que deverá guiar-se pelo princípio da economicidade, e não poderá ser alterada unilateralmente, conforme dispõe o art. 65, II, b, da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente aos contratos de PPP.⁴⁵

Outra particularidade enfatizada por Aline Paola é a possibilidade de previsão, na cláusula contratual da PPP, de reajuste automático, sem a necessidade de homologação pela Administração Pública. Tal é a previsão do art. 5º, § 1º da Lei nº 11.079. Segundo a autora:

A regra agora é a cobrança de valores já reajustados pelo parceiro privado, cabendo ao Poder Público rejeitar a alteração, no prazo de 15 dias, mediante publicação de ato no Diário Oficial, devidamente motivado. A idéia é assegurar, de imediato, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴⁶

Por fim, a autora alerta que, tendo em vista a característica de longo prazo dos contratos de PPP, é necessário que exista constante negociação entre as partes, numa atitude calcada nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, para que a equação econômico-financeira não seja abalada, principalmente diante das rápidas mudanças nos cenários econômico e social do país.⁴⁷

2.4 Diretrizes dos contratos de PPP

A Lei nº 11.079/2004 estabeleceu, em seu art. 4º, as diretrizes que deverão ser observadas na contratação das PPPs. O dispositivo é de suma

⁴⁴ ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. Op. cit. pp. 536/540

⁴⁵ Ibid. p. 552

⁴⁶ Ibid. p. 553

⁴⁷ Ibid. p. 555

importância, pois indica os referenciais que não poderão deixar de ser seguidos pelos administradores ao optar pelos contratos de PPP.

A primeira diretriz a ser seguida é a “eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”. Consiste na busca da concretização do princípio da eficiência, constitucionalmente previsto no art 37, *caput*, entre os princípios da Administração Pública.

O princípio da eficiência foi elevado ao *status* de princípio constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 19, e é definido por Edilson Pereira Nobre Júnior como

o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins, de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando, para tanto, com o menor custo. Fica, de logo, acentuado que a eficiência compreende a vinculação do administrador à economicidade, referida no art. 70, *caput*, da CF ⁴⁸.

Sua aplicação aos contratos administrativos e, em particular, às Parcerias Público-Privadas, é de fundamental importância, e pode ser constatada, por exemplo, na previsão do art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/2004, quando possibilita a remuneração variável vinculada ao desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

A segunda diretriz consiste no “respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução”. Trata-se de uma orientação calcada nos princípios da moralidade e boa-fé objetiva, tanto na relação da Administração Pública com seus administrados, usuários do serviço público, quanto na sua relação com o parceiro privado.

⁴⁸ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência*. Revista de Direito Administrativo. vol.241. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set 2005.p.220

Em relação aos destinatários dos serviços, é de se ressaltar que, também nas PPPs, devem ser observados os arts. 6º e 7º da Lei nº 8.987/95, no que concerne às condições do serviço adequado e aos direitos e obrigações dos usuários.

Face aos parceiros privados, por sua vez, o respeito do Poder Público às cláusulas contratuais, sobretudo as que regulam a equação econômico-financeira, é imprescindível. Ganham destaque ainda, como meios de assegurar o cumprimento das obrigações do parceiro público, as garantias previstas no art. 8º da Lei nº 11.079, cuja análise será feita mais adiante.

A terceira diretriz, que deve ser estritamente seguida pelo Poder Público é a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”. O objeto do contrato de PPP não pode, em hipótese alguma, abranger serviços cuja prestação seja parte integrante do poder de império do Estado.

A quarta diretriz diz respeito à “responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias”. É também outra diretriz de observância prioritária, com a qual o legislador demonstrou grande preocupação, tratando do assunto em diversos dispositivos da Lei nº 11.079.

O art. 10, que trata da fase interna da licitação, em seu inciso I, *b* e *c*, ressalta a necessidade de respeito às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal; o art. 25 também é relevante, ao transferir à Secretaria do Tesouro Nacional a incumbência de contabilizar as obrigações assumidas pelo Poder Público com as PPPs; por fim, o art. 22, sendo considerado o dispositivo que melhor assegurou a responsabilidade fiscal, ao limitar os gastos com PPPs no âmbito da União a um por cento da receita corrente líquida.

A quinta diretriz é a “transparência dos procedimentos e das decisões”. Trata-se da afirmação do princípio da publicidade, que deve reger toda a atuação da Administração Pública.

Na Lei 11.079 a transparência é enfatizada na fase de licitação, quando as minutas do edital e do contrato deverão ser publicadas na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, acompanhados da justificativa do Poder Público para a contratação, a identificação do objeto do contrato, seu prazo de duração e seu valor estimado (art. 10, VI).

Ao longo da vigência do contrato também deverá haver publicidade, já que, de acordo com o disposto no art. 14, § 6º da Lei nº 11.079/2004, os relatórios de desempenho dos contratos de PPP enviados pelo Órgão Gestor ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas também terão de ser veiculados à população por meio de rede pública de transmissão de dados.

A sexta diretriz, que marca uma das grandes inovações da lei das PPPs, é a “repartição objetiva de riscos entre as partes”. Trata-se de uma peculiaridade dos contratos de PPP, já que as modalidades contratuais das Leis nºs 8.987/95 e 8.666/93 estabelecem a assunção integral dos riscos ou pelo Poder Público, ou pelo particular contratado. Oportunamente, este aspecto será examinado com maiores detalhes.

A sétima e última diretriz enunciada é a da “sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”. Tal orientação deve ser rigorosamente seguida pelo Poder Público, sob pena de violação ao princípio da economicidade, enunciado no art. 70, *caput*, da Constituição Federal.

Para tanto, a Lei nº 11.079, em seu art. 10, estabelece como condições para a abertura da licitação, a realização de estudo técnico que demonstre, entre outros aspectos, a conveniência e oportunidade da contratação (inciso I, *a*), assim como a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato (inciso II). A opção pela modalidade contratual das PPPs deve, portanto, ser

devidamente justificada pelo administrador, e sua viabilidade, assegurada por estudos técnicos.

Destacadas as características principais e as diretrizes dos contratos de PPP - que se afiguram como essenciais para a sua distinção em relação a outras modalidades existentes no ordenamento pátrio - cumpre analisar, a seguir, os mais relevantes aspectos trazidos pela Lei nº 11.079, que têm suscitado muitas discussões, ora recebendo elogios da doutrina, ora sendo alvo de severas críticas.

Capítulo 3: Discussões acerca dos novos aspectos introduzidos pela Lei 11.079/2004

O instituto das Parcerias Público-Privadas foi introduzido muito recentemente no ordenamento e mesmo com esparsas aplicações na prática, já suscita muitas discussões entre os teóricos não só do Direito Administrativo, como do Direito Público em geral.

De fato, a Lei nº 11.079 introduz diversas inovações na disciplina dos contratos de concessão, demonstrando uma tendência à redução do caráter de verticalidade desses contratos, buscando igualar as posições do Poder Concedente e do Concessionário. Trata-se de mais um reflexo das transformações por que passa a disciplina do Direito Administrativo, particularmente no que tange ao caráter de consensualidade que a Administração Pública vem adotando.

Dando enfoque a este novo caráter presente nos contratos de PPP, Gustavo Justino tece a seguinte conclusão:

Em face do exposto, as PPPs também encaixam-se no **novo contratualismo administrativo**, em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integram o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração.

Todas essas diferentes perspectivas da atuação negocial levada a cabo em sede administrativa abalam o dogma da verticalização das relações contratuais entre Administração e particular, sinalizando um maior equilíbrio nas posições assumidas por ambas as partes ⁴⁹.

Esta tendência, no entanto, nem sempre é vista de forma positiva por parte dos doutrinadores. A professora Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo,

⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Op. cit.

posiciona-se com grande resistência às PPPs, referindo-se de forma crítica ao objetivo pouco declarado de "privatização da Administração Pública", que acompanha um outro fim buscado pela Reforma Administrativa: a "fuga do direito administrativo"⁵⁰. A ilustre doutrinadora ainda finaliza, confirmando sua contrariedade ao instituto:

(...) será que são desnecessárias (e, por isso mesmo, passíveis de se tornarem obsoletas) as normas constitucionais que estabelecem um regime jurídico público para a Administração Pública, exatamente para proteger o patrimônio público, a função administrativa do Estado e, acima de tudo, o interesse da coletividade ⁵¹?

A seguir, serão expostas as principais discussões acerca dos novos aspectos trazidos pela Lei 11.079, que geram tamanho entusiasmo para alguns autores, e inevitáveis questionamentos para outros.

3.1 Limites mínimos de valor e de duração do contrato - aplicabilidade aos Estados e Municípios

Conforme já mencionado, a Lei nº 11.079/2004 é de caráter geral, em acordo com a competência constitucional da União prevista no art. 22, XXVII, sendo aplicáveis todos os seus dispositivos em âmbito nacional, ressalvados os arts.14 a 22, cuja aplicação é reservada de forma expressa e exclusiva à União.

Esta regra, porém, não é considerada absoluta por parte da doutrina. Isto porque, segundo alguns autores, há normas tidas como de caráter geral que, se obedecidas pelos Estados e Municípios, tornariam praticamente inviável a celebração de contratos de PPP por parte destes entes.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 143

⁵¹ Ibid.p. 144

Entre estas normas estão as previsões do art.2º, §4º ⁵² - que estabelece um valor mínimo de vinte milhões de reais para o contrato de PPP - e do art. 5º, I ⁵³ - que prevê uma duração mínima de cinco anos para o contrato. Estes dispositivos são vistos como exigências excessivas, que se imiscuem em especificidades dos contratos, e, por este motivo, acabam por restringir a autonomia dos Estados e Municípios nas suas decisões administrativas.

