



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Parceria Público- Privada

Catarina Costa Cinelli

Rio de Janeiro
2010

CATARINA COSTA CINELLI

Parceria Público- Privada

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro
2010

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Catarina Costa Cinelli

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: As PPP foram institucionalizadas através da Lei 11.079/2004. É a parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, que, normalmente, executa o serviço de forma mais eficaz. Visa a suprir a escassez de recursos financeiros, reduzir o tamanho do aparato estatal, e promover investimentos, especialmente, na área de infra-estrutura. Tem natureza jurídica de contrato de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa- diferença na maneira de remuneração do parceiro privado. O parceiro público é membro da Administração Pública. O parceiro privado normalmente é uma sociedade empresária, para ter condições de cumprir todos os requisitos do contrato.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Serviço Público. Concessão. Parceiros.

Sumário: Introdução. 1. Histórico. 2. A Lei 11.079/2004. 3. Parceria Público-Privada. 4. Partes Envolvidas na Parceria. 4.1. Parceiro Público. 4.2. Parceiro Privado. 5. Tipos de Concessão. 5.1. Concessão Patrocinada. 5.2. Concessão Administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, diante da falta de recursos públicos, e do maior preparo da iniciativa privada para a execução de certas tarefas, já que esta tem uma gestão mais eficiente, está sendo cada vez mais utilizado o instituto da parceria público-privada.

O presente trabalho pretende, então, discutir, principalmente, as vantagens e desvantagens deste tipo de contrato, tanto para o parceiro público quanto para o parceiro privado, além dos principais benefícios de cada modalidade de parceria. Para tanto, é necessário traçar o histórico dessas parcerias, bem como explicar a sua lei, o instituto em si, e descrever esses parceiros, além de detalhar os dois tipos de parceria tipificados.

Assim, o início do trabalho se dedica ao histórico do instituto, e em sequência passa-se à análise da Lei 11.079/2004, que trouxe o instituto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Passa-se, então, à análise do próprio instituto, em linhas gerais, salientando: seu prazo; valor; objeto; formas de solução de conflito; repartição dos lucros; benefícios e

prejuízos entre os parceiros; penalidades previstas para o Estado, durante a execução do contrato; limites de despesas; a responsabilidade fiscal e as garantias.

Ao contínuo, estuda-se o parceiro público e o parceiro privado, destacando as vantagens e desvantagens para cada um, além dos interesses deles, e também de toda a sociedade, que justificam esta contratação. Nesse tópico, menciona-se também outras figuras que participam deste contrato, como as sociedades de propósito específico e o fundo garantidor da parceria.

Ao final analisa-se os tipos de concessão na parceria público-privada, que são a concessão administrativa e a concessão patrocinada, explicando suas principais características e os benefícios para ambos os parceiros e para a sociedade, além das diferenças entre si. Tudo isso, para concluir pela necessidade do surgimento de tais parcerias

Enfim, o principal objetivo é averiguar se a previsão desta parceria, surgida de um modelo internacional, teve e terá boa adaptação no Brasil.

1- HISTÓRICO

Na década de 1980 o Estado teve uma crise de financiamento e perdeu a sua capacidade de financiar uma série de obras de infra-estrutura e de serviços públicos. Essa crise foi acompanhada da idéia de o Estado ser menos eficiente do que a iniciativa privada. Isso fez surgir a possibilidade de esses serviços serem perfeitamente prestados à sociedade pela iniciativa privada, gerando bons resultados para os investidores que construíram ou aperfeiçoaram a infra-estrutura.

Esses eram os chamados serviços públicos econômicos. Nas décadas de 1980 e 1990 eram o objeto por excelência da desestatização, com a delegação da atividade à iniciativa

privada. Eles podiam ter tamanho potencial de lucratividade que a iniciativa privada, além de não receber qualquer suporte do Poder Público, ainda lhe pagava um valor de outorga estabelecido na licitação, remunerando-se integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários ao longo do prazo de vigência da concessão ou permissão.

Conforme destacam autores como Marcos Juruena¹, a idéia era a de que, ultrapassado o primeiro momento de desestatização, haveria um Estado mais leve e com mais recursos, apto a investir nas atividades cuja prestação era insuscetível de ser explorada pela iniciativa privada. Porém, após a desestatização da década de 90, o Estado se manteve em grave crise fiscal.