Neste sentido, autores ilustres como Marcos Juruena e Gustavo Binenbojm questionam o âmbito de aplicação dessas normas. Este último, em seu estudo das PPPs à luz da Constituição, observa:

Assim, há que se perquirir, caso a caso, quais dentre as normas da Lei 11.079/2004 descem de tal forma a minúcias ou detalhes, exaurindo o seu âmbito de normatividade, a ponto de perderem o status de norma geral ⁵⁴.

Ao tecer comentários à limitação mínima do valor do contrato de PPP (art. 2º, §4º, I), Marcos Juruena observa que este aspecto "retira o poder de decisão de Estados e Municípios sobre sua gestão administrativa, que pode esbarrar tanto na inviabilidade das concessões quanto das terceirizações"⁵⁵. De fato, baseando-se no porte financeiro dos Estados e Municípios, que é consideravelmente inferior ao da União, pode-se afirmar

⁵² “**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
(...)”

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);”

⁵³ “**Art. 5º** As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;”

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. Op.cit. p. 100. O autor, em seu artigo, reporta-se ao precedente jurisprudencial da ADIN nº 927-RS (rel. Min. Carlos Velloso, DJU 11.11.94, p.30.365), na qual o STF entendeu ser restrita à União a aplicação de alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93 (art. 17, I, “b” e II, “b”, I, “c” e parágrafo único), os quais não teriam o conteúdo de normas gerais, de alcance nacional. Houve uma *interpretação conforme à Constituição*, declarando-se parcialmente a inconstitucionalidade, sem a redução de texto. Segundo o autor, da mesma forma, os dispositivos da Lei nº 11.079/2004 devem ser analisados caso a caso quanto ao seu caráter de generalidade, a fim de que se determine quais devem ser aplicados somente à União, e quais são de observância obrigatória pelos demais entes federativos.

⁵⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. Cit. p.36

que a limitação mínima do contrato ao valor de vinte milhões de reais torna o instituto da PPP com aplicabilidade reduzida, mesmo em empreendimentos considerados de grande vulto para aqueles entes.

Quanto à previsão da duração mínima de cinco anos para os contratos, as críticas de Juruena são reiteradas: "o limite mínimo poderia ser reputado invasivo de uma esfera de opção das demais entidades federadas e do próprio princípio democrático"⁵⁶.

Segundo o autor, a duração mínima de cinco anos do contrato acarreta um grande inconveniente de ordem política, eis que, na prática, como a duração dos mandatos é de apenas quatro anos, os governos que sucedem os que celebraram contratos de PPP (e deles se beneficiam), acabam sendo prejudicados em seus orçamentos, pois assumem o cumprimento das obrigações firmadas por seus antecessores, e acabam comprometendo seus projetos políticos⁵⁷.

Não obstante todas as ressalvas trazidas pelos ilustres autores, o caráter geral das referidas normas não pode ser negado. Há que se atentar para o objetivo maior das previsões de limitação mínima de valor e de duração dos contratos de PPP: evitar que esse instrumento seja utilizado de forma indiscriminada, em casos em que seria cabível a adoção de contratos de concessão tradicionais. Como defende Alexandre de Aragão:

O objetivo dessas normas é que as PPPs não sejam vulgarizadas, reservando-as apenas para grandes projetos de infra-estrutura, até porque a sua utilização tem que ser feita de forma planejada e fixando-se prioridades, em razão do limite de um por cento da receita corrente líquida que cada Ente tem para o conjunto das suas PPPs (artigos 22 e 28, Lei nº 11.079/04)⁵⁸.

Aragão, em nota de rodapé de seu artigo publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro,

⁵⁶ Ibid. p. 37

⁵⁷ Ibid. p. 37

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 68

tece uma observação extensa sobre a presente discussão, abordando uma série de argumentos a favor da generalidade da norma do art. 2º, §4º, I.

Argüi, por exemplo, que a seletividade trazida pela limitação mínima de valor está em consonância com os princípios da eficiência e economicidade, "centrando os escassos recursos públicos disponíveis em projetos que realmente sejam capazes de dar sustentabilidade ao desenvolvimento"⁵⁹.

Ressalta, igualmente, que a impossibilidade de utilização das PPPs por Municípios de pequeno porte é uma "consequência meramente reflexa, da mesma forma que diversos outros instrumentos jurídicos (...) não estão disponíveis aos Municípios brasileiros mais modestos"⁶⁰.

Por fim, considera que o dispositivo legal em questão deixa margem a mais de uma interpretação, podendo-se adotar a mais favorável à Federação, considerando-se, inclusive, que os contratos de PPP costumam ter prazos muito longos, o que possibilita a "diluição desse valor ao longo de décadas" de forma que "o torna mesmo bem menos significativo/restritivo"⁶¹.

Desta feita, considerando-se o caráter excepcional dos contratos de PPP, o que inclui seus altos valores e, necessariamente, sua longa duração (a fim de tornar possível a amortização dos investimentos de vulto), deve-se considerar que os arts. 2º §4º, I e 5º, I da Lei nº 11.079 necessitam ter, efetivamente, aplicação geral, merecendo a observância por todos os entes da federação.

3.2 - Repartição dos riscos entre parceiros público e privado

⁵⁹ Ibid. p. 68

⁶⁰ Ibid. p. 68

⁶¹ Ibid. p. 68

Considerada uma das maiores inovações da Lei nº 11.079, a repartição objetiva dos riscos entre parceiros público e privado - prevista nos arts. 4º, VI ⁶² e 5º, III ⁶³ - é vista por boa parte da doutrina como um avanço em relação ao tratamento dado à matéria nas outras leis que disciplinam contratos administrativos (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 8.666/93).

Tradicionalmente, nos referidos diplomas legais há uma atribuição de suporte dos riscos feita ou exclusivamente à Administração Pública (nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93), ou quase que totalmente ao concessionário (nas concessões tradicionais, reguladas pela Lei nº 8.987/95, ressalvados os casos de fatos imprevisíveis ou de responsabilidade exclusiva do Estado). Ademais, essas leis estipulam uma forma “estática” de manutenção da equação econômico-financeira dos contratos, impassível, em regra, de reformulação ao longo da vigência do contrato⁶⁴.

A Lei das PPPs rompe com esses padrões, revelando-se mais flexível na matéria de atribuição das responsabilidades pelos riscos. Alexandre de Aragão, comparando os contratos de PPP com os outros modelos regulados pelas leis supracitadas, observa:

As PPPs se situam exatamente entre esses dois modelos, permitindo uma divisão de riscos entre o Poder Público e o concessionário maior do que a meramente direcionada a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*. Admite, portanto, uma manutenção de equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como

⁶² “**Art. 4º** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.”

⁶³ “**Art. 5º** As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e área econômica extraordinária;”

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 84

previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados como fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática⁶⁵.

Como a lei não enumera quais riscos devem ser suportados por cada parte contratante, o entendimento unânime e mais acertado é de que, desde o edital de licitação, quando já se delineiam os termos do contrato, a repartição deve ser claramente explicitada, a fim de se evitar que haja quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ferindo-se a previsão do art. 37, XXI da Constituição Federal, que assegura a manutenção “das condições efetivas da proposta”.⁶⁶

Destarte, os diferentes tipos de risco devem ser “mapeados” no contrato. Alguns riscos considerados “usuais” nos contratos administrativos, e por isso também presentes nas PPPs, são descritos por Lauro da Gama:

Embora a participação estatal na PPP mitigue os riscos do investidor privado, remanescem *riscos políticos* (p. ex. a quebra do contrato pela Administração Pública), *econômicos* (como o risco financeiro e cambial derivado da discrepância entre um fluxo de receitas em reais e de custos em dólar), *operacionais* (se a demanda pelo objeto da PPP for insuficiente para cobrir os custos e a remuneração do investidor), *regulatórios* (quando deixar de ocorrer revisão tarifária, causando desequilíbrio econômico-financeiro do contrato) e *jurídicos* (p. ex. a declaração superveniente de inconstitucionalidade de normas aplicáveis à PPP; a intervenção, encampação e caducidade do contrato; a força maior decorrente de ordem judicial em ação ambiental, mesmo que o empreendimento disponha de todas as licenças)⁶⁷.

Cumprе assinalar que o art. 5º, III, ao prever a repartição objetiva dos riscos entre os parceiros, não exclui a responsabilidade do concessionário por “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”, tal como ocorria nas Leis nºs 8.987/95 e

⁶⁵ Ibid. p. 84

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op.cit. p. 99.

⁶⁷ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Sinal Verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*. vol. 241. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set 2005. p.123

8.666/93. A inclusão dessas hipóteses na repartição objetiva dos riscos, no entanto, traz discussões.

Para Marcos Juruena, a inovação foi positiva. Segundo o autor, os arts. 78, XVII e 79, §2º da Lei nº 8.666/93 – que previam a responsabilidade do Estado pela indenização ao contratado nas hipóteses de caso fortuito ou força maior – seriam de constitucionalidade duvidosa, pois autorizariam uma responsabilização da Administração Pública diversa da previsão do art. 37, § 6º da Constituição, que exige a existência de ação ou omissão a ela imputável, para que o dever de indenizar se configure. Apenas a aplicação do princípio da solidariedade poderia justificar tal previsão, para tornar concebível a assunção, pela sociedade, do risco do contratado ⁶⁸.

Segundo o autor, com a nova previsão da Lei nº 11.079, problemas como o acima descrito não mais subsistem.

Maria Sylvia Di Pietro, embora adote entendimento semelhante, concordando com a repartição dos riscos provenientes de fatos alheios à atuação do Estado, vai mais além, asseverando que, nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, é inadmissível que o parceiro privado tenha de arcar com os prejuízos:

Nas duas hipóteses, é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante. No caso de fato do príncipe, a responsabilidade encontra fundamento na regra contida no artigo 37, § 6º, da Constituição, que não pode ser afastada por lei ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito, consagrado no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo ⁶⁹.

A aplicação do art. 5º, III, portanto, deve ser feita com cautela, sempre se atentando para a legalidade e a racionalidade na distribuição dos riscos. Segundo Marcos Barbosa Pinto, o “princípio que deve presidir a

⁶⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p. 39

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 155

distribuição de riscos é, sem dúvida alguma, a eficiência econômica”⁷⁰. O autor continua:

Riscos são custos e certamente serão levados em consideração pelo particular na sua proposta de remuneração. Se o Estado transfere ao particular riscos que poderia absorver melhor do que o contratado, ele está na verdade pagando caro por um serviço de que não necessita. Por outro lado, ao transferir ao setor privado riscos que este pode gerenciar melhor, o Estado reduz seus custos e promove a eficiência econômica⁷⁰.

Como se vê, a questão da repartição objetiva dos riscos, apesar de representar um avanço da Lei das PPPs, exige uma aplicação prática parcimoniosa, sob pena de tornar ainda mais custosos os contratos de PPP – os quais já têm, naturalmente, a característica de demandarem investimentos de grande vulto.

3.3 Garantias do parceiro público ao parceiro privado

Conforme foi explicitado no Capítulo 2, os contratos de PPP têm por traço mais marcante a possibilidade de assunção total ou parcial, pelo Poder Concedente, do pagamento das tarifas ao Concessionário, verbas cujo arrecadamento faz-se necessário para que a atividade desenvolvida tenha seus investimentos amortizados, e ainda gere lucros para o particular.

Considerado este aspecto, somado ao fato de que os investimentos iniciais nas PPPs são sempre vultosos e os contratos são de longo prazo, torna-se necessária a apresentação de alguma forma de garantia ao parceiro privado, a fim de que o empreendimento se torne mais atrativo, e com uma margem de segurança mais significativa.

Ressalte-se, além disso, a sabida situação financeira em que o Estado se encontra, com alto índice de inadimplência – o que, certamente, diminui ainda mais a atratividade dos contratos de PPP. Trata-se de um dos maiores

⁷⁰ PINTO, Marcos Barbosa. *Função Econômica das Parcerias Público-Privadas*. Revista dos Tribunais. Ano 95. vol. 846. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril/2006. p. 135

obstáculos à instauração, na prática, das novas modalidades contratuais trazidas pela Lei nº 11.079/2004. Alexandre de Aragão assim admite: “O problema, infelizmente, não está sequer mais em como se garantir a adimplência do Estado, mas sim em como, diante da inadimplência, fazer valer os seus direitos”⁷¹.

A solução encontrada foi a previsão de garantias, elencadas no art. 8º ⁷², em diversas modalidades. Ainda nas palavras de Aragão:

Foi para tranquilizar os investidores privados de que, no caso das PPPs, ocorrendo inadimplência do Estado, eles não passarão por tamanhas dificuldades, que a Lei nº 11.079/04 criou uma série de regras especiais em relação às dívidas do Estado com o parceiro privado, o que, não há como se negar, constituem exceção ao caminho que os credores em geral têm que percorrer para receber o pagamento das dívidas do Estado ⁷³.

As garantias prestadas pelo Poder Concedente traduzem alternativas muito mais vantajosas que o meio tradicional: a discussão judicial da dívida, com o posterior pagamento através de precatórios. Marcos Juruena, identifica, igualmente, esta finalidade das garantias:

O problema continua a ser o elevado risco do negócio quando envolve alguma participação financeira do Estado, seja pelas dificuldades econômicas e políticas na disponibilização dos recursos, seja pela complexidade e morosidade do processo de execução judicial contra a Fazenda Pública. Essa uma das grandes preocupações que a Lei de PPP procurou minorar com o sistema de garantias ⁷⁴.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 74

⁷² “**Art. 8º** As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras 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.”

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 74

⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p. 41

Deixando à parte a questão da premente necessidade do estabelecimento de garantias pelo parceiro público ao parceiro privado a fim de conferir segurança aos empreendimentos objetos de PPP, insta abordar algumas discussões - até o momento sem soluções definidas - a respeito de uma suposta inconstitucionalidade formal do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, assim como da inconstitucionalidade material de algumas das modalidades de garantia por ele elencadas.

Quanto à inconstitucionalidade formal, a questão surge a partir da exigência, no art. 163, III ⁷⁵ da Constituição Federal, de lei complementar que disponha sobre "a concessão de garantias pelas entidades públicas". Sendo a lei das PPPs uma lei ordinária, tal exigência não estaria atendida.

Ocorre que, na doutrina, algumas soluções vêm sendo apresentadas a fim de evitar a suposta inconstitucionalidade. Gustavo Binenbojm, por exemplo, sugere duas interpretações alternativas, que teriam o condão de resguardar a constitucionalidade do art. 8º da Lei 11.079:

A primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079/2004 apenas regulamentado a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º não trata da concessão de garantias por entidades públicas (referidas no caput do art. 163 da Constituição), mas sim por uma entidade privada, que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP) ⁷⁶.

Alexandre de Aragão, por sua vez, tem entendimento semelhante ao sugerido na primeira alternativa citada por Binenbojm, ressaltando que as garantias foram referidas pela Lei Complementar nº 101/2000, particularmente em seu art. 40. ⁷⁷

⁷⁵ “**Art. 163.** Lei complementar disporá sobre:
(...)
III – concessão de garantias pelas entidades públicas;”

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 102.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 75

Quanto à questão da inconstitucionalidade material de algumas das modalidades de garantia do art. 8º, a discussão é de maior complexidade. Neste contexto, ganha repercussão o parecer exarado pelo especialista em Direito Tributário e Financeiro, Kiyoshi Harada, a pedido da Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo⁷⁸.

O estudo apresentado aponta diversas inconstitucionalidades na redação do art. 8º, além de condenar o chamado FGP - Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, previsto no art. 16, *caput*,⁷⁹ da Lei das PPPs como modalidade de garantia que pode ser adotada pela União, suas autarquias e fundações públicas nos contratos de PPP que venham a ser por elas firmados.

Em primeiro lugar, o autor ataca a previsão do inciso I do art. 8º, que prevê como forma de garantia a "vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal". Segundo Kiyoshi, o referido dispositivo, embora faça a ressalva da vedação constitucional da vinculação de receitas, contraditoriamente traz uma clara violação a este preceito.

O art. 167, IV⁸⁰ da CF, ao prever a vedação da vinculação de receitas, tece algumas exceções, entre elas a "prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como no disposto no § 4º deste artigo".

⁷⁸ HARADA, Kiyoshi. Op. cit.

⁷⁹ “**Art. 16.** Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.”

⁸⁰ “**Art. 167.** São vedados:

(...)

IV – A vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da repartição dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para a manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo.”

O autor esclarece que as ditas "operações de crédito por antecipação de receitas" consistem em "empréstimos de curto prazo, a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro"⁸¹. Somente nessas operações há permissivo constitucional para a vinculação de receitas para constituir garantias. A previsão do art. 8º da Lei 11.079, portanto, não tem qualquer respaldo no texto constitucional.

Some-se a isto o fato de que, no art. 167, IV, a expressão "prestação de garantias" não pode ser interpretada no sentido aplicado ao direito privado. Em síntese, o autor afirma ser inconcebível que receitas de origem tributária, cuja destinação é definida através da Lei Orçamentária Anual, sejam utilizadas para garantir dívidas oriundas de contratos com particulares.

Nesse sentido, o autor invoca a impenhorabilidade dos bens públicos, associada à regra do art. 100 da Constituição, concluindo:

Não há, portanto, possibilidade jurídica de a receita pública em geral garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público em face deste ou daquele particular. Do contrário violados restariam os princípios da impessoalidade e da moralidade, insertos no art. 37 da CF e que são de observância impositiva, nos precisos termos do art. 100 caput da Carta Política ⁸².

Em seguida, Kiyoshi focaliza sua crítica no art. 16 da Lei 11.079/2004. O referido dispositivo autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de seis bilhões de reais, no fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP.

Quanto a este dispositivo, o autor ressalva que, não obstante a previsão de que o FGP terá natureza privada e patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos cotistas (§ 1º do art. 16), a sua sujeição às normas de direito público não é afastada. A título de exemplo, o autor destaca a

⁸¹ HARADA, Kiyoshi. Op.cit.

⁸² Ibid.

sujeição de qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, à fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União (art. 70 da CF).

Ademais, quanto à disciplina legal dos fundos especiais, o autor assevera que tais reservas de receitas públicas representam uma "exceção ao princípio de unidade de tesouraria" (art. 56 da Lei nº 4.320/64), visto que "implica separação de dinheiro, cuja aplicação fica vinculada à consecução do objetivo que deu causa à criação do fundo. Em outras palavras, o dinheiro não sai do Tesouro sob forma de pagamento de despesas fixadas no orçamento anual"⁸³.

A partir da constatação de que os fundos especiais constituem, na prática, um obstáculo ao controle e fiscalização pelo Poder Legislativo da execução orçamentária é que o art. 36⁸⁴ do ADCT teria extinguido, sob condição e com ressalvas, todos os fundos existentes até a promulgação da Constituição de 1988. Outrossim, no mesmo sentido o art. 165, § 9º, II⁸⁵ da Carta Magna estabeleceu reserva de lei complementar para regular as condições de instituição e funcionamento de fundos que venham a ser criados.

Com base nesses argumentos, Kiyoshi Harada sustenta não ser permitido ao legislador ordinário autorizar a instituição de um fundo específico, tal como foi feito na Lei 11.079. O autor destaca:

(...) segundo a prescrição do art. 71 da Lei nº 4.320/64, lei materialmente complementar, fundo especial, não se presta a garantir obrigações

⁸³ Ibid.

⁸⁴ “**Art. 36.** Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.”

⁸⁵ “**Art. 165.** Leis de iniciativa do Poder Executivo Estabelecerão:

(...)