Criou-se um impasse: para crescer e sair da crise financeira, o Estado teria que investir em infra-estrutura, mas não tinha como realizar tais investimentos. E, então, a conjuntura econômica ensejou o surgimento das parcerias público-privadas no Brasil.

As parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos da implantação de infra-estruturas, já que ambos não teriam condições financeiras de arcar sozinhos, porque para o Estado não era viável, e para o particular somente a cobrança de tarifas se mostrou insuficiente para cobrir todos os custos mais a legítima margem de lucro do negócio.

É necessário sempre ter em mente o problema de fundo, que é o fato de o governo federal não ter recursos para contratar prestadoras de serviços ou empreiteiras que toquem as obras necessárias para ampliação da infra-estrutura. O Estado, no passado, endividou-se e agora é obrigado a reservar parcelas crescentes da arrecadação para evitar o descontrole da

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

dívida. Por esses fatos vê-se que recorrer ao endividamento para financiar projetos não é solução.

O esquema seria basicamente o mesmo da concessão clássica, sendo o capital chamado a construir e explorar durante um certo período de tempo, mais ou menos longo (25 a 30 anos), um estabelecimento público, revertendo-se ao final para o Estado. A diferença para aquela seria que, não sendo o serviço público pago pelos utentes, a amortização e remuneração do capital privado têm de ser assegurado pelo próprio Poder Público, mediante pagamentos regulares feito durante o período de contrato.

A a origem das PPPs tem suas raízes no instituto inglês denominado Private Finance Initiative- PFI. E, esse modelo de parceria, além de ter sido originalmente concebido na Inglaterra, vem sendo uma prática utilizada com sucesso em vários países, entre os quais Austrália, Canadá, Portugal, Chile e Irlanda. Esta foi uma alternativa positiva para superar a escassez, cada vez maior, de recursos orçamentários governamentais. As PPPs tornaram-se, assim, uma via moderna para enfrentar o grande desafio de suplantar o déficit de projetos estruturadores em áreas essenciais como transporte, energia, saneamento e saúde.

De acordo, então, com Toshio Mukai², no caso da Lei 11.079/04, o legislador brasileiro realmente baixou normas sob inspiração do direito estrangeiro, dotando o instituto com a inovação das garantias que o Poder Público poderá prestar ao parceiro privado e aos financiadores do projeto.

² MUKAI, Toshio; MUKAI, Sylvio Toshiro et al. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº. 11.079, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

Vale salientar que antes da edição desta lei, o contrato previsto para contratações tão vultuosas era apenas o de concessão administrativa, na modalidade simples, e não nessa modalidade especial de Parceria Público Privada.

2- A LEI 11.079/04

Ao propor ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.546, o Poder Executivo tinha em mente solucionar o problema da carência de recursos para investimentos em áreas fundamentais para o desenvolvimento do país, principalmente, na infra-estrutura. Não obstante a escassez de recursos, medidas de interesse público devem ser promovidas para que seja cumprido o art. 3º, II, da Constituição Federal, que tem como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional.

No caso brasileiro, representa uma alternativa indispensável ao crescimento econômico, diante das carências sociais e econômicas do país. As Parcerias Público-Privadas englobam uma enorme gama de investimentos que suprem necessidades nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, infra-estrutura viária e elétrica, entre outras, que esses países também as tinham.

Sem dúvida, o maior objetivo das parcerias público-privadas é atingir os interesses coletivos e o desenvolvimento do País. Havendo a existência de infra-estrutura e mercado consumidor, tais fatores determinarão a decisão de investir para expandir. A infra-estrutura servirá como catalisador para a implantação de outros projetos. O atingimento das metas estipuladas pelo Governo Federal para as parcerias público-privadas, inexoravelmente, gerará renda, que se traduzirá no aumento das exportações, geração de empregos, maior poder

aquisitivo da população e, portanto, melhor qualidade de vida para toda a sociedade. Ocorre, assim, conseqüentemente, a expansão industrial

O segundo objetivo, menos declarado, seria o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, já que a eficiência seria maior no setor privado do que no setor público.