§9º 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.”

pecuniárias, contraídas pelo poder público em face de particulares eleitos como parceiros do poder público ⁸⁶.

Em sua conclusão a respeito do FGP, o autor assim resume os fatores que caracterizam a sua inconstitucionalidade:

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, §9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que Cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira ⁸⁷.

A despeito das numerosas críticas tecidas pelo ilustre tributarista, a doutrina administrativista, ao que parece, não enxerga de forma tão escandalizada o art. 8º da Lei nº 11.079, tampouco o art. 16, que institui o FGP.

Alexandre de Aragão chega inclusive a rebater as críticas de Kiyoshi Harada, sustentando que o argumento do autor de que seria necessário haver permissão específica na lei complementar (Lei nº 4.320/64) para que um fundo especial pudesse garantir dívidas pecuniárias é equivocada. Segundo Aragão, "o que o art. 169, § 9º, II, CF, impõe é que as condições para a instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar, não que a criação de cada fundo específico o seja." ⁸⁸

Portanto, já existindo a lei complementar exigida, qual seja, a Lei nº 4.320/64 - que por sua vez, se refere nos arts. 71 ⁸⁹ a 74 somente à "lei" (lei

⁸⁶ HARADA, Kiyoshi. Op. cit.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 76

⁸⁹ “**Art. 71.** 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.”

ordinária) para a instituição dos fundos - não há que se falar em inconstitucionalidade do FGP por ausência de previsão legal para sua instituição.

Ressalte-se ainda que, em relação à alegada ausência de previsão no art. 71 da finalidade específica dos fundos para garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público, também não há plausibilidade, eis que, quando o referido artigo menciona que as receitas dos fundos "se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços", entre tais "objetivos", pode estar o de garantir as obrigações assumidas pelo parceiro público, na realização de projetos de infra-estrutura, através das PPPs.⁹⁰

Aragão refuta ainda a tese de que a instituição do FGP, pessoa jurídica de direito privado, traria violação ao art. 100 da CF. Desta forma, ele ressalta:

(...) se considerássemos a criação de qualquer entidade privada da Administração Indireta como desvio de poder legislativo para exclusão do regime de Direito Público de atividade que, constitucionalmente, incumbem primariamente à União, todas elas poderiam ser consideradas inconstitucionais. A possibilidade de criação pela União de entidades de Direito Privado para desempenhar misteres seus é consagrada, entre outros dispositivos constitucionais, no art. 37, caput, CF, que expressamente prevê as modalidades de entidades da Administração Indireta, inclusive as de Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista)⁹¹.

Destarte, sendo absolutamente constitucional a criação de pessoas jurídicas de direito privado pela Administração pública, certo é que tais entidades não se sujeitam à regra do art. 100 da Constituição, pois o referido dispositivo refere-se exclusivamente à "Fazenda Pública".

Tal é o que se dá com o FGP, com a única ressalva de que o mesmo não possui expressamente personalidade jurídica própria, porém, pode ser considerado uma espécie de universalidade jurídica (como o condomínio e o espólio), administrada por outra pessoa jurídica (instituição financeira

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 76

⁹¹ Ibid. p. 76

controlada pela União, de acordo com o art. 17 da Lei nº 11.079). Esta natureza jurídica possibilita, inclusive, que se acione judicialmente o próprio FGP, representado pela instituição financeira que o administra.⁹²

Paralelamente a todas as discussões acima tecidas, é importante também frisar que, em nome do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, não há como se pretender deixar de aplicar um dispositivo legal sob fundamento de uma suposta inconstitucionalidade, sem que antes tenha havido algum pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado por via direta, a respeito da constitucionalidade da norma em abstrato.

Portanto, como ainda não se tem notícia da proposição de qualquer Ação Direta de Inconstitucionalidade impugnando o art. 8º ou o art. 16 da Lei nº 11.079/2004, deve-se entender que o sistema de garantias, assim como o FGP podem, sim, ser aplicados aos contratos de PPP.

3.4 Licitação

A Lei nº 11.079, em seus arts. 10 a 13, trata do procedimento de licitação dos contratos de PPP. As regras não se diferenciam muito das já estabelecidas nas Leis nºs 8.666/93 e 8.987/95, de modo que muitos de seus dispositivos se aplicam subsidiariamente.

Inicialmente, o art. 10, *caput*, estabelece que a modalidade de licitação será a de concorrência, cujas regras estão na Lei nº 8.666/93, acrescidas de outros aspectos, trazidos tanto pela Lei nº 8.987/95, quanto pela própria Lei nº 11.079. Os incisos do art. 10 enumeram as exigências de caráter financeiro (incisos I a V), assim como a exigência de submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública (inciso VI) e de licença

⁹² Ibid. pp. 76/77

ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental, quando for necessário (inciso VII).

A observância desses aspectos constitui a fase interna do procedimento, momento em que, "antes da publicação do edital, a Administração Pública está aferindo a possibilidade e a conveniência de buscar a celebração de determinado contrato e a modelagem que mais lhe convém"⁹³. Como observa Aragão:

A grande preocupação de Lei nº 11.079/04 (art. 10) nessa fase foi a sustentabilidade financeira do projeto, o respeito às regras de responsabilidade fiscal e a eleição das prioridades a serem atendidas com os projetos de PPP, já que há limites financeiros para a adoção do instrumento da PPP ⁹⁴.

É neste momento, portanto, que se faz necessária a justificativa, pelo poder público, da adoção da espécie contratual da PPP. Diversos autores, neste sentido, atentam para o fato de que os contratos de PPP têm um caráter excepcional, não devendo ser adotados quando, no caso, é possível a contratação pelas concessões comuns, reguladas pela Lei nº 8.987/95. Valter Shuenquener de Araujo, por exemplo, de forma muito pertinente alerta:

Caso as PPPs sejam inadequadamente vulgarizadas, os particulares não correrão quaisquer riscos no desempenho de uma atividade econômica. Eles ficarão equivocadamente protegidos sob o amplo manto estatal, que proporcionará sólido e desnecessário abrigo a quem dele não deveria necessitar ⁹⁵.

Um mecanismo que pode surtir efeitos para a aferição da real necessidade da modalidade contratual da PPP é a realização da consulta pública a respeito da minuta do edital e do contrato, que, como já descrito, de acordo com o Art. 10, VI da Lei nº 11.079 é um dos requisitos da fase interna da licitação. Neste sentido Shuenquener também observa:

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 79

⁹⁴ Ibid. p. 79

⁹⁵ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Parcerias Público-Privadas. Breve panorama da Lei Federal nº 11.079 de 30/12/2004. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 735

A previsão na Lei nº 11.079 da consulta pública é capaz de reduzir, por razões naturais, a utilização das PPPs com um propósito de beneficiar indevidamente determinadas pessoas e pode impedir uma utilização das parcerias contrariamente a uma política pública responsável ⁹⁶.

Já na fase externa, regulada pelos arts. 11 a 13 da Lei de PPPs, embora haja a remissão à Lei 8.987/95 em alguns aspectos, há também peculiaridades que, de certo modo, inovam na matéria de licitações.

O art. 11⁹⁷ traz os requisitos do instrumento convocatório (edital), que deverá já conter a minuta do contrato de PPP, abrangendo, portanto, as condições de contratação exigidas no art. 5º da Lei nº 11.079, como, por exemplo, a repartição dos riscos entre as partes, as formas de remuneração, os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado etc.

Dentre os dois requisitos vigentes do art. 11 (incisos I e III, pois o II foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo), tem destaque o inciso III, que prevê a possibilidade de resolução de eventuais disputas por meio de mecanismos privados, inclusive a arbitragem. Devido à maior profundidade de estudo que merece este assunto, sua abordagem será feita mais adiante, de forma detalhada, em um subtítulo próprio.

Prosseguindo na análise do art. 11, deve-se observar, por fim, que o seu parágrafo único exige a apresentação, já no edital, das garantias que possam ser dadas pelo Estado. Tal previsão está em conformidade com o

⁹⁶ Ibid.p. 740

⁹⁷ “**Art. 11.** O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (*Vetado.*)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizado no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.”

princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, *caput* ⁹⁸ da Lei nº 8.666/93), e de fato, no caso das PPPs é imprescindível, pois pode ser determinante para que uma empresa decida por ingressar ou não no processo seletivo.

Não obstante, Alexandre de Aragão tece uma observação razoável ao admitir a flexibilização deste dispositivo ao longo da vigência do contrato, contemplando a possibilidade da modificação das garantias por acordo das partes - sempre de forma cautelosa em cada caso concreto - à luz dos princípios da proporcionalidade, economicidade e eficiência da Administração Pública.⁹⁹

No que concerne à fase de julgamento, com regras específicas no art. 12, destaca-se, em primeiro lugar, a possibilidade de qualificação prévia das propostas técnicas (inciso I), etapa em que já poderão ser eliminados os licitantes que não satisfizerem as condições mínimas estabelecidas no edital.

Em seguida, no inciso II, são estabelecidos os possíveis critérios de julgamento, que podem ser os do art. 15, incisos I e V da Lei nº 8.987/95 (menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e menor valor da tarifa combinado com melhor técnica do serviço público a ser prestado), assim como outros dois critérios, próprios da Lei de PPPs: menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração e melhor proposta decorrente da combinação do menor valor da contraprestação com a melhor técnica.

A lei não contemplou o critério de maior valor da outorga, a fim de evitar a elevação do custo do serviço público para o usuário, já que, costumeiramente, nas licitações em que esse critério é adotado, as tarifas

⁹⁸ “**Art. 3º.** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.” (grifou-se)

⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 80

correspondentes aos serviços prestados costumam fugir à modicidade. No entanto, Marcos Juruena faz uma ressalva à atitude do legislador neste ponto, entendendo que, por outro lado, "ao se suprimir essa via de receita primária, o Erário fica sem precioso instrumento de caixa"¹⁰⁰.