Dentre as inovações introduzidas pela lei, a que mais tem sido objeto de críticas e preocupação é a referente às garantias que o parceiro público poderá prestar ao parceiro privado e ao financiador. Nas primeiras, inclui-se a vinculação de receitas e a instituição de fundos. Embora se exija a observância do art. 167, IV, da Constituição Federal, na realidade, o dispositivo resulta infringido. A União, na Lei 11.079/04, instituiu o Fundo Garantidor de parcerias público-privadas, por forma que, não deve servir de modelo para Estados e Municípios, por sua manifesta impropriedade sob o ponto de vista jurídico. A lei, na realidade, não cria o fundo nem define as receitas que lhe ficarão vinculadas, remetendo a criação do fundo à instituição financeira (também não especificada). Além disso, a lei não especifica os tipos de garantia que o fundo poderá prestar.

Outra grande preocupação em relação à lei, decorre do fato de o Governo (que afirma não ter recursos para execução direta das atividades a serem objeto de PPP), contraditoriamente assumir, na posição de parceiro público, o compromisso de pagar contribuição ao parceiro privado, além de empenhar o orçamento público para garantir o parceiro privado com garantias que apresentam fortes traços de inconstitucionalidade. A insegurança jurídica poderá afastar os possíveis interessados em participar de PPP com o Poder Público.

Há, ainda, a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, no que diz respeito à observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. É que as limitações impostas por aquela lei são limitadas no tempo em função do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e

da Lei Orçamentária Anual. E, não há como fazer previsão ou estimativa do impacto orçamentário-financeiro que abranja todo o período de vigência dos contratos de parceria público-privada.

A principal consequência da PPP, no ordenamento jurídico brasileiro, foi ampliar o conceito de concessão de serviço público, tornando-o próximo à concepção genérica de delegação de serviço público daquele país.

Saliente-se, ainda, que o instituto da PPP teria dois problemas, para os quais, no entanto, a Lei 11.079/04 trouxe soluções. O primeiro é a baixa credibilidade do governo em honrar contratos que poderão durar algumas décadas, especialmente quando a oposição assume o cargo deixado por quem fez a concessão do serviço público. O segundo problema é o pretexto que abre para que um governo qualquer gaste demais e fuja dos compromissos impostos pela lei de responsabilidade fiscal.

A nova lei prevê quatro regras que procuram resolver esses problemas: (1) apenas projetos de valor superior a R\$ 20 milhões podem ser objeto de PPPs, nível que tende a evitar abusos nos municípios pequenos, normalmente mais pobres; (2) o governo não pode gastar nas PPPs mais do que 1% de sua receita líquida anual; (3) a empresa participante tem de colocar pelo menos 20% em recursos próprios; e (4) o Fundo Garantidor de Parcerias Públicas (FGP) garante que o setor público honrará sua parte no contrato.

Então, a solução foi a seguinte: ao invés de realizar um empréstimo direto com uma instituição financeira para obter esses recursos, contrata-se com uma empresa privada que, como regra, por sua conta, realizará uma similar operação de crédito para efetuar as obras e prestar os serviços contratados. Como a tarifa não é suficiente nas concessões patrocinadas, e até inexistente nas concessões administrativas, o Estado irá aos poucos, durante a vigência do contrato e somente depois da disponibilização do serviço, pagar pelo montante despendido previamente pela empresa privada.

3- Parceria Público-Privada

O art. 2º e parágrafos definem a parceria público-privada como sendo o “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Estes dois tipos de concessão estão expressos nos § 1º e 2º, respectivamente, da Lei 11.079/2004.

Do art. 2º e seus parágrafos conclui-se que a parceria pode ter como objeto tanto a prestação de serviços públicos quanto serviços que Administração seja usuária direta ou indiretamente, envolvendo ou não a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, como no caso da concessão administrativa.

Pela conjugação do exposto acima, as PPPs podem ser conceituadas como contratos de construção, 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.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella de Pietro³ assim conceitua a parceria público-privada:

[é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do poder público, ou a prestação de serviço de que a Administração pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.]

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. ed. São Paulo. 2005 p. 161

A finalidade precípua da parceria é a redução do tamanho do aparato estatal para a delegação à iniciativa privada de atividades que normalmente o Estado desempenha, com o objetivo de alcançar maior eficiência.

A PPP é um contrato firmado pela Administração Pública, de médio e longo prazo- de 5 a 35 anos- cujo valor não seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo vedados os contratos que tenham por único objeto o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública.