Em sentido oposto, Alexandre de Aragão julga a medida benéfica e mais apropriada para os contratos de PPP, haja vista que, com a exigência do pagamento do particular ao Estado, na prática os contratos de PPP tornar-se-iam empréstimos ao Estado. Como afirma o autor: "O Estado, na verdade, pagaria ao longo do tempo o dinheiro que lhe teria sido pago na assinatura do contrato, comprometendo mais ainda as finanças públicas das gerações vindouras"¹⁰¹.

Ainda no art. 12, os inciso III, *b*, traz uma previsão inovadora, própria da modalidade de licitação por pregão (Lei nº 10.520/2002), que consite na apresentação, pelos concorrentes, de propostas escritas seguidas de lances em viva voz. Outra medida própria do pregão que também foi adotada na Lei 11.079 foi a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento (art. 13).

Embora os procedimentos extraídos da lei do pregão sejam muito elogiados pela eficiência e rapidez conquistada na prática, no caso das PPPs sua dinâmica pode se tornar um pouco mais demorada. É o que entende Marcos Juruena, ao lembrar que "a complexidade deste tipo de contrato não prevê apenas fatores de "preço", como ocorre no pregão, para a contratação de bens e serviços comuns"¹⁰². Sendo assim, segundo o autor, a "prática vai exigir dos editais minucioso tratamento do tema, que exigirá nova proposta técnica para o novo preço ofertado; para tanto, será necessário prazo compatível com essa reformulação"¹⁰³.

¹⁰⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p. 50

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 82

¹⁰² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p. 50

¹⁰³ Ibid. p. 50

3.5 Sociedade de Propósito Específico - SPE

Findo o procedimento licitatório, exige-se a constituição da Sociedade de Propósito Específico (SPE), de acordo com o art 9º, *caput* ¹⁰⁴, da Lei nº 11.079, para que então as partes assinem o contrato de PPP. A criação da SPE, no caso das PPPs, é de caráter obrigatório (diferentemente da lei de concessões tradicionais, que facultava a constituição de empresa pelo licitante vencedor, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.987/95).

A SPE pode ser constituída sob qualquer modalidade societária, e seu objeto será exclusivamente o empreendimento licitado. Quanto à composição da sociedade, esta pode variar, segundo leciona Aragão:

A depender da situação concreta e do que dispuser o edital de licitação, a empresa vencedora constitui uma subsidiária que será a SPE ou, em caso do vencedor ser um consórcio, ele próprio poderá ser transformado na SPE. Ainda é admissível a hipótese de partilha dos riscos da PPP ser instrumentalizada através da entrada do Estado como sócio do licitante vencedor na sociedade de propósito específico que será a concessionária, o que constituiria um interessante e seguro (dada a consolidação do Direito Societário) mecanismo de divisão de riscos e lucros entre o Estado e o parceiro privado¹⁰⁵.

Cabe apenas observar que, no último caso mencionado pelo autor, o § 4º do art. 9º veda que a Administração Pública seja a controladora da SPE, isto é, possua a maioria do capital votante.

Como é ressaltado por diversos autores, a grande vantagem da SPE está na preservação financeira do projeto, em virtude da "segregação patrimonial, contábil e jurídica" ¹⁰⁶ que a mesma implica. Segundo Valter Shuenquener, "um de seus primordiais objetivos é evitar a contaminação do

¹⁰⁴ “**Art. 9º.** Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 88

¹⁰⁶ Ibid p. 89

projeto em razão de eventuais dificuldades financeiras ou jurídicas das pessoas jurídicas participantes".¹⁰⁷

Não obstante, há um aspecto da disciplina da SPE na Lei 11.079 que vem sendo reiteradamente criticado pela doutrina: a exceção à previsão do § 1º do art. 9º, consubstanciada no art. 5º, § 2º, I. De fato, a crítica é justificável.

Segundo o art. 9º, § 1º, é permitida a transferência do controle da SPE mediante autorização da Administração Pública, desde que respeitados os requisitos constantes dos incisos I e II do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95, quais sejam: capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como comprometimento em cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Ocorre que o art. 5º, § 2º, I da lei das PPPs introduz uma exceção pouco louvável a esta regra: permite a transferência do controle acionário da SPE aos financiadores do empreendimento, dispensando expressamente a observância dos requisitos acima mencionados previstos no inciso I do art. 27 da Lei nº 8.987/95.

A justificativa dessa transferência de controle da Sociedade de Propósito Específico é, nos termos da lei, "promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços". No entanto, ao livrar os financiadores da exigência de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, cria-se uma situação de privilégio injustificada, e, sem dúvida, de questionável constitucionalidade.

Maria Sylvia Di Pietro, ao discorrer sobre o assunto, critica severamente a referida previsão legal:

¹⁰⁷ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Op. cit. p. 743

Trata-se, evidentemente, de um absurdo, pois se, nos termos do dispositivo, essa capacidade é necessária à assunção do serviço, não se pode admitir que a transferência seja feita a quem não demonstra essa capacidade. A norma contraria o princípio do interesse público, já que o objeto das parcerias público-privadas é, em regra, um serviço público, sujeito aos princípios da continuidade, eficiência, adequação e outros previstos no art. 6º da Lei nº 8.987/95, indispensáveis para que se tenha um serviço adequado. Contraria o princípio da moralidade administrativa, porque a norma contempla hipótese típica de desvio de poder por parte do legislador, na medida em que prevê uma medida contrária ao interesse público. Infringe o princípio da isonomia, porque outorga um privilégio injustificável ao financiador, não assegurado a outros possíveis interessados em transferência de concessão. Ofende o princípio da razoabilidade, uma vez que estabelece uma discriminação inaceitável em relação aos fins objetivados pelos contratos de concessão, em todas as modalidades, que é a prestação de serviço adequado; por outras palavras, a norma legal é irrazoável na medida em que não observa a necessária adequação entre meios e fins¹⁰⁸.

A mencionada transferência, portanto, corre o risco de gerar efeito exatamente oposto ao pretendido pela lei, pois ao se transferir o comando do empreendimento a uma instituição financeira, que provavelmente não disporá dos recursos técnicos necessários à gestão da prestação dos serviços, pode-se estar prejudicando a sua continuidade, ou, no mínimo, a qualidade dos mesmos.

3.6 Controle das PPPs

Da mesma forma que os demais contratos administrativos, as PPPs estão submetidas ao controle, tanto interno, quanto externo, por parte do Estado. Conforme sintetiza Pedro Paulo de Almeida Dutra:

O Controle interno é a verificação, desenvolvida no âmbito do próprio Poder, da legalidade e da oportunidade dos atos administrativos produzidos pelos seus órgãos e autoridades.

O Controle externo consiste na submissão da atividade administrativa à fiscalização exercida por órgãos externos à estrutura administrativa do Estado. Em termos gerais, pode-se aludir ao controle externo por parte do

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 164/165

Poder Legislativo (o que abrange o Tribunal de Contas) do Ministério Público e do Poder Judiciário ¹⁰⁹.

No âmbito interno, o controle das PPPs é feito através dos Ministérios e das Agências Reguladoras (art. 15 da Lei nº 11.079/2004), assim como pelo Órgão Gestor de Parcerias Público-Privadas (art. 14), instituído por decreto - no caso da União, o Decreto nº 5.385/2005, que criou o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP.

Este último órgão é uma inovação trazida pela Lei das PPPs, e, segundo Alexandre de Aragão, acaba por assumir competências próprias dos Ministérios - tal como a definição dos serviços prioritários para execução no regime das PPPs - e das Agências Reguladoras - como, por exemplo, a fiscalização da execução dos contratos através dos relatórios. ¹¹⁰

Interessante por sua didática é a classificação das competências do Órgão Gestor feita por Pedro Paulo de Almeida Dutra, as quais considera serem basicamente de fiscalização:

Em resumo, o Órgão Gestor exerce fiscalização das parcerias público-privadas, que pode ser prévia ou posterior.

A fiscalização PRÉVIA examina os projetos de parceria público-privada e a viabilidade de contratação, autoriza a abertura da licitação e aprova seu edital, aprova o Plano de Parcerias Público-Privadas.

A fiscalização POSTERIOR examina relatórios referentes à execução de contratos enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, avalia a execução do Plano de Parcerias Público-Privadas (PLP) ¹¹¹.

Os Ministérios e Agências Reguladoras, por sua vez, ficam encarregados basicamente de exercer suas competências tradicionais. Além de proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP e seguir as funções ligadas ao Órgão Gestor, prescritas no art. 15: submeter à fiscalização do Órgão Gestor o edital de licitação (*caput*), e elaborar

¹⁰⁹ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O Controle das Parcerias Público-Privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 724

¹¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 89/90

¹¹¹ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Op. cit. p. 727

relatório semestral circunstanciado acerca da execução dos contratos para encaminhá-los ao mesmo (parágrafo único).

A divisão de competências fornecida pela Lei nº 11.079 é criticada, em virtude de definir atribuições de forma concorrente entre os órgãos, além de concentrar muitas funções no Órgão Gestor. Neste sentido, Pedro Paulo de Almeida Dutra observa:

Por outro lado, à vista da já referida extensa gama de atribuições deferidas ao Órgão Gestor deve-se admitir que, dependendo do número de contratos, que simultaneamente, tiverem sua execução em curso, a probabilidade de vir a ocorrer um acúmulo de medidas, que ficarão na dependência de decisão do Órgão Gestor não deve ser descartada. Por isso é que não será prematuro cogitar-se, desde já, desta provável dificuldade para que ela não venha comprometer a normal execução dos contratos ¹¹².

Quanto ao controle externo, este pode ser compreendido não só como o controle exercido pelo Poder Legislativo, como também por um controle de ordem social (exercido pelos cidadãos ou pelo Ministério Público, por via da apreciação pelo Poder Judiciário).