Nas parcerias a remuneração do particular será baseada em padrões de performance e será devida somente quando o serviço estiver à disposição dos usuários ou do Estado. A implantação da infra-estrutura necessária para a prestação do serviço contratado dependerá de iniciativas de financiamento do setor privado.

Existem duas modalidades de PPP: a concessão administrativa e concessão patrocinada. Algumas características são comuns a ambas: a) a contraprestação do poder público ao parceiro privado, que não existe na concessão tradicional; b) a repartição de riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e teoria da imprevisão; c) o compartilhamento com a Administração Pública dos ganhos do parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; d) as garantias prestadas pelo poder público ao parceiro privado e ao financiador do projeto; e) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos; f) possibilidade de aplicação de penalidades pelo parceiro privado ao parceiro público (que só é aceitável quando se tratar de multa ressarcitória, já que o particular não pode aplicar pena ao poder público, que é o titular único do poder sancionário; g) a limitação de prazo de duração do contrato, que não pode ser inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação; h) a exigência de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal; i) algumas normas específicas quanto ao procedimento da licitação, que derogam parcialmente a Lei

8.666/93 e a 8.987/95, especialmente a possibilidade, com caráter discricionário de previsão no edital da concorrência, da utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de habilitação, forma de apresentação das propostas econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, possibilidade de lances em viva voz.

4- Partes Envolvidas nas Parcerias

A relação que se estabelece nas PPP envolve múltiplos parceiros, com interesses diversos na realização do projeto em causa. Além disso, dentre as características das PPP, distinguem-se a longa duração da relação entre os parceiros e a partilha de riscos entre eles. Assim, as PPP são associações entre os parceiros público e privado, em que as partes trabalham em conjunto, para benefício mútuo, segundo regras previamente estabelecidas

.

4.1. O Parceiro Público

De acordo com a Lei nº. 11.079/2004, em seu art. 1º, a Administração Pública atua como poder concedente com o dever de fiscalizar a qualidade e o custo dos serviços prestados, bem como viabilizar, de forma justa, a compensação do parceiro privado, assegurando-lhe o retorno do investimento realizado quando da implantação da concessão, incluindo-se aí, gastos ulteriores de gerência, operação e manutenção do projeto.

Ao parceiro público cabe propor políticas de desenvolvimento em longo prazo, conforme as necessidades do país, visando prover as melhorias na infra-estrutura e na

prestação de serviços públicos compatíveis com essas mesmas políticas de desenvolvimento. Deve prestar garantia séria e firme de que arcará com os valores necessários à liquidação da dívida, no longo prazo, já que caberá ao particular custear a execução da obra.

Um ponto muito importante no que concerne à Administração Pública nos contratos de parcerias público-privadas diz respeito à contraprestação que ela oferece ao seu parceiro privado, que está consubstanciada nas regras do art. 6º e 7º da Lei de PPP.

Outro ponto, de suma relevância, é o que diz respeito às garantias oferecidas pela Administração Pública, conforme prevê o art. 8º, do mesmo dispositivo legal, que dispõe que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, e outros mecanismos admitidos em lei.

Como é possível bem observar, para o parceiro público há uma enorme gama de atribuições e obrigações, dispositivos legais que definem muito bem sua participação no empreendimento de parcerias público-privadas.

4.2 O Parceiro Privado

O ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Lei nº. 11.079/04, é bastante omissivo com relação a quem pode ser o parceiro privado e suas qualificações. A

referida lei faz apenas menção a este ente em várias ocasiões em seu texto, sem nunca detalhar ou indicar quais devem ser as suas características e obrigações para participação em PPPs.

Em contrapartida a lacuna da lei federal, quanto às qualificações do parceiro privado, leis locais, como a Lei 14.868, de 16.12.2003, do Estado de Minas Gerais, são bem explícitas, como esta lei, em seu art. 14, I, que dispõe que deve o parceiro privado “demonstrar capacidade econômico-financeira para a execução do contrato”.

Pelo disposto no art. 3º, da Lei nº. 11.079/04 e pelo caráter de subsidiariedade da Lei nº. 8.987/95 à Lei nº. 11.079/04, é possível admitir-se certa definição das qualificações do parceiro privado. Somente assim, de forma subsidiária e indireta, pode-se dizer que a Lei nº. 11.079/04 qualifica o parceiro privado.

Não há óbice algum para que um empresário individual (pessoa física, pessoa natural, que sozinho reúne e organiza os fatores de produção necessários ao exercício da empresa) possa fazer o papel de parceiro privado. Mas isto se constitui em uma excepcionalidade, raridade, não muito usada na prática. Via de regra, o parceiro privado é uma pessoa jurídica já constituída e que detém *expertise* na área a que se propõe participar, que formará, juntamente com o parceiro público, uma Sociedade de Propósito Específico a fim de implementar o empreendimento.

O capital necessário para o investimento é uma condição necessária, mas não suficiente para a consecução do empreendimento, pois se espera que o parceiro privado também tenha as demais condições (embora sejam mera expectativa). Apesar de estas não estarem expressas na Lei nº 11.079/04 são as mesmas condições que são vistas na Lei nº 8.987/95.

Em suma, a Lei nº 11.079/04 é muito vaga com relação às condições de qualificação do parceiro privado para fazer parte de parcerias público-privadas. Por essa razão, pode-se dizer que o parceiro privado pode ser qualquer pessoa jurídica ou consórcio de empresas com capacidade de execução do objeto do contrato de parcerias público-privadas, conforme os parâmetros ditados no edital de licitação.

Independentemente de qualquer outro aspecto, sob a ótica do parceiro privado, é preciso considerar que sua participação em projetos de tal magnitude deverá garantir-lhe o retorno do capital investido, isto é, gerar recursos suficientes tanto para amortizar os financiamentos tomados, quanto para remunerar o capital próprio.

Cada uma das partes envolvidas nas parcerias público-privadas exercerá um papel fundamental para o bom desempenho do projeto e sua execução. O parceiro público ficou incumbido de idealizar as políticas de desenvolvimento em longo prazo do país, enquanto que o parceiro privado, por sua vez, financiará essas mesmas políticas de longo prazo vislumbradas pelo Governo, adicionando qualidade aos serviços prestados através de uma contraprestação adequada e compromisso de assumir riscos aceitáveis.

5- Tipos de Concessão

Como tipos de parceria, temos: a concessão administrativa e a concessão patrocinada. Em linhas gerais, a primeira seria o tipo de concessão cujos serviços seriam fruídos diretamente pelos particulares, através de tarifas, mas com adição de contraprestação pecuniária provida pelo próprio Poder Público. Já a segunda seria a modalidade em que o próprio Poder Público gozaria de forma direta ou indireta do serviço prestado, arcando com sua remuneração a título de contraprestação. Deve ser ressaltado, ainda nesse início, que

foram excetuadas da definição de contrato de PPP as concessões comuns, que são aquelas concessões de serviços ou obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

5.1 Concessão Patrocinada

Na concepção de Maria Sylvia Z. di Pietro⁴ :

A concessão patrocinada é uma concessão de serviços públicos sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, disciplinada pela Lei nº. 8.987/95. É a própria lei que o diz no conceito, já transcrito, no contido do art. 2º, § 1º. E é o que resulta também do § 3º do mesmo dispositivo, quando estabelece que não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Nesta modalidade de concessão, que também pode ser chamada de subsidiada, subvencionada ou, em alguns casos, até de receita mínima convencionada, a Administração Direta, tal como ocorre na concessão comum, transfere, mediante contrato, a prestação do serviço público para o parceiro privado. Porém é possível que o parceiro privado recupere seu investimento de duas maneiras: mediante a cobrança de tarifas dos usuários e através de uma contraprestação pecuniária da Administração. Ou seja, o Estado complementa a remuneração da concessionária através de uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

A principal diferença perante as concessões comuns, a princípio, seria a amortização do investimento privado, feita com tarifas e verbas do próprio Estado, e não integralmente com tarifas dos usuários, como feita naquela. Esta diferença vem contida no art. 2º, § 1º e 3º,

⁴ Di PIETRO, op. cit., p. 161

que determina que, a *contrariu sensu*, será parceria patrocinada aquela que envolver contraprestação do parceiro público.

A contraprestação pecuniária do poder público é obrigatória. É uma novidade nas parcerias, consistindo no financiamento público do investimento realizado pelo parceiro privado, que somente poderá ocorrer após a prestação do serviço ou a realização da obra pública. A Administração, portanto, reparte o risco do investimento com o parceiro privado, porém, dentro do limite máximo de 1% de sua receita líquida, já que é necessário controlar as despesas públicas no sentido de evitar qualquer ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal. Na concessão tradicional, esta contraprestação do poder público é excepcional e sujeita à aplicação da Lei nº 8.987/95.