O Poder Legislativo exerce seu controle com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme dispõe o art. 71 da Constituição Federal. O Tribunal de Contas, portanto, exercerá "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas."¹¹³

Desta feita, o Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas, deverá apurar eventuais irregularidades ou ilegalidades ocorridas previamente ou durante os contratos de PPP, assim como examinar os relatórios de desempenho dos contratos encaminhados pelo Órgão Gestor, na forma do art. 14, § 5º, da Lei nº 11.079/2004.

¹¹² Ibid. p 730

¹¹³ Ibid. p. 728

Por outro lado, o controle social pode ser exercido por qualquer cidadão, através da propositura de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), ou por denúncia perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º, CF), que pode também ser feita por partidos políticos, associações ou sindicatos. O instrumento da Ação Civil Pública - que tem, entre outros legitimados para proposição, o Ministério Público - é igualmente eficaz como forma de controle, sobretudo na modalidade de ação cautelar, de caráter preventivo (art. 4º da Lei nº 7.347/85).

Ressalta-se, outrossim, a previsão do art.10, VI da Lei das PPPs, que elenca, como uma das exigências anteriores à abertura da licitação, a realização de consulta pública para esclarecer ao público as justificativas para a contratação da PPP, submetendo às sugestões da população a minuta do edital e do contrato. Por fim, há o disposto no § 6º do art. 14: a determinação da disponibilização ao público dos relatórios que serão apresentados pelo Órgão Gestor ao Tribunal de Contas, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas.

As diversas ferramentas de controle social, não só dos contratos de PPP, como também de todo e qualquer ato ou negócio celebrado pela Administração Pública, representam grandes avanços em prol da concretização do Estado Democrático, priorizando-se o princípio da transparência nos atos praticados pelo Poder Público. A Lei nº 11.079 caminha exatamente neste sentido, sobretudo quando estabelece, no seu art. 4º, V, a "transparência dos procedimentos e das decisões" como uma das diretrizes da contratação da parceria público-privada.

3.7 Arbitragem nas PPPs

Enunciada no art. 11, III da Lei nº 11.079, a utilização da arbitragem e outros mecanismos privados de resolução de disputas nos contratos de PPP

tem suscitado muitas discussões. Trata-se, de fato, outra significativa inovação da Lei das PPPs, sendo considerada bastante ousada, na medida em que cogita da possibilidade de afastar do controle jurisdicional questões que envolvem o interesse público - que, à primeira vista, é considerado indisponível, e assim, insuscetível de ser objeto de compromisso arbitral (art. 1º da Lei nº 9.307, c/c art. 852 do Código Civil).

Ocorre que, a partir de uma análise cuidadosa da questão, é possível concluir-se que a adoção dos mecanismos privados de resolução de disputas - com destaque para a arbitragem - por parte do poder público pode e deve ser utilizada pela Administração Pública quando da celebração de contratos administrativos com entidades privadas, haja vista a grande vantagem desse instrumento, no que tange à sua eficiência, em relação ao Poder Judiciário. É neste sentido que o professor Lauro da Gama defende a adoção da arbitragem em matéria de contratos administrativos:

Afora sua utilidade em determinadas relações - seja pela *especialização dos árbitros*, pelo *custo reduzido* ou pela *celeridade do rito* -, a arbitragem destina-se igualmente à concretização de *valores constitucionais* dirigidos, especialmente, ao Poder Público. Penso, especialmente, no *princípio da eficiência* (CF, artigo 37, *caput*) e no direito fundamental de *razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (CF, artigo 5º, LXXVIII) ¹¹⁴.

Mais adiante, o autor reitera:

Assim, na esfera contratual, o recurso do Poder Público à arbitragem é perfeitamente consentâneo com *princípio da eficiência*, sendo ela uma alternativa *menos custosa* para a Administração que o recurso ao Judiciário. Na análise de *custo-benefício* subjacente à concretização do *princípio da eficiência*, (...) justifica-se o recurso à arbitragem porque, em princípio: (i) menos tempo será despendido na solução da controvérsia (evitando a eternização de demandas, tão comum nas lides que envolvem o Poder Público); (ii) as partes obterão uma decisão mais especializada, tendo em vista a presumível adequação entre a natureza da demanda e as qualificações pessoais dos árbitros escolhidos; (iii) manter-se-á um clima mais cooperativo entre os contratantes, pois a via arbitral pressupõe nível mais reduzido de litigiosidade das relações ¹¹⁵.

¹¹⁴ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Op cit. p. 126

¹¹⁵ Ibid. pp. 138/139

Sendo assim, a previsão do art.11, III, deve ser considerada benéfica para a viabilização, na prática, da solução de prováveis conflitos que possam surgir entre a grande quantidade de partes envolvidas no contrato de PPP. Lauro da Gama observa, de forma muito pertinente, esta peculiaridade dos contratos de PPP:

A novidade da estrutura organizacional das PPP, sua complexa rede de relacionamentos (envolvendo atores estatais e não-estatais, financiadores, garantidores, usuários etc.), seu modo de operação e, finalmente, suas modalidades de contratação (*concessão patrocinada* e *concessão administrativa*), regidos por leis, regras e contratos também novos, ainda não testados nas instâncias administrativas e judiciais, sem dúvida cria um amplo universo de situações potencialmente conflituosas entre as partes contratantes ¹¹⁶.

Não obstante as inegáveis vantagens ora demonstradas, faz-se necessário analisar as razões pelas quais não há impedimentos à adoção pelo Poder Público de um instrumento privado de resolução de conflitos. Gustavo Binenbojm, neste intento, descreve os principais obstáculos para a aceitação da arbitragem nas PPPs:

Três são os óbices de índole constitucional comumente opostos à admissibilidade de cláusulas de arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública:

- (i) o princípio da legalidade administrativa, óbice que poderia ser transposto mediante lei autorizativa expressa;
- (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público, por isto que a arbitragem se prestaria apenas à solução de conflitos em torno de direitos disponíveis;
- (iii) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que impediria o caráter definitivo da sentença arbitral ¹¹⁷.

Quanto ao primeiro óbice - o princípio da legalidade administrativa, deve-se inicialmente ressaltar que há, no caso das PPPs, previsão legal expressa permitindo a pactuação de cláusula compromissória da arbitragem no instrumento do contrato (art. 11, III da Lei nº 11.079). Pode-se invocar, ainda, diversos dispositivos de outras leis e até mesmo da própria Constituição, para se provar que existe, sim, até anteriormente à lei das

¹¹⁶ Ibid. p. 124

¹¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 105

PPPs, respaldo legal para a adoção da arbitragem em sede de contratos administrativos.

O professor Lauro da Gama cita esses dispositivos: o art. 1º da Lei 9.307/97 (Lei de Arbitragem), que autoriza "pessoas capazes de contratar" a recorrerem à arbitragem; o art. 54 da Lei nº 8.666/93, que permite a "aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos" aos contratos administrativos; o art. 23, XV, da Lei nº 8.987/95, que prevê como uma das cláusulas essenciais ao contrato de concessão aquela que trate do "modo amigável" de solução das divergências contratuais, e, por fim; o art. 173, § 1º da CF, que sujeita as sociedades de economia mista e empresas públicas (entidades da Administração Pública indireta que podem firmar contratos administrativos) ao "regime jurídico de direito privado"¹¹⁸.

A questão, portanto, resta superada neste ponto. No entanto, não é demais lembrar que, de acordo com a moderna concepção de legalidade administrativa, sequer seria necessário haver previsão expressa em texto de lei para que a arbitragem fosse autorizada nos contratos de PPP. Neste sentido, Gustavo Binenbojm afirma:

Por outro lado, já foi há muito abandonada a idéia do princípio da legalidade administrativa como *vinculação positiva à lei*. Trata-se de um dogma, repetido de geração a geração, a noção de que toda atividade administrativa deve estar *prévia e inteiramente prevista na lei*. Há inúmeros campos em que, como se sabe, se reconhece à Administração uma série de *poderes implícitos* ao dever de bem administrar. A pactuação da cláusula compromissória é um dentre eles. A execução de tarefas públicas, mediante celebração de contratos particulares, pressupõe o reconhecimento de um conjunto de poderes à Administração, como condição para a otimização do dispêndio de recursos e alcance dos fins perseguidos. Em uma palavra: o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar, restando atendida a legalidade quando a solução arbitral se afigura, a juízo do administrador, como aquela que realiza, de forma mais eficiente, o dever de bem administrar ¹¹⁹.

No mesmo sentido, Lauro da Gama sustenta, em síntese:

¹¹⁸ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Op cit. pp. 135/136

¹¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. pp. 105/106

A juridicidade da conduta administrativa deve ser avaliada à luz da Constituição e do princípio da proporcionalidade: a legalidade deve ser ponderada com o princípio da boa-fé, da eficiência, da duração razoável do processo e dos meios que garantam a sua celeridade, e outros princípios constitucionais¹²⁰.

O segundo obstáculo invocado é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Este um dos mais fortes argumentos contra a sujeição das questões atinentes a contratos administrativos ao juízo arbitral.

No entanto, hoje esta máxima já se encontra flexibilizada, pois conforme as lições de Diogo de Figueiredo¹²¹, nem todo interesse público é indisponível. O autor divide os interesses públicos em "primários" e "secundários", sendo os primeiros aqueles "referidos à sociedade com um todo", e os últimos "referidos às pessoas jurídicas que os administram". Após estabelecer a divisão, afirma serem indisponíveis somente os interesses públicos primários:

Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os *primários* e os *secundários (ou derivados)*, sendo que os primeiros são *indisponíveis* e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações *patrimoniais* e, por isso, tornaram-se *disponíveis* na forma da lei, não importando sob que regime¹²².