Vale esclarecer que será vedada e considerada inconstitucional, essa subvenção quando configurar forma de benefício injustificada para o concessionário, de modo a eliminar por absoluto o risco intrínseco e inafastável do negócio. Não será inconstitucional a contribuição estatal que for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa ou a realização das funções estatais inerentes à busca do interesse coletivo.

A Lei nº 8.987/95, nos art. 11 e 17, já previa a possibilidade de subsídios públicos dentre as receitas pecuniárias do concessionário. Por isso, a concessão patrocinada, com a possibilidade de a Administração Pública oferecer contraprestação adicional ou até a substituição total da tarifa, ao parceiro privado não seria fato completamente nova no ordenamento jurídico brasileiro.

O objeto é, por excelência, serviços públicos econômicos, atividades econômicas *latu sensu* titularizadas pelo Estado com exclusividade, suscetíveis de exploração pela iniciativa privada apenas sob título de delegação.

Apesar de apresentar algumas distinções diante da concessão tradicional, vários dispositivos da Lei nº. 8.987/95 (Lei de Concessões) podem ser aplicados à concessão patrocinada (Lei das Parcerias Público-Privadas), pois, esta é, pela própria lei, equiparada à concessão de serviços públicos, como, por exemplo, direitos e obrigações dos usuários, constante de seu artigo 7º.

Como já foi dito anteriormente, deve haver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, o que está positivado no art. 2º, § 1º. Mas, todas as receitas alternativas que o parceiro privado receber deverão ser descontadas daquilo que o parceiro público lhe deve a título de contraprestação; ou seja, a remuneração também, abrange as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, visando a favorecer a modicidade de tarifas, sendo que tais receitas podem propiciar a diminuição da contraprestação oferecida pelo parceiro público.

A receita do parceiro privado na parcela composta por tarifas pagas pelos usuários dos serviços deve ficar limitada a 70% da contraprestação total recebida, salvo autorização legislativa específica, conforme o art. 10, § 3º, da lei em comento.

Pelo disposto no art. 6º, da Lei 11.079/04, 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 próprio contrato. A lei autoriza que o pagamento da contraprestação paga pelo parceiro público possa ser feito, também, de maneira indireta, ao parceiro privado, podendo assumir todas as formas previstas neste artigo, e não somente de maneira direta, em pecúnia ou por ordem bancária. Mas, para qualquer das modalidades de remuneração aplica-se o art., 5º, § 1º da mesma lei.

Os projetos de parceria público-privada vivenciados no Brasil apontam dois tipos de contraprestação: a) quantia em dinheiro a ser paga pelo poder público ao concessionário,

estipulada na proposta comercial, via de regra limitada ao máximo no edital de licitação e sem relação alguma com a tarifa a ser cobrada do usuário; b) promessa de pagamento de quantia em dinheiro referente a um adicional tarifário complementar às receitas a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro.

No primeiro caso, deve-se frisar que qualquer pagamento do setor público ao privado está condicionado à disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria público-privada (art. 7º e parágrafo único). A contraprestação do Poder Público só terá início quando o serviço estiver total ou parcialmente disponível. Por isso, a proibição de a Administração Pública adiantar valores a título de contraprestação pecuniária fará com que o parceiro privado busque financiamento do capital necessário à empreitada no mercado financeiro ou em agências de fomento, principalmente quando a execução do contrato envolver previa execução de obra pública e o fornecimento ou instalação de bens. Desta forma, assume enorme importância a figura do financiador. A Administração terá que absorver o custo desse capital tomado, mesmo possuindo recursos próprios que poderiam ser aplicados no decorrer da construção, reduzindo, substancialmente, os custos do projeto.

É possível concluir que, conceitualmente, a principal diferença entre concessão patrocinada e concessão comum está no que diz respeito à remuneração. Entretanto, pelo disposto no art. 17 da Lei 8.987/95, havendo previsão de subsídio pelo poder público na concessão tradicional, essa diferença passa a inexistir.

Mas, nota-se, também, as seguintes diferenças: a) garantias prestadas pela Administração para cumprimento de obrigações pecuniárias; b) constituição obrigatória de sociedade de propósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º); c) compartilhamento de riscos (art. 4º, VI e art. 5º, III) e ganhos econômicos efetivos do parceiro privado (art. 5º, IX); d) normas específicas sobre licitação; e) possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública por inadimplência contratual; f) normas limitadoras de

prazo mínimo e máximo do contrato (art. 5º, I); g) imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas (art. 22 e 28).

Além dos pontos divergentes, há também muitos pontos em comum entre essas duas modalidades de concessão, a patrocinada e a comum, como por exemplo as mesmas consequências que ambas sofrem, em decorrência de ser um serviço público.

Ao final, vale lembrar que uma entidade da Administração Indireta não pode celebrar contrato de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada na qualidade de parceiro público. Só será possível, nesse caso, a subconcessão.

5.2. Concessão Administrativa

De acordo com o § 2º, do art. 2º, da Lei 11.079/2004, que trata, especificamente, de concessão administrativa, é possível defini-la como o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Deste conceito resulta claro que o objeto é a prestação do serviço, como uma atividade material prestada à Administração e que não tem as características do serviço público; diferente da concessão patrocinada, cujo objeto é a execução de serviço. A concessão administrativa se aproximaria do contrato de empreitada, já que assumiria somente a execução material do serviço que lhe é delegado, sem assumir também a sua gestão, como acontece no outro tipo de PPP.

Mas também não é possível igualar a concessão administrativa à empreitada. Dentre as várias diferenças, é possível, destacar, por exemplo o art. 3º, caput, e o art. 31 da Lei 11.079/04, permitem concluir que a concessão administrativa poderá ter a prestação de

serviço público como seu objeto. Outra diferença seria a de que o art. 2º, §4º, III, dispõe que é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Daí, ser bastante plausível imaginar-se que, depois da finalização da obra, deverá haver a prestação de serviço do qual a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, e o parceiro privado ficará encarregado da gestão do serviço a ser prestado.

A interpretação sistemática da lei permite concluir que a concessão administrativa pode ter por objeto simplesmente a execução material da atividade, mas também, e de forma ocasional, a gestão do serviço público, sendo este o objeto visado pelo legislador. Com esta se faz a terceirização do serviço público, incluindo a terceirização da gestão do serviço. As concessões administrativas são também uma espécie de delegação de gestão de atividades administrativas, o que lhe traz conseqüências práticas e teóricas.

Pelo exposto, a concessão administrativa tem forma híbrida, num misto de empreitada e concessão de serviço público. Com isso, o legislador criou uma nova modalidade de concessão em que a remuneração total fica por conta do poder concedente, numa forma de contornar o entendimento doutrinário.

As concessões administrativas são também o meio caminho entre a delegação e a terceirização. O que lhe assemelharia de uma terceirização complexa seria o fato de ser remunerada direta e integralmente pelos cofres públicos. Porém, em função do princípio da eficiência e da necessidade de compartilhamento de riscos, a forma de cálculo do valor a ser pago à empresa varia de acordo com as utilidades concretamente prestadas à Administração, ou à população, já que com o preço fixo o risco ficaria exclusivamente com o poder público.

Diferente das concessões patrocinadas que restringem seu objeto aos serviços públicos econômicos, as concessões administrativas têm um leque bem mais amplo de

atividades administrativas para possíveis objetos, como, por exemplo, serviços públicos sociais e atividades preparatórias e de apoio ao exercício do poder de polícia.

Na concessão administrativa, a remuneração se dá fundamentalmente pela contraprestação paga pelo poder concedente. A Administração, de acordo com o art. 6º, pode fazer esse pagamento de forma direta e indireta, por meio dos meios expressamente nele admitidos, bem como de outros meios previstos em lei. Ou seja, o concessionário pode receber sua contraprestação por outras fontes de receita complementares, acessórias, alternativas ou de corrente de projetos associados, uma vez que o inciso V do referido artigo deixa claro que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa. O que nunca existirá, no entanto, é a tarifa cobrada do usuário, caso contrário tratar-se-ia de concessão patrocinada.

O parágrafo único do mesmo artigo estipula que o contrato poderá prever ao parceiro privado uma remuneração variável vinculada ao seu desempenho, obedecendo metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Mas é importante ressaltar que, conforme já dito anteriormente, sua remuneração não pode ser fixa. Ainda que não seja por participação financeira, ela deve ter relação direta com a quantidade ou com a qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração ou à população.