Os interesses da Administração Pública na celebração dos contratos de PPP inserem-se, neste contexto, entre os interesses públicos secundários, tendo caráter patrimonial, e portanto, natureza disponível. Perfeitamente cabível, desta forma, adoção da arbitragem como meio de solucionar litígios entre as partes contratantes. Na visão de Binbenbojm, inclusive, tal medida é em alguns casos a melhor opção para resguardar o interesse público:

Do ponto de vista estritamente patrimonial, a arbitragem poderá ser, em muitos casos, a mais vantajosa para a Administração do que a solução judicial. Imagine-se, por exemplo, um contrato rescindido por culpa do

¹²⁰ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Op cit. p. 134

¹²¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit. p. 278.

¹²² Ibid. p. 278

parceiro privado, em que haja uma verba indenizatória devida à Administração. A maior celeridade do procedimento arbitral virá em favor do Poder Público. Em uma palavra: nada garante que a solução judicial seja a mais favorável ao patrimônio público. De outra parte, seria *imoral* - e, portanto, inconstitucional - imaginar que a Administração Pública - devedora contumaz - possa preferir a solução judicial à arbitral por ser a primeira mais *morosa*.

(...)

Em um juízo de proporcionalidade entre benefícios (custos mais baixos em contratos administrativos) e riscos (eventuais e suscetíveis de correção pontual em casos de vícios formais ou fraude, nos casos previstos no art. 32 da Lei nº 9.307/96), a balança custo-benefício me parece claramente pender em favor da cláusula compromissória.

(...)

Assim, pode-se afirmar que a maior celeridade, a maior especialização e o maior grau de imparcialidade (sobretudo em contratos que envolvam parceiros privados estrangeiros) propiciados pela arbitragem são elementos que, em um juízo de ponderação, conduzem à conclusão de que a solução arbitral, em determinadas circunstâncias, é a que realiza pontualmente o *melhor interesse público* ¹²³.

O terceiro e último óbice que se vislumbra é o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Este impedimento também é facilmente superável, haja vista existir atualmente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁴ e amplamente aplicado nos demais tribunais de que a cláusula compromissória e a conseqüente dispensa da tutela jurisdicional, sendo um dos acessórios do contrato, segue a sua sorte, ou seja, configura-se como um interesse disponível, livremente acordado entre as partes.

Cabe também lembrar que a própria Lei de Arbitragem ressalva a possibilidade de se invocar a tutela jurisdicional, nas hipóteses dos arts. 32 e 33, quando se fizer necessária a decretação da nulidade da sentença arbitral.

Outra hipótese em que o Poder Judiciário deverá ser acionado inevitavelmente é em caso de a sentença arbitral condenar a Administração Pública ao pagamento de quantia em dinheiro, e não ser possível a invocação das garantias previstas no art. 8º da Lei nº 11.079/2004. Deste

¹²³ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 106/107

¹²⁴ STF, SE nº 5.206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 12 dez. 2001.

modo, será necessário ingressar com execução de título judicial no juízo competente (v. art. 575, IV, do Código de Processo Civil), onde será seguido o rito da execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC), e o pagamento obedecerá ao regime dos precatórios (art. 100, CF).¹²⁵

Concluindo-se então que inexistem óbices à implementação da arbitragem nos contratos de PPP, cabe agora abordar alguns aspectos de ordem prática, que são exigidos pela Lei nº 11.079/2004.

Primeiramente, há que se observar que, se a opção pela arbitragem for feita, a cláusula compromissória já deve estar presente na minuta do contrato e no edital de licitação, conforme dispõe o *caput* do art. 11. É neste sentido que Lauro da Gama bem explicita:

Podem as partes em contrato de PPP celebrar convenção arbitral sem que o edital a tenha previsto? Em que pese a regra geral, que permite o ajuste da arbitragem *após* a celebração do contrato, mediante cláusula compromissória em separado (artigo 4º da Lei nº 9.307/96), parece inviável que a arbitragem em contrato de PPP seja prevista em momento posterior ao da publicação do *edital de licitação*.

Nas licitações, como se sabe, vigora o *princípio da vinculação ao instrumento convocatório*, segundo o qual a Administração se curva estritamente aos termos do edital, seja quanto a regras de fundo, seja quanto a normas de procedimento¹²⁶.

O autor ainda aconselha que "a minuta do contrato de PPP contenha uma *cláusula cheia* de arbitragem, na qual estejam disciplinadas matérias essenciais à constituição e desenvolvimento do juízo arbitral"¹²⁷, como por exemplo a definição do número de árbitros, a estipulação de uma instituição arbitral ou a repartição das providências necessárias à estruturação do tribunal arbitral e de suas regras de procedimento, o local da arbitragem, o adiantamento das despesas e dos honorários dos árbitros etc.

¹²⁵ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Op cit. p. 147

¹²⁶ Ibid. p. 145

¹²⁷ Ibid. p. 157

Em segundo lugar, o art. 11, III exige que a arbitragem seja realizada no Brasil. E quanto a tal imposição, não há que existir críticas. Também neste ponto, o professor Lauro assevera:

Embora a fixação obrigatória do Brasil como *local da arbitragem* possa parecer, à primeira vista, exageradamente nacionalista ou xenófoba, no fundo não representa qualquer ameaça ao investidor estrangeiro. Tampouco implica desserviço ao parceiro público. Na verdade, guarda analogia com a *prerrogativa de foro* prevista no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93 e permite que aqui no Brasil se exerça, eventualmente, o controle judicial do procedimento arbitral¹²⁸.

Além disso, a exigência do emprego obrigatório da língua portuguesa na arbitragem, segundo o professor, não representa um empecilho à negociação caso existam investidores ou árbitros estrangeiros. Isto porque,

ainda que *obrigatória*, a língua portuguesa pode não ser a *única* utilizada em arbitragem internacional associada a contrato de PPP. Aliás é freqüente em tais arbitragens que se use mais de uma língua, tendo em vista as nacionalidades das partes e dos árbitros¹²⁹.

Outra questão que suscita dúvidas é a relativa à confidencialidade, que, sendo permitida na arbitragem em geral, vai de encontro com os princípios da publicidade e da transparência, que regem os contratos administrativos. Quanto a este conflito, o professor Lauro da Gama afirma ser ele apenas aparente, vez que a imposição do sigilo é uma mera faculdade das partes, a qual, nos casos dos contratos de PPP, não poderá ser utilizada. O professor, desta forma, conclui:

Em suma: não há antagonismo entre *publicidade* e *arbitragem*, cabendo à Administração, ao elaborar o edital de licitação e a minuta do contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosas, mas, apenas, os aspectos da arbitragem que *razoavelmente* devam ser preservados da divulgação pública¹³⁰.

Também inaplicável, porque fere os princípios da Administração Pública, o julgamento arbitral com base na equidade. Neste caso, em nome

¹²⁸ Ibid. p. 146

¹²⁹ Ibid. p. 148

¹³⁰ Ibid. p. 150

do princípio da legalidade, não há permissão para que as partes façam a opção pela arbitragem de equidade, conforme faculta o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.307/96. A arbitragem necessariamente deve ser de direito.¹³¹

Já em relação à escolha do direito aplicável na arbitragem pelas partes contratantes, outra faculdade assegurada pela Lei nº 9.307 (art. 2º, §§ 1º e 2º), Lauro da Gama não considera, *a priori*, inviável sua previsão nos contratos de PPP. Segundo afirma:

(...) a minuta de contrato de PPP constante do instrumento convocatório pode, simplesmente, estabelecer a possibilidade de os árbitros aplicarem, no julgamento da causa, o *direito brasileiro* e, se necessário, *normas estrangeiras e internacionais*, justificando tal aplicação segundo as circunstâncias do caso concreto e as regras de Direito Internacional Privado pertinentes¹³².

Em suma, atendidas tais exigências, a adoção da cláusula arbitral nos contratos de PPP se afigura muito salutar e vantajosa para ambas as partes, reduzindo os custos e, principalmente, o tempo despendido na resolução de controvérsias ao longo da vigência do contrato, e acabando por, reflexamente, beneficiar aqueles que são os verdadeiros destinatários das PPPs: os usuários dos serviços públicos oferecidos.

¹³¹ Ibid. p. 152

¹³² Ibid. p. 154

Conclusão

Diante dos mais variados questionamentos provocados pelos novos aspectos que a lei das PPPs inaugura, poder-se-ia supor que o instituto, na prática, acabaria por não ser utilizado, gerando receios para os administradores e entes privados. Tal suposição, contudo, decorreria de uma primeira impressão, que necessita ser superada.

O fato é que, considerando-se o pouco tempo de vigência da Lei nº 11.079 e, ainda, o caráter excepcional da adoção das formas contratuais nela previstas, a existência de debates acerca das inovações trazidas torna-se muito benéfica. A contraposição de idéias e opiniões a respeito das PPPs, em lugar de enfraquecê-las e inviabilizá-las, fornece-lhes subsídios teóricos para sua aplicação prática de forma mais cuidadosa e responsável pelos administradores.

Ante quase todas as questões levantadas no presente estudo, é possível se extrair uma interpretação da Lei nº 11.079 favorável à adoção das PPPs.

De acordo com o exposto no capítulo anterior, o regime jurídico desta nova forma contratual reduz o caráter de verticalidade comum nos contratos administrativos, aproximando-se mais de um modelo contratual sob regime de direito privado.

Como foi visto, embora haja correntes doutrinárias contrárias a esta nova postura da Administração, não se pode negar que o seu objetivo precípua é a obtenção de resultados e a busca de eficiência e, dentro deste contexto, deve-se entender que a disciplina do Direito Administrativo passa por transformações, não significando isto necessariamente uma “fuga” das suas regras.

Neste sentido, como foi demonstrado no Capítulo 2, muitas regras dos contratos administrativos tradicionais (regidos basicamente pelas Leis n°s 8.666/93 e 8.987/95) têm aplicação direta às PPPs, o que demonstra que ainda permanecem aspectos contratuais de direito público no regime jurídico das PPPs.