Assim como a concessão patrocinada e a comum, a administrativa é um investimento privado amortizável no longo prazo, findo o qual os bens construídos, reformados ou mantidos pelo particular se reverterem ao poder público. A diferença é que esta amortização não é total ou parcialmente através das tarifas dos usuários, mas se fará com verbas do erário.

O concessionário tem também o direito de ter assegurada a sua autonomia empresarial, no desenvolvimento da atividade, podendo definir a maior parte dos meios que

julga apto a alcançar os objetivos do contrato. Essa autonomia pode ser extraída do art.2º, § 4º, III, Lei 11.079/04, que veda as parcerias de se dirigirem unicamente ao fornecimento de mão-de-obra, e ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública.

Também nessa modalidade de parceria se torna essencial a figura do financiador, e as medidas para garantir os investimentos.

Importante ressaltar que, aqui, a cobrança de tarifa é vedada juridicamente, ou é inviável econômica ou socialmente, de acordo com decisão política discricionária e fundamentada do Estado, ou porque o único usuário do serviço é o Estado.

Por fim, destaque-se que a Lei 11.079/04, apesar de não determinar a aplicação subsidiária genérica da Lei das Concessões- Lei 8.987/95- às concessões administrativas, como faz em relação às patrocinadas, prescreve-lhe a aplicação de alguns dispositivos, como o art. 21, 23, 25, 27 a 29, 31 a 39. Mas essa previsão deve ser aplicada apenas no que couber, quando não contrariar a natureza das parcerias, de dependência financeira bem significativa do concessionário em relação ao Concedente.

CONCLUSÃO

A Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foi promulgada visando a solucionar o problema da carência de recursos para investimentos em áreas fundamentais para o desenvolvimento do país, principalmente, na área de infraestrutura.

No caso brasileiro, representa uma alternativa indispensável ao crescimento econômico diante das carências sociais e econômicas do país, que serão supridas através da colaboração positiva do setor público em conjunto com o privado e, assim, atendendo, ao

menos, em princípio, ao disposto na Carta Maior.

Ao final deste trabalho, a conclusão a que se chega é que a Lei nº. 11.079/2004 é extremamente bem intencionada no que diz respeito a dotar o país de infra-estrutura adequada a seu desenvolvimento e atender às necessidades da sociedade, através de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, seguindo uma tendência mundial de globalização, pois, por si só, o poder público não é capaz de fazer frente aos pesados investimentos exigidos nas áreas de maior necessidade e que são um obstáculo ao desenvolvimento nacional, sem a participação do capital privado.

Entretanto, para que isso se concretize, devem haver regras bem claras que garantam, ao parceiro privado, o retorno do capital investido mais o lucro esperado. É notório o questionamento de diversos doutrinadores quanto alguns pontos da Lei em comento, e, enquanto essas dúvidas pairarem no ar, o investidor ficará bastante cético quanto às garantias que lhe são prestadas. Portanto, um marco regulatório firme é fundamental, com leis límpidas para o efetivo sucesso das parcerias público-privadas, sem o qual estas dificilmente lograrão os resultados esperados.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XVII, p. 51-90. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*. Revista de Direito Administrativo 241, Renovar FGV, Julho/Setembro 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense,

2005.

MUKAI, Toshio; MUKAI, Sylvio Toshio et al. *Parcerias Público-Privadas: comentários à Lei Federal nº. 11.079, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NAUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. v. 3, 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Parma, 1984.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNFELD, Carlos Ari (coordenador); DALLARI, Adilson Abreu et al. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALD, Arnoldo. As PPPs e a infra-estrutura. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XVII, p. 161-174. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONZALES, Andres Garcia. *Parceria Público-Privada: Apontamentos Gerais*. disponível em <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/andresgarciaagonzalez/parceria.htm>>. Acesso em 10 de março de 2011

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Contratos de Parcerias Público- Privadas*. Disponível em <<http://www.tce.sp.gov.br/arquivos/manuais-basicos/guia-basico-2005-PPP.pdf>> Acesso em 10 de março de 2011

Ministério das Finanças e da Administração Pública. *As PPP em 7 questões*. Disponível em <<http://www.dgftf.pt/parcerias-publico-privadas/as-ppp-em-7-questoes>>. Acesso em 10 de março de 2011