No que tange às demais discussões expostas no Capítulo 3, é oportuno, à guisa de conclusão, sintetizar as principais idéias que devem ser defendidas em sentido favorável à adoção das PPPs.

Em primeiro lugar, no que concerne à necessidade da aplicação em caráter geral (para todos os entes federativos) dos limites mínimos de valor e de duração do contrato – previsões dos arts. 2º, § 4º e 5º, I, respectivamente -, verificou-se que, de fato, é mais apropriado considerar as referidas normas como de âmbito nacional, e não apenas federal.

Como o autor Alexandre de Aragão sustenta, o objetivo do legislador ao estabelecer tais regras foi preservar o caráter excepcional dos contratos de PPP, ressaltando que, se eventualmente o estabelecimento do limite mínimo de vinte milhões de reais impossibilita alguns Municípios mais modestos de adotar as PPPs, há que se observar que tal fenômeno não ocorre só neste caso, existindo diversos outros instrumentos jurídicos para os quais estes entes também não têm porte suficiente.

A limitação mínima de tempo, por sua vez, segundo Aragão decorre naturalmente dos altos valores investidos no empreendimento, que exigem um período maior de tempo para serem amortizados. Desta forma, pretender que uma contratação que envolva vultosos investimentos tenha duração inferior a cinco anos é, na prática, algo inviável, que não seria aceito em hipótese alguma pelos empreendedores privados.

Outro aspecto objeto de discussões foi a previsão da repartição objetiva dos riscos entre os parceiros público e privado. De todas as

considerações tecidas, o que deve ser ressaltado é a necessidade da previsão antecipada (no edital de licitação) de quem assumirá que riscos. E esta repartição, conforme o autor Marcos Barbosa Pinto adverte, deve ser feita com base na legalidade e racionalidade, buscando-se, ao máximo, uma eficiência econômica na alocação dos riscos, ou seja: a atribuição da responsabilidade por um determinado risco àquele parceiro que pode suportá-lo a um menor custo.

No que se refere à concessão de garantias do parceiro público ao parceiro privado, demonstrou-se que a polêmica é grande. Apontada a suposta inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.079/2004 para tratar da matéria – que teria reserva de lei complementar - foi demonstrado que interpretações alternativas podem suprir o alegado vício, como o entendimento de que a regra da lei das PPPs apenas regulamentaria a previsão da Lei Complementar nº 101/2000.

Quanto à sustentação feita pelo tributarista Kiyoshi Harada defendendo a inconstitucionalidade material de algumas modalidades de garantia, assim como do FGP (Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas), instituído para os contratos de PPP no âmbito federal, foi observado que, sob outra perspectiva, a alegadas inconstitucionalidades não subsistem.

Segundo Alexandre de Aragão, a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais feita por Kiyoshi Harada é muito radical, e leva a conclusões que tornariam inviável, por exemplo, a criação de entidades da Administração Pública Indireta com personalidade jurídica e regime jurídico de direito privado, não sujeitas à regra do sistema de precatórios (art. 100 da Constituição Federal).

As premissas adotadas pelo autor, portanto, não seriam de todo verdadeiras, e contra as mesmas não se pode esquecer que remanesce a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos – que assegura

a aplicação da Lei nº 11.079 em sua plenitude, até que uma eventual declaração de inconstitucionalidade venha a fulminar a validade de alguns de seus dispositivos.

Em matéria de licitações, como foi explicitado, as inovações da Lei nº 11.079 não suscitaram grandes críticas. Pelo contrário, foram vistas com otimismo pelos doutrinadores, que destacaram, entre outros avanços, a preocupação do legislador em ver devidamente justificada a escolha da modalidade da PPP em lugar das outras formas contratuais, o implemento do caráter de transparência dos atos da administração ao se exigir a consulta pública anteriormente à abertura da licitação, e a busca de um procedimento menos burocrático e mais dinâmico, com as regras de qualificação prévia das propostas técnicas, a inversão das fases de habilitação e julgamento e a apresentação de propostas escritas seguidas de lances em viva voz (práticas extraídas da licitação por pregão).

No ponto referente à Sociedade de Propósito Específico (SPE), igualmente são ressaltados os aspectos positivos trazidos pela Lei nº 11.079, tal como o seu caráter obrigatório, a fim de preservar financeiramente o projeto.

A única ressalva feita pelos autores em matéria da SPE é em relação a uma previsão (art. 5º, § 2º, I), que autoriza a transferência do controle acionário da SPE aos financiadores do empreendimento, dispensadas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal e comprometimento em cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Sustenta-se que esta permissão cria uma situação de privilégio questionável, que segundo Maria Sylvia Di Pietro, contraria os princípios do interesse público, da moralidade administrativa, da isonomia e da razoabilidade. Tal dispositivo, portanto, deve ser aplicado com cautela e restrições na prática.

Das considerações feitas sobre as formas de controle interno e externo das PPPs, ressalta-se, no âmbito interno, a criação do Órgão Gestor de Parcerias Público-Privadas, que como observam alguns autores, atraiu para si diversas atribuições, inclusive aquelas próprias das Agências Reguladoras e dos Ministérios. Neste particular, portanto, surge uma crítica: as competências de controle foram estabelecidas de forma superposta entre as três entidades, e o Órgão Gestor acabou por concentrar muitas funções de forma desnecessária.

Já no controle de âmbito externo, exercido tanto pelo Poder Legislativo (com auxílio do Tribunal de Contas), quanto pela própria sociedade, o destaque é dado a este último, já que, na Lei nº 11.079, busca-se dar publicidade ao contrato de PPP, tanto em sua fase de projeto, quando é exigida a submissão do edital de licitação e da minuta do contrato à consulta pública (art. 10, VI), quanto durante a sua execução, quando os relatórios confeccionados pelo Órgão Gestor deverão ser disponibilizados ao público (art. 14, § 6º).

Entre as discussões, foi abordada, afinal, a possibilidade da utilização da arbitragem e outros mecanismos de resolução de disputas nos contratos de PPP (art. 11, III, da Lei nº 11.079). Após verificar-se os óbices que comumente são levantados contra esta possibilidade (princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade do controle jurisdicional), concluiu-se que eles são perfeitamente superáveis.

De acordo com as disposições constitucionais e legais vigentes, o entendimento da doutrina administrativista moderna e a jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, não há qualquer impedimento à adoção da cláusula de compromisso arbitral nos contratos firmados entre a administração pública e os particulares. Esses contratos, por serem relações

patrimoniais, estão inseridos entre os interesses públicos secundários, que são de natureza disponível e, portanto, podem ser submetidos à arbitragem.

Desta forma, a doutrina conclui favoravelmente à utilização da arbitragem como forma alternativa ao Poder Judiciário para a resolução de eventuais conflitos decorrentes dos contratos de PPP, tendo em vista as suas flagrantes vantagens, reduzindo os custos e o tempo gasto na solução das divergências.

Outro aspecto destacado do presente estudo que não deve ser esquecido é o das diretrizes prescritas no art. 4º da Lei nº 11.079, que demonstram a preocupação do legislador em assegurar a observância de vários princípios basilares da Administração Pública, entre eles a legalidade, a moralidade, a eficiência e a publicidade (art. 37, *caput*, CF).

Seguindo-se as diretrizes estabelecidas e, além disso, respeitando-se o caráter excepcional dos contratos de PPP (não os utilizando de forma indiscriminada quando possível a adoção das outras modalidades ordinárias), certamente a Lei nº 11.079/2004 poderá trazer contribuições preciosas para a reforma da máquina estatal.

Num país em que os mecanismos da democracia começam a ganhar fôlego, incentivando-se a participação do setor privado em prol de seu desenvolvimento e do atendimento das demandas sociais crescentes, os contratos de concessão, tanto na modalidade patrocinada, quanto na modalidade administrativa são de grande utilidade, pois proporcionam o encorajamento dos empreendedores e investidores a explorar atividades antes consideradas inviáveis sob o ponto de vista da lucratividade.

Abrem-se assim novos caminhos rumo ao desenvolvimento social e econômico, através da melhoria da infra-estrutura para a produção e circulação de riquezas, bem como do alcance da eficiência na prestação dos serviços públicos.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Aline Paola C. B. Câmara de. A Remuneração nos Contratos de PPP. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.533 - 556.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro nº XVII*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 51-90.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. Parcerias Público-Privadas. Breve panorama da Lei Federal nº 11.079 de 30/12/2004. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p.733 - 751.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1008 p.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro nº XVII*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91-107.

DIAS, Francisco Mauro. As transformações da esfera administrativa e o poder público. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito, PUC-Rio*. Rio de Janeiro, nº 7, p. 13-24, jul-dez 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 445 p.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O Controle das Parcerias Público-Privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.723 - 732.

HARADA, Kiyoshi. *Comissão aponta inconstitucionalidades das PPPs*. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/01/27/2814>>. Acesso em 22 de setembro de 2008.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência*. Revista de Direito Administrativo. vol.241. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set 2005. p. 209-240.

MEDINA, Paulo Eduardo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16086>> Acesso em 18 de setembro de 2008.

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 parceira público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 23 de outubro de 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 475 p.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2008.

OTTA, Lu Aiko. PPP vai financiar rede de esgoto no Rio e em SP. *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 12 set. de 2008. Disponível em <<http://txt.estado.com.br/editorias/2008/09/12/eco-1.93.4.20080912.27.1.xml>>.

Acesso em 23 de outubro de 2008.

PINTO, Marcos Barbosa. *Função Econômica das Parcerias Público-Privadas*. Revista dos Tribunais. Ano 95. vol. 846. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril/2006. p.130-138.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 403 p.

SOUZA JR, Lauro da Gama e. Sinal Verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*. vol. 241. Rio de Janeiro: Renovar. jul-set 2005. p.121-157.